



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

**ESCUELA DE POSGRADO
PROGRAMA ACADÉMICO DE DOCTORADO EN
DERECHO**

Delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia,
Carabayllo 2021

TESIS PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE:
Doctor en Derecho

AUTOR:
Machado Bravo, Marcos ([ORCID: 0000-0001-7514-1615](https://orcid.org/0000-0001-7514-1615))

ASESOR:
Dr. Carrasco Campos, Marco Antonio ([ORCID: 0000-0002-6715-8537](https://orcid.org/0000-0002-6715-8537))

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:
Derecho Penal, Procesal Penal, Sistema de Penas, Causas y Formas del
Fenómeno Criminal

LIMA - PERÚ

2022

DEDICATORIA

Dedico la presente tesis con mucho amor, ¡A mi madre!, por ser mí mejor maestra, mi consejera, mi guía, por enseñarme a luchar y ser perseverante en la vida, ¡A mi padre Federico Asmat!, que desde el cielo ilumina mi camino a fin de esforzarme en conseguir mis objetivos.

A mis amados hijos por su paciencia y comprensión en esta etapa de mi vida, por ser motivo de mi existencia en tiempos de adversidades, amor, luz y camino de mi vida.

AGRADECIMIENTO

Al Dios divino, a quien debo mi vida, el que está siempre cerca de mí y me protege de las adversidades, por darme oportunidad de vida y entregarme cada día amor, alegría, paz y sabiduría, para conseguir mis objetivos, obrando siempre con justicia y verdad.

A mis maestros, por sus enseñanzas, dedicación y contribución en mi formación profesional.

A mis Amigos y compañeros por el apoyo en la culminación de la presente tesis doctoral.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Carátula	i
Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Índice de contenidos	iv
Índice de tablas	vi
Resumen	vii
Abstract	viii
Resumo	ix
I. INTRODUCCIÓN	1
II. MARCO TEÓRICO	5
III. METODOLOGÍA	14
3.1 Tipo y diseño de investigación	14
3.2 Categorías, Subcategorías y matriz de categorización	14
3.3. Escenario de estudio	15
3.4. Participantes	16
3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	16
3.6 Procedimiento	17
3.7 Rigor científico	17
3.8. Métodos de análisis de datos	18
3.9 Aspectos éticos	18
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	20
V. CONCLUSIONES	27
VI. RECOMENDACIONES	28
VII. PROPUESTAS	
REFERENCIAS	29
ANEXOS	33

RESUMEN

El presente tuvo como objetivo analizar qué criterios se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, bajo los alcances establecidos en la Ley de violencia contra la mujer, Carabayllo 2021; para ello, se realizó un estudio orientado a la comprensión y realidad existente del fenómeno en nuestra sociedad y estudio de casos llevadas en este distrito, con la finalidad de generar una adecuada calificación en los casos de delito de violación sexual por violencia familiar.

La investigación fue de tipo básico, el diseño correspondió al de teoría fundamentada y el enfoque cualitativo. Se utilizó como técnica la entrevista y análisis documental, así mismo, los instrumentos utilizados fueron la guía de entrevista y ficha de análisis documental, comprendido jurisprudencia nacional y extranjera, los cuales ha permitido establecer nuevos enfoques de la problemática.

Se llegó a la conclusión que los operadores de justicia realizan una inadecuada calificación jurídica del delito de violación sexual por violencia familiar, no dándole la importancia en su imputación del delito en mención, siendo que la víctima es cónyuge y/o conviviente del agresor, existiendo la necesidad de establecer cambios sustantivos en su interpretación.

Palabras clave: Ley penal, delito de violación sexual y violencia contra la mujer.

ABSTRACT

The present objective was to analyze what criteria are used to classify the crime of rape within marriage and / or coexistence, under the scope established in the Law of violence against women, Carabayllo 2021; For this, a study was carried out aimed at the understanding and existing reality of the phenomenon in our society and a study of cases carried out in this district, in order to generate an adequate qualification in cases of crime of rape due to family violence.

The research was of a basic type, the design corresponded to grounded theory and a qualitative approach. The interview and documentary analysis were used as a technique, likewise, the instruments used were the interview guide and document analysis file, including national and foreign jurisprudence, which has allowed to establish new approaches to the problem.

It was concluded that the justice operators made an inadequate legal classification of the crime of sexual violation due to family violence, not giving it importance in their imputation of the crime in question, since the victim is the spouse and / or partner of the aggressor, existing the need to establish substantive changes in its interpretation.

Keywords: Criminal law, crime of rape and violence against women.

RESUMO

O objetivo deste presente foi analisar quais critérios são utilizados para qualificar o crime de estupro no âmbito do casamento e/ou coabitação, no âmbito estabelecido na Lei de Violência contra a Mulher, Carabayllo 2021; Para isso, foi realizado um estudo visando a compreensão e realidade existente do fenômeno em nossa sociedade e estudo de casos realizado neste distrito, a fim de gerar uma qualificação adequada nos casos de crime de estupro por violência familiar.

A pesquisa foi do tipo básico, o desenho correspondeu ao da teoria fundamentada e à abordagem qualitativa. A entrevista e a análise documental foram utilizadas como técnica, da mesma forma, os instrumentos utilizados foram o roteiro de entrevista e ficha de análise documental, incluindo jurisprudência nacional e estrangeira, o que permitiu estabelecer novas abordagens ao problema.

Concluiu-se que os operadores de justiça realizam uma inadequada tipificação legal do crime de violação por violência familiar, não lhe atribuindo importância na sua imputação do crime em causa, sendo a vítima o cônjuge e/ou companheiro do agressor, existindo a necessidade de estabelecer alterações substantivas na sua interpretação.

Palavras-chave: Direito Penal, crime de estupro e violência contra a mulher.

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto mundial, la violencia de género en agravio de la mujer se ha transformado en un fenómeno frecuente, la cual constituye un problema social y jurídico sin resolver por muchos estados, violencia que se ha derivado en diferentes tipos, como psicológica, física, sexual y patrimonial, sin embargo, frente a la existencia del abuso sexual hacia la mujer resulta necesario abarcar la violencia sexual dentro del matrimonio, considerada como un delito muy común y de mayor extensión en su perpetración, la cual se ha venido dando dentro del hogar de forma constante, siendo ejercida por el esposo y/o conviviente que bajo diversas formas exige a la mujer a sostener relaciones sexuales sin su consentimiento, constituyendo una conducta reprochable en todos sus extremos.

A nivel internacional, Organizaciones mundiales han exhortado a los países a penalizar la violación sexual dentro de una relación de pareja, siendo que en algunos países dicho acto ilícito no está penalizado, sin embargo, en España el Tribunal Supremo ha establecido que el bien jurídico de la libertad sexual, no desaparece por la existencia de una relación matrimonial, por lo tanto, no existe justificación alguna para someter a la fuerza o emplear intimidación, para socavar la voluntad sexual del otro cónyuge, la misma que puede ser incluido como un agravante de género (STS 254/2019).

A nivel latinoamericano, en diversos países se ha abolido leyes que consentían al violador evitar la acción penal si se ligaba con la víctima, como, por ejemplo, Colombia deroga la ley en 1997, en 1999 Chile y Perú, en 2005 Uruguay y Brasil, en 2006 Guatemala y Nicaragua, en 2007 Costa Rica, en 2008 Panamá, en 2012 Argentina, en 2014 Ecuador.

En nuestro país, conforme lo expuesto en el párrafo anterior, en el año de 1999, en la ley penal, en su Artículo. 170 numeral 3, se sanciona la violación sexual contra el cónyuge y/o conviviente, en que refiere que la pena no será menor de veinte ni mayor de veintiséis años, (...) Si el agente aprovecha su calidad de cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente (...), por lo que ante su perpetración, debe ser procesado conforme al tipo penal establecido, distinguiéndose con los demás tipos de delito surgidos en la violencia conyugal.

En Lima, ante su perpetración en el matrimonio y/o convivencia, quedan impunes a causa que los operadores de justicia no reconocen la violencia sexual dentro del matrimonio como delito de violación sexual, solo generalizan y abren procesos por el delito de violencia psicológica y física, siendo que el abuso sexual dentro del matrimonio es poco creíble debido al criterio sociocultural que los rodea, haciendo costumbre dicho acto, teniéndose en cuenta que la violación sexual es considerado como vulneración de Derechos Humanos por la Organización Mundial de la Salud.

A lo expuesto, el estudio de la investigación resulto necesaria para el contexto jurídico, toda vez que la misma permitirá generar los parámetros adecuados para su tipificación, a fin de no generar impunidad por la calificación errónea del delito de violencia sexual por violencia familiar, toda vez que la Policía Nacional del Perú como órgano de control social, al recibir la denuncia califican incorrectamente el hecho delictivo como violencia familiar y lo mismo hace la fiscalía, conllevando a la confusión del tratamiento del delito en mención, cabe precisar que nuestra Constitución y Código Procesal Penal consagra la modificación en el juicio del proceso, para que el fiscal varié o precise la calificación jurídica de una conducta, la misma que fue ratificada por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 06-2009, donde señala que la calificación Jurídica es siempre provisional en cualquier momento del proceso, incluso en la etapa del Juicio oral, siendo los hechos el elemento inmutable en la investigación como procesos entendidos a nivel estructural, toda vez que es posible su calificación progresiva, conforme se señala en el acuerdo plenario 02-2012.

Con relación al contexto social, la presente investigación apporto en la admisión de programas de capacitación para los operadores jurisdiccionales, preventivas e informativas, sobre todo en las zonas de población rural o Asentamientos Humanos, donde las mujeres sufrieron abuso sexual por parte del conyugue o pareja, ello, debido a una serie de factores como: alcohol y/o las drogas y la sociedad machista, a fin de dar a conocer el derecho que tiene una mujer dentro del matrimonio y que toda vulneración sexual en su contra constituye violación sexual.

En ese sentido tuvimos como problema general ¿Qué criterios se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, bajo los alcances establecidos en la ley de violencia contra la mujer, Carabayllo 2021?, bajo esa línea, se generaron los problemas específicos, ¿De qué manera, en la ley penal, se desarrolla los principios de legalidad y especialidad para la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia ante los casos por violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo 2021?, ¿De qué manera se establece los alcances de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo 2021? y ¿De qué manera se garantiza el bien jurídico de la libertad sexual frente al débito conyugal en el delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia, Carabayllo 2021?

A lo expuesto, el desarrollo del estudio, se justificó en tres aspectos, teórica, porque tuvo como objeto, desarrollar un marco conceptual para evaluar el planteamiento de reformas preventivas y normativas de aplicabilidad de la Ley penal en los delitos de violencia sexual dentro del matrimonio y la convivencia; practica, porque busco un marco preventivo y normativo para la adecuada calificación jurídica de los hechos denunciados, a fin de sancionar el hecho punible y valorar el respeto de la mujer en la comunidad y metodológico, porque el análisis de los mecanismos de evaluación sobre las reformas preventivas y normativas que reduzcan el abuso sexual, fue de utilidad para los profesionales de la investigación.

Finalmente, en relación a la dirección del presente estudio tuvimos como objetivo general: analizar, qué criterios se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, bajo los alcances establecidos en la ley de violencia contra la mujer, Carabayllo 2021 y como objetivos específicos se planteó analizar, en la ley penal, el desarrollo de los principios de legalidad y de especialidad en la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia ante los casos por violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo 2021, determinar los alcances de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo 2021 y establecer de qué manera se garantiza el bien jurídico de la libertad sexual, frente al débito conyugal en el delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia, Carabayllo 2021.

II. MARCO TEÓRICO

En el capítulo segundo, la investigación se encontró integrada de los antecedentes internacionales y nacionales señalados como trabajos previos, como artículos científicos y tesis, a fin de ubicarnos en la etapa que se encontró el problema de investigación.

Dentro de esta línea, obtuvimos como antecedentes nacionales la investigación de Mosquera (2018), tuvo como objeto de estudio determinar si es factible proyectar reformas normativas, orientadas a ampliar la duración de las penas de libertad y restrictivas de derecho, en delitos de violación sexual en el matrimonio, tomando como fuente doctrinaria la legislación comparada. La metodología fue de tipo cuantitativa y aplicada, el nivel fue explicativo causal, de diseño no experimental y estadístico. Llego a la terminación que, en los hechos de violencia sexual en el matrimonio, se configura varios delitos, los cuales son regulados en nuestro ordenamiento legal, para tal efecto las fuentes de interpretación, están sujetas en acorde y garantía de los derechos internacionales de derechos humanos vigentes en nuestro país, así como en nuestra carta magna.

Así mismo, Morí (2018), cuyo objeto de estudio fue establecer la influencia de las habilidades sociales superiores en la violencia familiar de mujeres maltratadas atendidas en el Centro salud C. M. I. Santa Anita en el 2017, la metodología utilizada fue de tipo básica, enfoque cuantitativo, diseño no experimental, correlación causal y transversal. Llegando a la conclusión que los programas sociales es una forma idónea, en el proceso de casos de abuso sexual y violencia familiar, lo cual influye notablemente en su evolución de las mujeres maltratadas.

Por otro lado, Manrique de Lara (2018), cuyo objeto de estudio fue establecer las destrezas de fortalecimiento a las víctimas de agresión de pareja en cuanto a sus derechos sexuales, reproductivos y de igualdad de género; en el marco metodológico, la muestra fue no probabilístico, con diseño cuasi experimental, tipo longitudinal y prospectivo, nivel explicativo. Llego la conclusión que las víctimas de violencia sexual, mantienen características sociodemográficas, las cuales muestran que, en el lugar de estudio, el 69.5% de la población sufre agresión sexual de parte

del cónyuge, seguido de agresión física y psicológica, los cuales están comprendidas y procesados por violencia familiar.

De la misma forma, Boza (2015), su objeto de estudio fue demostrar la certeza del programa de protección dentro del núcleo familiar, frente al problema de agresión sexual; en la cual como metodología se empleó el método científico, de nivel aplicativo, de tipo cuantitativo y diseño experimental, llegó a la conclusión que el estudio del sistema de protección, constituye a forjar capacidades en la toma de medidas anticipadas de resguardo frente a todo hecho de violencia sexual dentro de la familia, la cual cumple con desarrollar actitudes de protección

Valdivia (2008), cuyo objeto fue determinar los alcances de la agresión sexual contra la mujer en el aspecto matrimonial, llegó a la conclusión que si bien es cierto que ha evolucionado legislativamente la violencia familiar, aún quedan vacíos respecto algunos tipos de violencia, siendo que generalmente los denunciados son procesados por violencia física, y psicológico, trastocando que la agresión sexual en el matrimonio, no es delito, mentalidad que existe aún por los operadores de justicia, la cual es transmitida incorrectamente a las víctimas, quienes por miedo y vergüenza, solo persisten en denunciar por violencia familiar y posteriormente continuar en la vía civil, un proceso por divorcio, a fin de culminar con el episodio violento, quedando impunes dichos actos denigrantes.

Como antecedentes internacionales, la investigación de Sancho (2019), cuyo objeto principal fue identificar la diversidad de representaciones de agravio a la mujer y cuál es la más habitual los niveles de riesgo que diagnostican las personas afectadas por sexo y edad; la metodología utilizada fue cualitativa, bajo el método de etnografía. Llegando a la conclusión que, en estos últimos tiempos, este fenómeno de violencia se materializa cada vez más en el ámbito familiar, relaciones de pareja, en los cuales su excesiva carga genera una mala administración de justicia, pese a que la ley citada viene siendo sujeta de modificaciones en proporción a los tipos de violencia ejercida por el agresor.

Cunha (2017), en su estudio de investigación indaga la severidad punitiva de las decisiones judiciales en el entorno de la agresión sexual en la unión de pareja, aplicó una metodología de estudio exploratorio, descriptivo – correlacional, concluyó,

que la existencia de una baja severidad punitiva en el ámbito de la violencia conyugal y la necesidad de reestructurar el contenido punitivo en delitos de esta naturaleza.

Esteve (2016), tuvo como objeto de estudio determinar si la norma penal envuelve la tipificación y castigo de conductas ilícitas por violencia de género, así como su conceptualización, se aplicó una metodología de estudio deductivo, se concluyó, que los hechos de amedrentamientos, atropellos, coerción, asedio, intimidación se materializan como delitos simples, siendo un hecho agravado lo relacionado a la violencia de género, dando a la agraviada víctima de agravio sexual, una mayor protección de sus intereses, lo que constituye que se debe aplicar, la norma más relevante a la conducta ejercida por el agresor.

Martínez (2015), quien tuvo como objeto de estudio comprender la consecuencia de la violencia sexual a la pareja con relación a la sexualidad y la salud mental, asimismo referir las características de la violación sexual dentro de la convivencia, aplicando una metodología de investigación de carácter cualitativo, concluyó, que las mujeres eran obligadas a efectuar conductas sexuales no permitidas y sus parejas recurrían al uso de diversos métodos para forzarlas como: chantaje, menosprecio, insultos, amenazas, violencia física.

Gonzales (2015), analizo desde la parte legal, la defensa y derechos de las agraviadas de violencia sexual, aplico una metodología de estudio inductivo, deductivo, científico, jurídico y analítico, concluyó, que la norma debe implantar formas especiales que se adecuen a los requerimientos de las agraviadas de violencia sexual, sin embargo, el proceso penal no prevé normas específicas que salvaguarde a las víctimas de delitos sexuales.

Luengo (2014), cuyo fin de estudio fue proveer un marco teórico amplio, para describir la violencia familiar en la sociedad actual. La metodología fue de enfoque multidisciplinario, análisis sistemático; llegando a la conclusión que se ha constatado que, en la conducta impulsiva del infractor hacia su pareja, se debe a su condición de ser del sexo femenino, relacionada a una serie de confusiones cognitivas referentes al rol sexual y la sumisión de la mujer, lo que conlleva a pensar que la violencia es una acción de solucionar problemas. En esa línea, se reconoció que el fenómeno de violencia hacia la pareja, es un campo que en la actualidad requiere el tratamiento

adecuado para su desarrollo, la misma que le permita predecir el comportamiento violento del infractor, así como la violencia sexual.

Al respecto, para el desarrollo de la presente investigación, estudiamos una serie de teorías relacionadas a cada categoría, siendo para la ley penal la Teoría del Delito, a través de esta teoría se examinó determinar las características o elementos que debe tener el comportamiento del sujeto, adecuado al tipo de delito y condenado a una pena.

En nuestro marco legal, la violencia sexual entre los cónyuges o convivientes son absolutamente punibles de establecerse como hecho punible, si bien es cierto, el sistema jurídico peruano regula y sanciona la violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, además de otras obligaciones, el sistema matrimonial también conlleva la obligación de convivir o cohabitar. Según esta obligación, el cónyuge está obligado a realizar una reunión física, carnal, pero esto no le otorga al cónyuge la facultad de participar en actos sexuales a través de violencia o amenazas.

Asimismo, a través de la Teoría de la Justicia se pretendió consolidar apreciaciones legítimas para conceptualizar la justicia y el alcance de la igualdad entre las personas. El estado y los individuos deben guiarse por la justicia, entendida como virtudes o el concepto de bondad como los principios necesarios para realizar la felicidad pública y privada.

Por otra parte, consideramos también a la Teoría del Tipo Penal, lo cual abarca en la antijuricidad, porque creen que el tipo es un injusto penal estipulado en el código o la ley; asimismo, para otros finalistas, el tipo ocupa la posición directa de la acción, de no ajustarse al tipo de delito, no es un delito, siendo que es una acción típicamente antijurídica y culpable. A esto se le asignó una penalización.

Al respecto, Bottke (2003) enfatizó que la agresión sexual dentro de la familia a veces no se considera un delito real, porque la relación de familia entre el ofensor y la víctima impide que esta última trate al agresor como un criminal, lo que genera dificultades al informar hechos. Asimismo, existe un menor reconocimiento social de los operadores legales, de la comisión de violencia sexual por parte de los propios cónyuges durante el matrimonio. En este caso, la obligación de convivir con el

esposo se ha transformado en la obligación de mantener relaciones sexuales con ellos mismos. (p.484)

Asimismo, para la categoría de violación sexual se estudió la Teoría de la Pena, a través de esta teoría, el principal medio del estado para responder a los delitos es restringir el castigo en el sentido de los derechos del responsable, implementar conductas típicas, legales y delictivas, generar la respuesta estatal y ejercer el poder de sancionar (*ius puniendi*).

Por otra parte, se consideró también la Teoría Retributiva, La teoría sostiene que los actos y crímenes injustos son recompensados por el mal que constituye el castigo. Kant y Hegel creían que el castigo es una necesidad moral, un requisito absoluto de la justicia y, por tanto, una reafirmación de la ley. Detrás de la teoría de la retribución está el antiguo principio del ojo por ojo y diente por diente. (Cordini, 2014, p. 671-701)

Asimismo, se estudió la Teoría del Debido Proceso, Hernández (2020):

A través de esta teoría, el derecho al debido proceso busca confirmar la legitimidad y el apropiado uso de la ley en el marco del mínimo respeto a la dignidad humana en cualquier tipo de trámite, entendiéndose este trámite como una actividad compleja, paulatina y metódica, realizada por normas establecidas, cuyo resultado será un código de conducta personal (sentencia) para dar a conocer la ley sustantiva aplicable a un caso particular. (p. 214)

Por último, se estudió la Teoría del Comportamiento Psicoanalítico, Bleger (1969):

La presente teoría intenta exponer los impulsos instintivos que infunden la conducta humana, es decir, aquellos trances íntimos ocurridos en la niñez, que perturban posteriormente la conducta propia y las conmociones, en psicoanálisis la sexualidad es base del proceso humano, al respecto, en nuestra realidad social, muchas mujeres sufrieron abuso sexual por parte del conyugue o pareja, debido a

una serie de factores como: alcohol y/o las drogas y la sociedad machista, teniendo en consideración que no existe razón ni justificación, para vulnerar la libertad sexual de una mujer y que toda vulneración sexual en su contra constituye violación sexual, la misma que es punible en nuestro marco legal.

Por lo expuesto, desarrollamos la base teórica de las categorías, siendo como primera la Ley Penal, Von citado por Hurtado (1987):

La calificó como "La Carta Magna de los infractores" porque cree que, bajo el principio de legalidad, no solo es la fuente de las sanciones, sino también la restricción de las sanciones; lo que constituye no solo proteger a los ciudadanos de los delincuentes, sino también proteger ciudadanos de violaciones del poder estatal (p. 62).

Así mismo, Bramont (1998), refirió:

La ley es un instrumento que sirve para plasmar los valores que recogen las normas dentro del ordenamiento jurídico, es así que encierra dos tipos de normas: Primaria, dirigida a los ciudadanos y la conducta que deben comportarse y, secundaria, dirigida al órgano jurisdiccional, ordenándose que aplique la sanción dispuesta para el caso concreto. (p. 1).

En esa misma línea, según Duff (1990).

Es el instrumento en el que las normas penales se expresan, las cuales se debe interpretar en función de los parámetros de los dispositivos legales, sin extralimitarse en lo facultado por la misma, las cuales se caracterizan por ser exclusivas, obligatorias e igualitarias. (p. 144)

Por otro lado, Gardiner (1958)

Luego, este análisis se aplica a una variedad de cuestiones del derecho penal, lo cual apoya inferencias sobre rasgos de carácter y el enfoque humano, proporcionando una razón para rechazar la responsabilidad penal estricta. El enfoque humano también ayuda a resolver una serie de cuestiones sobre los intentos, como el castigo por intentos imposibles y la defensa del abandono. En ese

sentido la ley penal, atribuye a su eficacia en la correlación entre el castigo y el tratamiento en el proceso. (p. 259)

Respecto a su subcategoría Principio de Legalidad, López (2012), refirió:

Constituye una base fundamental en el derecho y todo estado democrático, la cual su relevancia en los dispositivos legales penales, permite establecer los parámetros del ejercicio punitivo; las cuales deben ser considerados por los especialistas legales, bajo apereamiento de imponer responsabilidades penales y funcionales. (p. 313)

En ese sentido, la Constitución Política, impuso dicho principio, en su artículo 2.24, literal d) que “Toda persona tiene derecho (...) A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia (...) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Así mismo, en el literal a) del mismo artículo 2.24 sostuvo que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, disposiciones en las cuales se demuestra los requerimientos del principio de legalidad y los parámetros del comportamiento de los operadores de justicia.

Para Lim (2013), refiere:

Se ha transformado la justificación constitucional del principio de legalidad, se ha rechazado la base original de una afirmación positiva sobre la auténtica intención legislativa, los estatutos de hoy son tan trascendentales que sería incorrecto suponer improbabilidad en las intenciones legislativas de derogar los derechos consuetudinarios. En respuesta, han surgido justificaciones para el principio, uno es una afirmación positiva refinada que las legislaturas no tienen la intención de derogar los derechos fundamentales, el otro es normativo que los tribunales deben atribuir la intención de no derogar derechos con el fin de mejorar el proceso político. Distinguir

estas justificaciones responde a la controvertida pregunta de qué los derechos comprometen el principio de legalidad. (p. 372)

A lo expuesto, sobre la subcategoría Principio de Especialidad, según Pato (2003):

Está limitado por nuestra jurisprudencia como principio general de derecho, y es considerado un estándar tradicional para resolver la antinomia, por lo que, ante las mismas condiciones fácticas, se presume que las consecuencias jurídicas son contradicciones normativas irresolubles, no pueden observarse simultáneamente (p. 189)

Asimismo, Reátegui (2014), refirió, es un concurso de leyes que entran en colisión, debiéndose aplicar solo la ley especial, aquella que cumpla con los elementos de la ley en general, pero, además, algún componente que señale un fundamento específico de la punibilidad. (p. 1037).

En cuanto a la subcategoría, calificación jurídica realizada por los operadores de justicia, se entendió preliminarmente lo que consiste operadores jurídicos, para Peces-Barba (1986), Son aquellos que se dedican al campo del derecho en su ámbito profesional, como solicitantes e intérpretes del derecho. (p. 448)

Al respecto, conforme la doctrina, Azabache (1999), citado por Revilla (2009) señaló:

Corresponde a una orden judicial que limita la denuncia interpuesta por el fiscal, se estima si refleja la causa probable. Si se confirma el hecho condenado, se puede entender que se puede establecer una condena. A diferencia de la sentencia contenida en el veredicto del caso, la característica de la calificación del escrito es que se limita a si el escrito es aceptado o no, y depende en gran medida del juicio de la posible causa. (p. 201)

En ese sentido, la calificación jurídica realizada por el operador jurídico, se sustentó, en la labor jurisdiccional vinculado a la denuncia penal, esto es el lugar

donde se planea la situación discutida, sea esta al momento de disipar una controversia o en la revisión por la instancia superior o en el transcurso del juicio oral. (Revilla, 2009), la cual es importante, toda vez que una incorrecta calificación jurídica de la denuncia, conlleva a la ilegalidad del proceso.

Respecto a la segunda categoría, delito de violación sexual dentro del matrimonio, para Mujica (2011). La violación sexual, constituye un delito de mayor acontecimiento en el Perú, la misma que ha alcanzado a todos los sectores sociales del país, sin limitación. (p. 125)

En ese sentido, Mejía (2016) “violencia sexual” como:

Todo suceso, intento, insinuaciones o comentarios de carácter sexual no deseados, que atañen a la mujer, todo hecho o acción que medie la sexualidad de una persona por otra, contra su voluntad, consentimiento, con relación del ultrajante con la víctima, en cualquier lugar, sea en la vivienda o trabajo (p.169).

Por otro lado, Dixon (2002), refiere:

La ley se enfrenta a un doble vínculo: las leyes contra la violación serán ineficaces o serán negligentes. La importancia de la culpabilidad individual. La ley de salud pública establece terreno más prometedor para la prevención de la violación porque es un fuerte marco que puede involucrar las causas complejas de la violación, incluida las normas sociales que promueven la agresión sexual. Si bien el derecho penal puede castigar sólo el mal comportamiento, las intervenciones de salud pública pueden utilizar más estrategia de prevención eficaz para promover comportamientos positivos y relaciones. También pueden abordar los innumerables comportamientos sexuales y determinantes sociales que aumentan el riesgo de violación, pero están fuera del alcance del derecho penal. Quizás lo más importante, la ley de salud pública, se basa en intervenciones basadas en evidencia y la

experiencia de la salud pública de las autoridades para asegurar que las leyes y políticas sean efectivas. Transformar la ley de violación de esta manera proporciona un marco para feminismo para asumir el desafío insatisfecho de "teorizar sí", es decir, yendo más allá de cómo proteger el derecho de las mujeres a negarse a tener relaciones sexuales y hacia promover y explorar modelos positivos de sexo. El derecho penal es simplemente incapaz de afrontar este desafío porque sólo se refiere a qué sexo. (p.32)

De lo expresado fue necesario analizar, la subcategoría tipicidad del delito de violación sexual, en primer lugar, Muñoz (2018) señala que, la tipicidad:

Se trata de una adaptación a la descripción del hecho en el derecho penal. Solo los incidentes tipificados como delitos o faltas en el derecho penal pueden ser considerados como tipos delictivos. En este sentido, los tipos delictivos tienen tres funciones: Será el selector del comportamiento humano relevante en la ley penal; el garante, porque solo las conductas adecuadas al tipo de delito pueden constituir un delito; preventivo, porque muestra a todos que la conducta es intolerable para las normas punitivas. Por lo tanto, está sujeto a sanciones penales. (p. 34)

En referencia al delito de violación sexual, la misma puede ser perpetrada por un agente, desconocido, enamorado, cónyuge o cualquier persona que mantenga cierta relación de autoridad o vínculo con la parte agraviada, delito que se encuentra tipificada en nuestro ordenamiento jurídico, de la siguiente manera:

El que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, la pena no será menor de doce ni mayor de dieciocho años (...) si para la ejecución del delito se haya prevalido (...) de una relación de parentesco por ser ascendiente, cónyuge, conviviente de este (...), por lo que ante su perpetración, debe ser procesado conforme al tipo penal establecido,

distinguiéndose con los demás tipos de delito surgidos en la violencia conyugal. (Código Penal de 1991: Artículo 170).

A lo expuesto, para que la conducta del esposo o conviviente de la mujer víctima, sea típica al artículo en mención, se debe cumplir ciertos elementos, para Díez, (2001), Los parámetros para establecer la configuración del delito contra la libertad sexual, implican: i) Existencia de penetración; ii) El uso de fuerza o amenaza que permita la configuración del hecho delictivo; iii) La ausencia de consentimiento de la víctima. (p. 114)

Así mismo, De la Nación (2017), refieren: Que actualmente, los parámetros establecidos para fijar la proporción del delito de violación sexual, no siempre se ejecutan simultáneamente, es así que, la jurisprudencia internacional, aporta como elemento primordial, dilucidar la presencia de violencia o intimidación. (p. 114)

Asimismo, indica:

La comisión del delito de violación sexual, recae en agravantes, como: 1) el uso de la fuerza y/o amenaza, 2) El estado de inconciencia de la víctima, y/o la imposibilidad de resistirse, 3) El sufrimiento de anomalías, iv) Que sea menor de edad y por último, cuando este detenida o internada.

En este sentido, cabe citar a Franch (2012):

Determinó a la violencia sexual, como delito de lesa humanidad, por cuanto se configura la invasión del cuerpo de una persona, usando la fuerza, intimidación, detención, opresión psicológica, así como aprovechar de su condición de poder, contra otra persona, más aún vulnerando esta por la incapacidad de la víctima de resistirse ante la acción delictiva. (p. 116)

Al respecto de la segunda subcategoría, el bien jurídico de la libertad sexual, Caro (2000), indico, existen dos sentidos, positivo y negativo, respecto el primero, se

refiere el poder de cada persona sobre su mismo cuerpo, en cambio del segundo, se configura al negarse a ejecutar actos sexuales.

Para Peña (2007) Toda persona tiene derecho de decidir sobre su cuerpo, de mantener relaciones sexuales, o negarse, la misma que debe ser respetada de acuerdo a su voluntad. (p. 108). Así también, Sepúlveda (2006)

La libertad sexual es comprendida como la disposición sobre su cuerpo ante ciertas circunstancias externas, resaltando la voluntad de esta, sea rechazado, aceptado ante las pretensiones de la intimidad sexual (p. 114)

Ante lo expuesto, debe resaltar que, a lo largo de las tradiciones sociales, la sumisión de la mujer en el matrimonio, constituye sin duda alguna un grave atentado contra la libertad sexual, por cuanto a la supuesta obligación de la relación conyugal, si bien es cierto el matrimonio tiene como fin la procreación, esta debe ser sujeta bajo respeto mutuo de la pareja, no cabiendo justificación alguna del uso de la fuerza o intimidación, para acceder a una relación sexual.

Por otro lado, respecto a la tercera subcategoría, débito conyugal, Chinguel (2007), su conceptualización, es denotada como una donación voluntaria que realizan el varón y la mujer en la relación de la sexualidad humana. (p. 42)

Por otro lado, Bezerra (2007) manifiesta respecto al Débito conyugal:

Doctrinariamente, como derecho de tenencia de los cónyuges a ceder sus cuerpos recíprocamente a la mutua satisfacción sexual. La vigencia del hecho en la legislación civil determina la vida en común en el domicilio matrimonial, a su vez, la Jurisprudencia, muestra su permanencia en la actualidad, sin embargo, es necesario cuestionar si es aplicable en la actualidad y si el débito conyugal es motivo para solicitar la anulación del matrimonio. (p. 256).

En ese sentido, Aguilar (2008), opinó que la cohabitación incluye el débito sexual excluyente y exclusivo entre la pareja (p. 125)

Según Lafont (2010) señaló que su estructura se detalla de la siguiente manera:

Que, de acuerdo a la convivencia o el matrimonio, entre las parejas se rige ciertos deberes maritales, las cuales se ciñen bajo el respeto y la armonía familiar, siendo que su objeto es la procreación, y la constitución de la familia, lo cual implica el desarrollo de la sexualidad (p. 553)

Por último, en México, según Montes (2007), refiere:

Que, de encuestas nacionales recientes en México mostraron que al menos 1 de cada 5 mujeres casadas experimentó alguna forma de violencia doméstica en el año anterior. Esa violencia no solo tiene consecuencias para la salud y el bienestar de la mujer, sino que también puede limitar su capacidad de toma de decisiones en materia sexual y reproductiva. (p 67).

Bajo lo expuesto, se consideró como una acción necesaria y recíproca de los cónyuges y/o convivientes, de mantener relaciones sexuales dentro de un matrimonio, para su fin primordial “la procreación”.

Respecto las bases epistemológicas, ha sido necesario desarrollar en la presente, la violencia familiar, es considerada como una anomalía histórica, casi natural en el Perú, la misma que ha sido sometida a constante observación, estudio social y jurídico, sin embargo, la violencia familiar ha carecido de mayor atención en nuestra sociedad, ello también por la falta de interés que dicha violencia recibía del contexto internacional.

Según Castillo (2016), señaló que la violencia familiar:

Es cualquier ejercicio que conduzca al fallecimiento, perjuicio o sufrimiento corporal, sexual o psicológico que se produzca en el entorno de una relación de compromiso, familiaridad de parte de un componente a otro del conjunto familiar. Es decir, el grupo familiar comprende los cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes, padrastros, madrastras, ascendientes, familias colaterales de los cónyuges o de los convivientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (p. 54)

Cada uno de estas concepciones sobre violencia familiar, aborda la conducta social de violencia del ser humano, la misma que no se debe concebir de ninguna

forma, sin embargo, debe ser rechazada con mayor intensidad aquella sucedida dentro del núcleo de la familia, sin interesar el modo como este se presente, en razón que estos sucesos atentan contra el atributo de los valores éticos que corresponde reinar en un entorno familiar.

Por otro lado, CCusianovich (2007), resaltó que la familia es:

La esfera natural de refugio del ser humano, cualquiera sea el orden de la familia que se goce en la sociedad, siendo el lugar que garantiza la sobrevivencia preliminar del ser humano originario, de ofrecerle no solo supervivencia física, sino emotiva, efectiva, lugar de atención, de amparo, de provisión, de apremio, No debiendo ser un lugar de abandono, apatía, de humillación, de ataque, de intimidación física o sexual, la misma que se presenta en forma diaria. (p. 50-51)

Por otro lado, es necesario, de desarrollar el tipo de violencia familiar, violencia sexual, al respecto, Bottke (2003), resaltó:

Que los atentados sexuales dentro de la familia, en ciertas situaciones no serán considerados un delito real porque la relación familiar entre el delincuente y la víctima impide que esta última vea al agresor como el delincuente, generando conflictos al instante de denunciar el hecho. Asimismo, existe el menor reconocimiento social por parte de los operadores jurídicos, de la violencia sexual que es ejercida o realizada en forma continua, por la propia pareja dentro del matrimonio, donde el deber de habitar con el esposo, se transformó en compromiso de mantener relaciones sexuales contra de su propia voluntad. (p.484)

Así mismo, Fortete (2001), refirió que el estudio muestra que las mujeres casadas tienen el doble de probabilidades de ser violadas por sus maridos que por conocidos y siete veces más probabilidades de ser cometidas por extraños. (p.207)

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación:

La presente investigación tuvo enfoque cualitativo, al respecto Hernández, Fernández y Baptista (2014), refiere que la investigación genera conocimiento en cuanto a la realidad del entorno y solución de problemas, siendo referido por los propios actores y participantes desde su propia perspectiva, quienes se encuentran inmersos en este sistema de impartición de justicia, este estudio se diferencia del estudio cuantitativo que hace emplear estadística

El tipo de la investigación fue básica, porque produce un conocimiento completo conforme lo señala Ernesto (2005), principia de un marco teórico cuya finalidad es generar nuevas teorías, innovar los existentes incrementando conocimientos científicos.

El método de estudio fue inductivo, se hizo interpretación de la descripción que hacen los participantes, Dávila (2006) citado por Rodríguez y Pérez (2017) señalan que, el método inductivo permite adquirir conocimientos, para ello es necesario observar el entorno, congregar datos particulares y forjar generalizaciones a partir de ellos.

El diseño fue teoría fundamentada, toda vez que la finalidad de la presente estuvo fomentada en datos, conceptos y se aplicó en áreas específicas, esto es en la explicación general y la concepción de la ley penal relacionado al delito de violación sexual en el matrimonio. En ese sentido Kornoblit (2007) refirió que este diseño, brinda detalles precisos del fenómeno que se originó en una encuesta, porque una comprensión cercana del área de investigación nos ayudará a captar con mayor precisión lo que dice el entrevistado,

3.2. Categorías, Subcategorías y matriz de categorización

Las categorías y subcategorías de la presente investigación, fueron: primera categoría, la ley penal, la cual consistió en el instrumento en que las normas penales se expresan, las cuales se debe interpretar en función de los parámetros de los dispositivos legales, sin extralimitarse y la segunda el delito de violación sexual

en el matrimonio y/o convivencia, la cual consistió en un hecho delictivo, si bien es cierto, la institución del matrimonio, acarrea consigo la obligación de convivencia, el cual permite a los esposos a la entrega o unión carnal, éste no otorga facultades a ninguno de los cónyuges, en especial al marido, para exigir mediante la violencia u otro tipo de amenaza, tener relaciones sexuales.

Respecto a las subcategorías de la Ley penal, son tres, principio de legalidad, principio de especialidad y calificación jurídica realizado por los operadores jurídicos. Por otro lado, respecto la segunda categoría el delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia, fueron tres: Tipicidad del delito de violación sexual, libertad sexual y débito conyugal.

3.3. Escenario de estudio

A conveniencia del autor, el escenario del presente estudio se efectuó en el Distrito de Carabaylo, espacio donde se recolectó la información necesaria y certera, para obtener respuestas, sin embargo, debido a las condiciones sociales provocadas por la epidemia del Covid-19, fue imposible asistir a entrevistar a las autoridades judiciales, fiscales, policiales y abogados especialistas en derecho penal, siendo necesario el uso de recolección de datos a través del WhatsApp y otros medios tecnológicos.

3.4. Participantes

Los informantes comprendidos en el proceso del presente estudio fueron juristas como Jueces, Fiscales, abogados y efectivos policiales cuya labor abarca, el conocimiento del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, siendo específicamente dichos participantes 01 Juez Penal de Lima Norte, 03 Fiscales especializados en lo penal, 02 efectivos policiales y 03 abogados, quienes fueron entrevistados y expresaron sus opiniones sobre el tema en consideración. Para Hernández (2014)

La muestra según la investigación cualitativa, está constituida por conjunto de personas, de los cuales se recolectan la información requerida, no siendo necesaria el uso estadístico en el escenario de estudio.

Tabla 1

Lista de entrevistados y su caracterización.

Participantes	Características	Tamaño de muestra
Jueces	Juez Penal Lima Norte	Uno
Fiscales especializados en lo penal	Ministerio Público	Tres
Efectivos policiales	Efectivos policiales encargados de las investigaciones de las direcciones de Lima Norte.	Dos
Defensores	Abogados de la Jurisdicción de Lima Norte	Tres

Tabla 2*Relación de los entrevistados y su codificación*

N°	Nombres y Apellidos	Cargo	Código
01	Bertha Yesenia Sánchez Vargas	Juez Primer Juzgado Penal Unipersonal Transitorio de Carabayllo	J1
02	Víctor Mendoza Robles	Fiscal Provincial Penal Primer Despacho – Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Carabayllo	F1
03	Jilmar Moisés Córdova Saint Pere	Fiscal Adjunto Provincial Cuarto Despacho 1ra Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Carabayllo	F2
04	Karol Silva Huamantumba	Fiscal Provincial Penal de Mi Perú	F3
05	Andrea Maruja Revilla Huamani	ST3 PNP - Instructor Sección de Familia - PNP – Comisaria El Progreso Carabayllo	E1
06	Ana Lidia Gutiérrez Gallardo	ST3 PNP - Instructor Sección de Familia – PNP – Comisaria Santa Isabel - Carabayllo	E2
07	Rafahel Alfonso Guillen Chávez	Abogado litigante, Especialista en derecho penal	A1
08	Gino César García Rodríguez	Abogado SAU -MIMP	A2
09	Roosbelth Gilberto Barrón Gonzales	Abogado Administrador, Estudio Jurídico Privado.	A3

3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Para la recolección de datos se utilizaron dos técnicas las cuales fueron la entrevista y el análisis documental

Con respecto a la entrevista, se estableció un contacto directo con los colaboradores, estos generaron información, a través del contacto entre entrevistador y entrevistado, con el fin de obtener información más efectiva. Bernal (2010). En la presente investigación se utilizó la entrevista semi estructurada, que consistió en una conversación donde el entrevistador va a dar una serie de interrogantes para luego contrastarlo, al respecto, Ryen (2013) citado por Hernández (2014), señala que, esta entrevista se fundamentó en una guía de interrogantes, donde el entrevistador posee la facultad de implantar interrogaciones para precisar conceptos y conseguir mayor información, a través de esta técnica se entrevistó a nueve (9) profesionales del derecho, con conocimientos en el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, quienes manifestaron su opinión a las interrogaciones formuladas, a través de preguntas abiertas, las mismas que sirvieron que la información sea general.

Con relación al análisis de fuentes documentales, se analizaron documentación referente al título planteado, tales como jurisprudencias de derecho comparado y nacional, doctrina, textos, etc., al respecto, Ramírez (2010), refiere que, es una técnica de investigación, que selecciona y analiza escritos que contiene datos y fuentes de información de interés, relacionado con el estudio de investigación. (p.466)

Al respecto, Vásquez (2020) considera que, en este sentido, las técnicas están orientadas a la recolección de datos e información, como investigador, una de las funciones es recolectar datos, sentimientos, información y conocimiento sobre el contenido investigado con el fin de obtener en resultados, respecto al estudio propuesto, en base a los siguientes instrumentos:

Como Instrumentos de recolección de datos se utilizaron la guía de preguntas de entrevista y ficha de análisis documental.

Con relación a la guía de preguntas de entrevista, estuvo estructurada por un conjunto de interrogantes o preguntas abiertas, formuladas conforme a los objetivos materia de la presente investigación, los cuales fueron interpuestos a los profesionales de derecho.

La ficha de análisis documental estuvo comprendida en el registro de documentos o procesos que tienen concordancia con la investigación, como artículos científicos y jurisprudencia del derecho comparado.

Tabla 3

Instrumentos y técnicas de recolección de datos

Técnica	Instrumento	Participantes
Entrevista	Guía de entrevista	01 Juez, 03 Fiscales, 02 Efectivos policiales y 03 Abogados.
Análisis de documentos	Ficha de Análisis	04 Jurisprudencias

3.6. Procedimientos

Referida a la relación de hechos suscitados para la investigación de la presente tesis, la cual gira bajo la problemática planteada, para tal efecto primigeniamente se precisa las categorías de investigación y seguidamente las tres subcategorías de cada una de ellas. La misma que involucra recurrir a las técnicas de revisión, el análisis de contenido y la lista de cotejo, para resguardar la confiabilidad en los datos recabados en el contexto del delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivientes y su sancionar. Así mismo, en la exposición de los resultados se usó el procedimiento de triangulación, utilizando la entrevista ejecutada a los abogados, fiscales y efectivos policiales, la cual fue confrontada procediendo a validar el instrumento para la recolección de datos a través del juicio de expertos, de acuerdo al siguiente detalle:

Tabla 4

Resumen de juicio de expertos

N°	Validador	Grado académico	Opinión de aplicabilidad
01	Rubén Quispe Ichpas	Doctor en Ciencias de la Educación	Aplicable
02	Nicanor Segismundo Asmat Vega	Doctor en Derecho	Aplicable
03	Marco Antonio Carrasco	Doctor en Derecho	Aplicable

3.7. Rigor científico

Se cumplió con los parámetros de credibilidad, transferencia, consistencia y confiabilidad. Referente a la credibilidad, el resultado de los datos, se obtuvieron previa validación de los instrumentos. En el caso de tener en cuenta la validez externa de la investigación, se cumplió el criterio de transferencia, por lo que la promoción de los resultados de la investigación fue factible y los resultados fueron aplicables a la práctica. También cumplió con el estándar de consistencia porque fue un estudio de método cualitativo, porque considero tanto la estabilidad de los datos obtenidos como la exactitud de la naturaleza inestable de los datos. Finalmente, se cumplieron los criterios de confirmación porque se cuida la objetividad de la encuesta, evitando cualquier tipo de sesgo personal para modificar los datos obtenidos conseguidos a través de la herramienta de recolección de datos.

3.8. Método de análisis de la Información

Para Hernández (2014), la etapa de recolección de información es muy importante en cualquier investigación, este proceso permite un análisis y comprensión integral, permitiendo a los entrevistados responder preguntas planteadas, y generar críticas y conceptos relevantes.

Dentro de los métodos utilizados para el análisis de la información, destacan:

Método Comparativo, se utilizó para comparar varios resultados en encuestas o entrevistas, y para comparar documentos que sirven de guía para esta investigación.

Método Analítico, cada parte del fenómeno se descompone para determinar la causalidad de los elementos investigados.

Método Inductivo, observar fenómenos específicos para sacar conclusiones y premisas de carácter general, que sean aplicables a situaciones similares a las observadas.

Método hermenéutico, instrumento de adquisición de conocimiento, a través de la interpretación de textos, escritos, la misma que sirvió de ayuda en la búsqueda comprensiva de un contenido, tiene tres momentos: comprensión, interpretación y aplicación

Los métodos descritos permitieron, trastornar la información de acuerdo a las categorías, ampliando las teorías existentes y la interpretación de las diversas instituciones jurídicas involucradas, empleando la matriz de triangulación de datos, a fin de establecer las convergencias, divergencias e interpretación de las respuestas expresadas por los especialistas jurídicos con relación al tema de estudio.

3.9. Aspectos éticos

Se cumplió con los estándares éticos, respeta los derechos de autor, cita de acuerdo con los estándares de la APA y no infringe los derechos e intereses de los investigadores, obteniendo compromisos morales antes, durante y después del proceso de investigación para observar el principio de retención, dignidad humana y privacidad. (Abad y Morales, 2015).

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 Resultados de la entrevista

El presente trabajo de campo se realizó en el Distrito de Carabaylo, conforme el cronograma establecido en el proyecto de investigación, para tal efecto la muestra estuvo conformada por un Juez Unipersonal Transitorio de Carabaylo, codificado J1, 3 Fiscales especializados en lo penal codificados para este capítulo como F1, F2 y F3, 2 Efectivo policiales de la Comisaria PNP Carabaylo, codificados como E1 y E2 y 3 Abogados especialistas en derecho penal, codificados A1, A2 y A3, quienes tienen experiencia en el tratamiento del delito de violación sexual, dentro del matrimonio y/o convivencia.

De acuerdo a los instrumentos utilizados y a la conveniencia del suscrito, se dejó la guía de entrevista para que los participantes desarrollen en su tiempo disponible, cabe precisar que se ha respetado los aspectos éticos de una investigación científica y los parámetros se encuentran señalados en la Guía de trabajo de investigación de la Escuela de Postgrado de la Universidad César Vallejo.

En resumen, a través del análisis de método comparativo, método analítico, método de inducción y método de interpretación, se puede obtener la siguiente información para la interpretación de las principales categorías y subcategorías: Respecto al objetivo general que persigue, la presente investigación, es analizar, qué criterios se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, bajo los alcances establecidos en la ley de Violencia contra la Mujer. Carabaylo 2021., relacionado con las categorías delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia y la Ley penal, plasmados en las preguntas de las guías de entrevista.

MATRIZ DE TRIANGULACIÓN

OBJETIVOS	Pregunta	J1	F1	F2	F3	E1	E2	A1	A2	A3	Convergencia	Divergencia	Interpretación
Objetivo General: Analizar, qué criterios se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio o y/o convivencia, conforme prescribe la ley penal o como un caso de violencia familiar?	1. Considere a usted ¿Qué la violencia sexual a la pareja, es calificado como delito de violación sexual dentro del matrimonio o y/o convivencia, conforme prescribe la ley penal o como un caso de violencia familiar?	Considero en estos casos, lo relacionan más al ámbito de violencia familiar	Considero que el operador debe calificar, si esta se realizó mediante el uso de amenaza y/o violencia, no sería un caso de violencia familiar, sino de violación sexual	Debe ser calificado como un delito común de violación sexual y debería ser sancionado como lo prescribe la ley penal.	El delito de violación sexual tal como lo prescribe la ley se encuentra debidamente tipificada lo cual no cabe en el matrimonio y/o convivencia sino en todo aspecto importante de la sociedad	La violación sexual dentro del matrimonio es una figura independiente de la violencia familiar por cuanto el espíritu de la norma de violencia es caracterizado por actos o hechos propios al maltrato físico o psicológico.	Se debe aplicar la calificación de delito de violación sexual	La persona que violenta sexualmente a otra está vulnerando derechos fundamentales, el acceso carnal emana del deseo, la voluntad de la persona y no la coacción o el abuso	La violación sexual representa el no consentimiento de la víctima durante el acto sexual	En toda relación conyugal existen satisfacción sexual con consentimiento, pero en los casos que no haya este consentimiento constituye el presupuesto exigido por la ley	Ocho de los entrevistados señalan que Debe calificarse como Delito de Violación Sexual, como lo prescribe la Ley.	Uno de los entrevistados señalan que En algunos casos es relacionado al ámbito de la violencia familiar	En su mayoría señalaron que todo acto de violencia sexual a la pareja, sin consentimiento debe calificarse como delito de Violación sexual, como lo prescribe la Ley y no relacionarlo al ámbito de la violencia familiar
	2. A su criterio ¿Por qué las autoridades policiales y fiscales, subsumen la conducta de violencia	Analizan de un ámbito general, no toman en cuenta la versión de la parte agraviada	Las razones, Obedecería a la falta de prevención en estos casos sensibles, que de calificarlos con una sanción correcta y	Adoptan este criterio habitual por confusión de normas o porque les parece más cómodo para resolver el problema	Porque se considera como parte del desarrollo normal del entorno familiar.	Por Falta de criterio y ser una forma inmediata de prevenir cualquier agresión a un integrante del vínculo familiar.	Porque las víctimas se niegan a denunciar los actos de violencia sexual	Existen casos donde la agraviada aumenta e inventa hechos que nunca sucedieron con la finalidad que el agresor sea	Por el vínculo que une al agresor con la víctima	El problema radica en la aplicación de los presupuestos que debe tener toda violencia familiar,	Siete de los entrevistados señalan que Falta de criterio y sensibilización en la calificación de la	Dos de los entrevistados señalan que No se denunciaron los actos y en otros casos,	En forma diversa con tendencia afines, concluyen, que la falta de valoración y conocimiento del tema o procedimiento, origina una mala calificación de la

sexual dentro del matrimonio o y/o convivencia a a un caso habitual de violencia familiar conyugal?

no un reproche efectivo y sobre todo ejemplar, se evitaría muchos finales no deseados

sancionado.

conducta

los actos no suceden por falta de credibilidad

conducta

3. ¿Considera que, los actos de violencia física con subsecuente de violencia sexual al cónyuge y/o conviviente, se cumple la aplicación del principio de legalidad, y especialidad al momento de la calificación jurídica realizada por los operadores

Cada juzgador con criterio de conciencia, trata de aplicar lo más objetivo al caso

Cuando se realiza la correcta calificación se cumple efectivamente

No se cumplen ya que casi nunca las autoridades actúan dentro de la ley o respetan el derecho de las personas

Sí, porque los aspectos normativos del tipo penal, así como los verbos rectores calzan adecuadamente para subsumir y calificar el tipo penal dentro del Principio de Legalidad.

No se cumple, en vista que aún no se ha desarrollado distintos casos por violación dentro del matrimonio

No, toda vez que no se aplica la tipicidad del delito de violación sexual.

Los actos de violencia física son diferentes a los actos de violencia sexual ya que estos tienen características diferentes

Sí, se encuentra dentro del marco normativo; sin embargo, al ser delito de violación sexual debería tipificarse como tal

El acto de violencia física no es subsecuente a la violencia sexual al cónyuge y/o conviviente, primero porque su naturaleza es distinta,

Cinco de los entrevistados señalan que No se cumple

Cuatro de los entrevistados señalan que Se encuentra dentro del marco normativo

Diversidad de respuestas, las mismas que confluyen que no se cumple la aplicación de dichos principios, toda vez que en la comisión de estos delitos, no se aplica la tipicidad correcta, es más su naturaleza es distinta

Objetivo específico

Analizar, en la Ley penal, el desarrollo de los principios de legalidad y especialidad en la

<p>calificación jurídica realizada por los operadores de justicia ante los casos por violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia. Carabaytlo 2021.</p>	<p>s de justicia? 4.¿Considera usted que, ante la inadecuada calificación jurídica realizada por los operadores de justicia en las denuncias por violencia sexual en agravio del cónyuge, genera que los hechos queden impunes?</p>	<p>Muchas veces, es del origen de la investigación, desde la policía y ministerio publico</p>	<p>Es verdad, la inadecuada calificación jurídica realizado por algunos operadores de justicia genera hechos impunes, el cual afecta directamente a la víctima.</p>	<p>Es cierto; casi siempre por esta inadecuada calificación realizada por las autoridades, los casos quedan impunes.</p>	<p>una mala calificación no necesariamente puede quedar impune, existe mecanismos legales como las acusaciones alternativas que nos permite adecuar el tipo penal e incluso muchas veces la judicatura advierte</p>	<p>No solamente quedarían impunes sino se estaría distorsionando figuras no tipificables para hechos ilícitos que se debería determinar para prevenir actos lesivos</p>	<p>Si, en razón que todo acto de violencia sexual en agravio a la mujer debe ser drásticamente sancionado</p>	<p>Una inadecuada calificación jurídica sería el caso de no haber elementos de convicción o elementos que corroboren los hechos denunciados .</p>	<p>Correcto, eso origina que los procesos no sean tipificados adecuadamente y no se aplique la sanción penal correspondiente</p>	<p>En todo delito si la calificación jurídica es la correcta y se realiza el proceso no hay caso impune, pero si la adecuación al tipo es incorrecta quedara impune</p>	<p>Nueve de los entrevistados señalan que La inadecuada calificación jurídica genera impunidad</p>	<p>ninguna</p>	<p>En forma MGeneral los entrevistados señalan que La inadecuada calificación jurídica del delito desde el inicio de la investigación, origina que los actos de violencia sexual a la mujer queden impunes, para ello se debe tener en cuenta los elementos de convicción, así como los mecanismos para adecuar el tipo penal, cuando se advierte la comisión del delito.</p>
<p>Objetivo Específicos 2: Determinar los alcances de la tipicidad del delito</p>	<p>5.¿De qué forma se establece en la Ley de violencia contra la mujer el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o</p>	<p>Como causales físicas y psicológicas de menor referencia y seriedad</p>	<p>Lo abarca desde la primera acción del Estado, esto es, preventivo y protector-medidas de protección y ejecución de la misma,</p>	<p>Se establece como; cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico,</p>	<p>La ley es clara en el código penal basta que se haya realizado el delito afectando el bien jurídico indemnidad o libertad sexual para</p>	<p>Según lo establecido en el artículo 08 inciso (c) de la ley N° 30364 sobre violencia sexual nos indica los tipos de violencia, sin embargo, no</p>	<p>La ley de violencia contra la mujer no lo establece claramente, sin embargo, la norma penal señala que es uno de los</p>	<p>La ley de violencia contra la mujer nace con el solo propósito de frenar el abuso y humillación frente a los</p>	<p>La ley de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar N°30364 señala formas de violencia</p>	<p>Toda conducta que la Ley, teniendo el acceso carnal con su conyugue, conviviente sin su consentimiento</p>	<p>Ocho de los entrevistados señalan que En la Ley 30364, Se establece como una de las formas o</p>	<p>Uno de los entrevistados señalan que No se configura a en la Ley de violencia contra la</p>	<p>Los consultados en forma general señalan que en la Ley de violencia contra la mujer, se configura la violación sexual a la mujer como una de las formas o tipos de violencia</p>

de violación sexual dentro del matrimonio o y/o convivencia. Carabayllo 2021.	convivencia?	para luego ser sometido a un proceso con sanción y/o absolución.	sexual o psicológico por su condición de tales,	encaminar al tipo penal	siendo una figura independiente, no detalla el grado agravante que se debe considerar	agravantes del delito de violación sexual	gusta violentar los derechos fundamentales	familiar	nto es delito	tipos de violencia Familiar	mujer, como figura independiente o agravante	Familiar, sin embargo, al no ser una figura independiente, no detalla el grado agravante
	6.¿Cree Ud. para establecer los parámetros de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio o y/o convivencia, se debe modificar lo prescrito en el Art. 170 inc. 3, del Código Penal?	Si, debería establecer parámetros para el tipo penal concreto.	No requiere modificación, dado que el problema sería de algunos operadores de justicia que no subsumen correctamente el hecho en la norma penal	No se debe modificar el inc. 3, de referido artículo más bien debe aplicarse de manera efectiva	Podría ser una propuesta.	No, es una tipificación determinada como una agravante del presente articulado.	No, la norma está muy clara, en cuanto a la tipicidad del delito.	No creo que se deba modificar la norma	Debería de modificarse al considerarlo como agravante para aplicar una mayor sanción penal.	No, porque el Art. 170 inc. 3. del Código Penal es bien claro	Seis de los entrevistados señalan que No requiere modificación, la norma penal es clara	Tres de los entrevistados señalan que Si, podría ser una propuesta En su mayoría, los entrevistados señalaron que, la norma Penal no requiere modificación y se debe aplicar de manera efectiva la sanción en la comisión de estos delitos dado su gravedad y que el problema radica en la calificación jurídica de los operadores de justicia,
Objetivo específico 3: Establecer, de qué manera se garantiza el bien jurídico de la libertad sexual, frente al débito conyugal	7.¿Considera usted que se debe establecer los criterios jurídicos del débito conyugal y el respeto de la libertad sexual, ante la creciente	Si, debería evaluarse a nivel legislativo	Si, debería desarrollarse e criterios jurídicos para un avocamiento de los operadores de justicia para someter dichos actos reprochables a un	Sí, se debe establecer mejores criterios jurídicos para sancionar los delitos contra la libertad sexual entre parejas ante la creciente ola de	Si, podría realizarse ello.	Si lo considero en vista que aun mantenemos una cultura machista que ocasiona muchos daños a la familia en especial a las mujeres	Si, el débito conyugal establece a los cónyuges respeto y cohabitación, pero no obligación < relaciones sexuales en contra de su	Los criterios para determinar la violación sexual son de acuerdo a los hechos denunciados y el juez mediante la lógica y la experiencia determinara si esta	El incremento del índice de violencia sexual en el matrimonio se origina por la inacción de los operadores de justicia	Lo que existe en la mayoría de los casos es una doble victimización, denuncian sexual y paralelamente se genera una denuncia por violencia	Nueve de los entrevistados señalan que Si, se debe establecer	ninguna Los consultados en forma conjunta señalan que frente a la comisión de este delito de agravio sexual a la mujer dentro del matrimonio o convivencia, se debe establecer criterios jurídicos con relación al

<p>en el delito de violación sexual en el matrimonio o y/o convivencia. Carabayllo 2021.</p>	<p>tasa de perpetración del delito de violación sexual en el matrimonio o y/o convivencia? 8. A su criterio, ante los casos de violación sexual en el matrimonio o y/o convivencia ¿El débito conyugal, es un pensamiento confuso en la administración de justicia, que vulnera el derecho a la libertad sexual y la dignidad humana de la víctima?</p>	<p>Depende de la formación profesional el criterio a evaluar, Pero si es en muchos casos ese pensamiento independiente.</p>	<p>NO es confuso, sino, que existen factores como el machismo que no permiten actuar a los operadores de justicia.</p>	<p>Existe un pensamiento confuso en la administración de justicia, ya que no existe un criterio uniforme en la aplicación de las penas para el caso en concreto</p>	<p>Si.</p>	<p>En ocasiones si hay un desconocimiento sobre esta figura en vista que el matrimonio opaca o no revela las relaciones íntimas en las distintas familias</p>	<p>Si, muchas veces la sociedad machista cree que es una obligación que la mujer se deba sexualmente al marido.</p>	<p>No existe una obligación de tener relaciones sexuales con la pareja o esposo, por el contrario, los casos de violencia sexual emanan de la vulneración de derecho a la libertad sexual</p>	<p>El débito conyugal son pensamientos religiosos que afectan la libertad sexual y la dignidad de la mujer a poder dar su libre consentimiento en la práctica de las relaciones sexuales durante el matrimonio</p>	<p>El débito conyugal o cohabitación también ha sido tradicionalmente considerado un deber personal del matrimonio consistente en la intimidad sexual mutua, pero no es un deber, porque sería una obligación</p>	<p>Siete de los entrevistados señalan que Si, existe un pensamiento confuso en la administración</p>	<p>Dos de los entrevistados señalan que No es confuso, depende de la formación profesional el criterio a evaluar</p>	<p>En forma general, los consultados refieren la existencia de un pensamiento confuso en la administración de justicia ante los casos de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia, que origina la vulneración del derecho a la libertad sexual y a la dignidad de la mujer, esto por diversos factores como el machismo, el criterio en la evaluación y el desconocimiento de la figura del débito conyugal</p>
<p>OTROS DIGO</p>	<p>¿Existe alguna opinión suya que desea</p>	<p>Que es importante el tema, para llegar a tener en cuenta al</p>	<p>Se debe sensibilizar con constantes información a todos los</p>	<p>Que se consoliden todas las normas referentes a este caso, y</p>	<p>Al ser delitos clandestinos donde muchas veces las mujeres</p>	<p>Que es muy necesario investigar figuras que ayudaran a dar más</p>	<p>No</p>	<p>No</p>	<p>Deberá de articularse las acciones a realizar a nivel del MINSA,</p>	<p>Para que exista la violencia sexual en el matrimonio y/o</p>	<p>Siete de los entrevistados señalan que</p>	<p>Dos de los entrevistados señalan que</p>	<p>Diversidad de respuestas, las mismas que señalan que el presente tema es muy</p>

agregar?	momento de resolver	operadores jurídicos que se aboquen a estos casos, que tiene repercusión en las relaciones sociales	se uniformicen para que las autoridades puedan aplicarlas conforme a derecho.	callan, este tipo de actos debe darse una adecuada política pública que permita identificar estos casos con mayor prontitud.	claridad e identificación de hechos cometidos en el núcleo familiar.	MINJUS, MIMP, PJ, MP para aplicar medidas preventivas y de empoderamiento de las mujeres sobre la libertad sexual y poder socioeducarlas	convivencia se debe de tener los componentes que crean una situación típica necesaria.	Aplicar medidas preventivas, normativas e informativas	ninguna	importarte al momento de resolver, para lo cual, se deben aplicar medidas preventivas, normativas e informativas y sensibilización a los operadores jurídicos a fin de identificar el delito y aplicar el marco normativo
----------	---------------------	---	---	--	--	--	--	--	---------	---

4.2 Discusión

La discusión de la presente investigación se funda en la interpretación de los resultados obtenidos de la entrevista a los diferentes especialistas del derecho y operadores jurídicos de Lima norte, la misma que permite confrontar los objetivos planteados en la presente investigación, antecedentes y teorías utilizadas, siendo que los resultados de las guías de entrevistas son confrontados con las diversas fuentes académicas, tesis nacionales y extranjeras, con la finalidad de comprender la realidad problemática de la presente investigación.

Con relación al objetivo general analizar, los criterios que se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, bajo los alcances establecidos en la Ley de violencia contra la mujer, Carabayllo 2021, al respecto, los resultados conseguidos en las entrevistas elaboradas a los jueces, fiscales, abogados y efectivos policiales, se establece que todo acto de violencia sexual a la pareja, sin consentimiento debe calificarse como delito de violación sexual, como lo prescribe la ley y no relacionarlo al ámbito de la violencia familiar, destaca lo vertido por Franch (2012), que constituye violación sexual, toda invasión del cuerpo de una persona, usando la fuerza o intimidación, sin consentimiento..(Peces-Barba, 1986, Sancho, 2019; Valdivia, 2008).

Por otra parte, con relación a los resultados del primer objetivo específico analizar, en la Ley penal, el desarrollo de los principios de legalidad y de especialidad en la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia ante los casos por violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo 2021, recurrimos al marco teórico, donde Hurtado (1987), califica a la Ley penal como la Carta Magna de los infractores, bajo el principio de legalidad aplica sanciones y también la restricción sanciones; constituyendo instrumento en que las normas penales se expresan, las cuales meritan una adecuada interpretación en función a los parámetros de los dispositivos legales, sin extralimitaciones (Duff 1990)

De igual manera, López (2012), refiere que el Principio de legalidad constituye una base fundamental en el derecho y en todo estado democrático, permite establecer los parámetros del ejercicio punitivo; las cuales deben ser considerados por los especialistas legales, asimismo, se determinó que el Principio de especialidad como principio general del derecho tiene como finalidad resolver el conflicto o contradicción entre dos leyes que entran en colisión, debiéndose aplicar solo la ley especial, que cumpla con los elementos de la ley general, (Pato,2003, Reátegui, 2014), todo esto en relación a la calificación jurídica y el desarrollo de estos dos principios ante los casos de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, siendo que la calificación jurídica realizada por el operador jurídico, se sustenta, en la labor jurisdiccional vinculado a la denuncia penal por la comisión del delito de violación sexual dentro del matrimonio.

Sin embargo, de los resultados conseguidos en las entrevistas elaboradas a los jueces, fiscales, abogados y efectivos policiales, se estable que no se cumple la aplicación de dichos principios, existiendo una divergencia que si se encuentra dentro del marco normativo, por lo tanto, debe tipificarse el delito como tal, toda vez que la inadecuada calificación jurídica del delito desde el inicio de la investigación, origina que los actos de violencia sexual a la mujer queden impunes, para ello se debe tener en cuenta los elementos de convicción, así como los mecanismos para adecuar el tipo penal, cuando se advierte la comisión del delito, al respecto, nuestra Constitución consagra la modificación del delito en el juicio del proceso, en caso de confusión del tratamiento del delito, la misma que fue ratificada por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 06-2009, donde señala que, la calificación jurídica es siempre provisional en cualquier momento del proceso, incluso en la etapa del Juicio oral, toda vez que es posible su calificación progresiva, conforme se señala en el acuerdo plenario 02-2012.

En cuanto al segundo objetivo específico; determinar los alcances de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo 2021, según Muñoz (2018), sostiene que la tipicidad significa que cuando un

comportamiento se ajusta a la descripción de la ley, se puede determinar que el comportamiento constituye un delito, por lo tanto, la evaluación de la tipicidad la lleva a cabo el juez para determinar si el comportamiento específico se ajusta al tipo de delito; esto conducirá inevitablemente a una revisión de si el comportamiento concuerda a la representación del tipo de delito.

Con respecto a los consultados se tiene que en forma general señalan que, en la Ley 30364, Ley de violencia contra la mujer, se configura la violación sexual a la mujer como una de las formas o tipos de violencia familiar, sin embargo al no ser una figura independiente, no detalla el grado agravante, si bien es cierto, en su mayoría los entrevistados señalaron que la norma penal no requiere modificación y se debe aplicar de manera efectiva la sanción en la comisión de estos delitos dado su gravedad, sin embargo, el problema radica en la calificación jurídica de los operadores de justicia, considerados como profesionales intérprete dedicados al campo del derecho, quienes por la falta de criterio, sensibilización y conocimiento de los procedimientos en este tipo de delitos, originan una mala calificación de la conducta delictiva, (Peces-Barba,1986).

Al respecto, recurrimos al marco teórico, donde Sancho (2019) refiere, que, en estos últimos tiempos, este fenómeno de violencia se materializa cada vez más en el ámbito familiar y relaciones de pareja, en los cuales su excesiva carga genera una mala administración de justicia, pese a que la ley citada viene siendo sujeta de modificaciones en proporción a los tipos de violencia ejercida por el agresor, sin embargo, Cunha (2017), señaló la existencia de una baja severidad punitiva en el ámbito de la violencia conyugal y la necesidad de reestructurar el contenido punitivo en delitos de esta naturaleza.

Referente al tercer objetivo específico: establecer la manera como se garantiza el bien jurídico de la libertad sexual, frente al débito conyugal en el delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia, Carabayllo 2021, se puede advertir que frente a la comisión de este delito de agravio sexual a la mujer dentro del matrimonio o convivencia, se debe establecer criterios jurídicos con relación al débito conyugal y

la vulneración de la libertad sexual entre las parejas, de lo expuesto, en nuestro ordenamiento jurídico, la violencia sexual dentro del matrimonio y/o convivencia se configura como hecho delictivo, si bien es cierto, la institución del matrimonio, acarrea el deber de convivencia, el cual permite a los esposos a la entrega o unión carnal, este no otorga facultades supremas a ninguno de los cónyuges, en especial al marido, para exigir mediante la violencia u otro tipo de amenaza, tener relaciones sexuales.(Peña, 2007; Manrique de Lara, 2018, Martínez, 2015; Fortete, 2001, Laont, 2010)

Al respecto, recurrimos a la legislación Internacional, donde el Tribunal Supremo de España concluyó que el acto violento de vencer la voluntad de la víctima mediante golpes o intimidación determina la ejecución del delito de agresión sexual. Si el acto de violencia cometido por el cónyuge supera la voluntad de la víctima, explícitamente existe rechazo de la víctima, es un delito sexual, esta conducta constituye un grave atentado a un derecho legal protegido de la libertad sexual, señalando, que la libertad sexual no desaparece por la existencia de una relación matrimonial (STS 254/2019),

V. CONCLUSIONES

Primero: Respecto al objetivo general se cumplió con analizar, los criterios que se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio, bajo los alcances establecidos en la Ley de violencia contra la mujer, se concluyó que, todo acto de violencia sexual a la pareja, sin consentimiento debe calificarse como delito de violación sexual, como lo prescribe la ley y no relacionarlo al ámbito de la violencia familiar, sin embargo, la falta de criterio, sensibilización y conocimiento de los procedimientos en este tipo de delitos por parte de los operadores de justicia, origina una mala calificación de la conducta delictiva..

Segundo: Respecto al objetivo específico número uno, se concluyó que, no se cumple con la aplicación de los principios de legalidad y de especialidad en la calificación jurídica en los casos de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, al no destinarse la tipicidad que corresponde, siendo que la inadecuada calificación jurídica del delito desde el inicio de la investigación, origina que los actos de violencia sexual a la mujer queden impunes, teniendo en cuenta que, el Principio de legalidad permite establecer los parámetros del ejercicio punitivo y el principio de especialidad de resolver el conflicto entre las leyes que entran en colisión, aplicando la ley especial, que cumpla con los elementos de la ley general.

Tercero: Respecto al objetivo específico número dos, se concluyó que los alcances del tipo penal sobre el delito de violación sexual dentro del matrimonio, no requiere modificación y se debe aplicar de manera efectiva la sanción en la comisión de estos delitos dado su gravedad, sin embargo, el problema radica en la calificación jurídica de los operadores de justicia.

Cuarto: Respecto al tercer objetivo específico, se concluye que no se ha establecido los medios para garantizar la protección del bien jurídico de la libertad sexual dentro del matrimonio, frente al débito conyugal, problema que se ha trasladado de generación a generación, más aún porque existe un pensamiento confuso en la administración de justicia en este tipo de delito de violación sexual.

VI. RECOMENDACIONES

Primero: Que el Ministerio Público, destine la capacitación especializada a todos los operadores jurídicos que se aboquen en la investigación de estos casos, que tiene repercusiones en las relaciones sociales, a fin que ejerzan con profesionalismo, los procedimientos en la calificación de la conducta de este tipo de delitos conforme lo establece el marco normativo y no relacionarlo al ámbito de la violencia familiar por falta de sensibilización y conocimiento, la misma que origina una mala administración de justicia en la calificación de la conducta delictiva

Segundo:, Que la Corte Suprema, emita jurisprudencia vinculante, respecto la aplicación del principio de especialidad ante la comisión de casos de violencia sexual dentro del matrimonio, estableciendo herramientas jurídicas y mecanismos para adecuar el tipo penal cuando se advierte la comisión del delito, en la correcta calificación jurídica desde el inicio de la investigación, a fin que los actos de violencia sexual a la mujer no queden impunes, por lo que el derecho y los operadores jurídicos deben garantizar plenamente los derechos conculcados de las víctimas

Tercero: Se debe considerar en la Ley 30364, Ley de violencia contra la mujer, se configure la violencia sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, como una figura independiente, dado el grado agravante del delito, como lo establece el código penal, asimismo, se apliquen medidas preventivas e informativas en la comisión de este delito

Cuarto: Se debe establecer criterios jurídicos con relación al débito conyugal y la vulneración de la libertad sexual entre las parejas, en razón que, existe un pensamiento confuso en la administración de justicia ante los casos de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia, que origina la vulneración del derecho a la libertad sexual y a la dignidad de la mujer, esto por diversos factores como el machismo, el criterio en la evaluación y el desconocimiento de la figura del débito conyugal, si bien es cierto, la institución del matrimonio, acarrea el deber de convivencia, éste no faculta a ninguno de los cónyuges, para someter mediante la violencia u otro tipo de amenaza, tener relaciones sexuales sin su voluntad.

VIII. PROPUESTA

Protocolo de atención, investigación y sanción de casos de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia

Introducción

La práctica profesional nos permite evidenciar que son muchos los casos de violencia contra las mujeres que se producen en relaciones de pareja (casados o convivientes) y, en particular, la sexual, que quedan en la impunidad, desconocimiento y falta de mecanismos que permitan enfrentar esta problemática. Lamentablemente se trata de un fenómeno generalizado y con tendencia a la prevalencia y aumento, ante la pasividad de las autoridades. En ese escenario, se constata que existe un vacío orientativo, limitaciones y faltan recursos aplicativos y operativos que le permitan a los operadores de justicia (jueces, fiscales, abogados y policías) contar con una herramienta para mejor resolver este tipo de casos.

Justificación

Se hace necesario que los operadores de justicia (jueces, peritos, equipo multidisciplinario, fiscales, abogados y policías) cuenten con un Protocolo de atención, investigación y sanción de casos de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, el mismo que permitirá la sanción correspondiente del delito y la reparación y atención integral a la víctima. Cabe señalar que el presente Protocolo plantea cuestiones conceptuales, teóricas sobre la problemática y recoge diversas experiencias de instituciones especializadas en esta problemática y que se mencionarán y referenciarán según sea el caso.

Criterios éticos, operativos y metodológicos del Protocolo

Consideramos que este Protocolo debe asumir los siguientes criterios:

- 1) Asumir una actitud ética ante las víctimas, con total respeto, capacidad de escucha, sin emitir juicios críticos, valorativos, a fin de no revictimizarlas (Proyecto para Políticas de Salud y Desarrollo, 1996).
- 2) Asumir mecanismos de seguridad y salvaguarda de la víctima que denuncia los hechos, a fin de evitar represalias o venganza de los denunciados o de su entorno.
- 3) Considerar el grado, naturaleza, gravedad y frecuencia de las diferentes formas de violencia sexual que se comenten entre parejas (casados o convivientes). Ello con el propósito de ser tomado en cuenta al momento de emitir una sentencia que haga justicia con la víctima.
- 4) Seguridad personal en las entrevistas a las víctimas, ello implica que los operadores de justicia tomen los resguardos necesarios para ello.
- 5) Brindar un espacio apropiado para escuchar y atender a la víctima. Ello requiere de una logística e infraestructura básica y especial para ello.
- 6) Los que lleven a cabo la entrevista a la víctima deberán ser expertos en el tema y, en todo momento asumirán un enfoque de género y de derechos humanos.
- 7) Proteger la confidencialidad de los datos que se obtengan durante la investigación. Identificar a las víctimas con códigos a fin de evitar la proliferación de su identidad y de ese modo mancillar su honor e integridad emocional y moral.
- 8) Los miembros del equipo multidisciplinario, peritos, jueces, policías y fiscales que asuman este tipo de casos deberán ser estrictamente seleccionados y deben recibir capacitación permanente y actualizada.
- 9) La víctima debe ofrecer un consentimiento informado del proceso y procedimiento que va a seguir durante toda la investigación.

También consideramos tomar en cuenta de manera complementaria en este Protocolo, los aportes desde la Organización Mundial de la Salud (1999) quien posee mucha experiencia en esta problemática a nivel mundial y además porque el Perú forma parte del sistema universal de derechos humanos.

Figura 1

Recomendaciones éticas y de seguridad para la investigación sobre la violencia contra la mujer

- La seguridad de las entrevistadas y del equipo de investigación es esencial y debe reflejarse en todas las decisiones del proyecto.
- Los estudios de prevalencia necesitan ser metodológicamente acertados y basados en la experiencia actual en investigación sobre la manera para reducir a un mínimo la subnotificación del maltrato.
- Es esencial proteger la confidencialidad a fin de garantizar tanto la seguridad de las mujeres como la calidad de los datos.
- Todos los miembros del equipo de investigación deben seleccionarse cuidadosamente y recibir adiestramiento y apoyo continuo especializados.
- El diseño del estudio debe incluir diferentes acciones encaminadas a reducir toda posible dificultad ocasionada a las participantes por la investigación.
- Las trabajadoras de campo deben recibir adiestramiento para derivar a las mujeres que soliciten asistencia a las fuentes disponibles de apoyo. En los casos en que existan pocos recursos, tal vez sea necesario que el estudio genere mecanismos de apoyo a corto plazo.
- Los investigadores y los donantes tienen una obligación ética para ayudar a garantizar que sus resultados se interpreten adecuadamente y que se usen para impulsar el desarrollo de políticas e intervenciones.
- Se pueden incorporar preguntas sobre violencia a las encuestas diseñadas para otras finalidades sólo cuando pueden satisfacerse requisitos éticos y metodológicos.

Fuente: Organización Mundial de la Salud (1999).

REFERENCIAS

- Aguilar, B. (2008). *La Familia en el Código Civil Peruano*, Lima, Ediciones Legales Edilegsa.
- Boza, M. (2015). *Efectividad del programa de protección intrafamiliar frente al problema de la violencia sexual*. Huánuco 2014. Recuperado: https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UNHE_efa9f5e011531abaaa9e0c3bc5cc5d90
- Bezerra, M. (2007). *A conjugal debit enforceability*. Recuperated: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/handle/riufcg/13642>
- Bernal, C. (2010). *Metodología de la investigación*. Tercera edición PEARSON EDUCACIÓN. Colombia ISBN, 978-958.
- Bottke, W. (2003). *Sexualidad y delito. Las víctimas de los delitos Sexuales. En: Victimología y Vitimodogmática: Una aproximación al tratamiento de la Victima en el Derecho Penal*. Ara Editores. Perú
- Bleger, J. (1969). *Teoría y práctica en psicoanálisis*. La praxis psicoanalítica. *Revista Uruguaya de Psicoanálisis*, 11(3-4), 287-303. Recuperado: <https://www.apuruquay.org/apurevista/1960/16887247196911030405.pdf>
- Bramont, L. (1998). *Interpretación de la ley penal. Derecho & Sociedad 20*. Recuperado: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/17301/17588/>
- Calderón, G. (2005). *Aprender a investigar investigando*. Univ. Nacional de Colombia. Recuperado: [https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=xJ_0cYjb_vgC&oi=fnd&pg=PA51&dq=Ernesto+\(2005\),+principia+de+un+marco+te%C3%B3rico+cuya+finalidad+e](https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=xJ_0cYjb_vgC&oi=fnd&pg=PA51&dq=Ernesto+(2005),+principia+de+un+marco+te%C3%B3rico+cuya+finalidad+e)

[s+generar+nuevas+teor%C3%ADas,+innovar+los+existentes+incrementando+c
onocimientos+cient%C3%ADficos,\(p.+22\).&ots=ber4CnYQkN&sig=-
89tHp7fh0JqImTa9eSfON0JxKI](#)

Caro, D. (2000). *Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. En: Defensoría del Pueblo: Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales. Lima: Defensoría del Pueblo. Recuperado: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/122900>

Castellano, I., García, M., Lago, M y Ramírez, L. (1999). *La violencia en las parejas universitarias*. Boletín Criminológico, N° 42, Sección de Málaga del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Málaga. España.

Castillo, J. (2002). *Tratados de los delitos contra la Libertad e indemnidad sexual*. Primera Edición. Gaceta Jurídica. Lima -Perú.

Castillo, J. (2016). *Comentarios a la Nueva Ley de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*. Lima-Perú. Editorial UBIU LEX. Recuperado:http://www.sancristoballibros.com/libro/comentarios-a-la-nueva-ley-de-violencia-contra-las-mujeres-y-los-integrantes-del-grupo-familiar_79607

Código Penal de 1991: Artículo 170

Comisión Nacional para la protección de sujetos humanos de investigación biomédica y de comportamiento (1976). Informe Belmont. Principios éticos y directrices para la protección de sujetos humanos de investigación.

Cordini, N. (2014). *La finalidad de la pena* es, según Kant, ¿puramente retributiva? *Revista de derecho (Valparaíso)*, (43), 671-701. Recuperado: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S071868512014000200019&script=sci_arttext

Cunha, M. (2017). *Una perspectiva psicológica-jurídica da violência de gênero= Una perspectiva psicológico-jurídica de la violencia de género* (Doctoral dissertation).

Chinguel, C. (2007). *Amor conyugal, Realidad radical*, ([ubicado el 08.XI. 2015).
Obtenido en <http://amorconyugal.blogspot.pe/2007/02/amor-conyugal.html>.

Cussianovich, A. (2007). *Violencia Social, violencia intrafamiliar y sus implicaciones para la salud mental y la administración de justicia desde el enfoque de los derechos humanos. Banco Mundial, Proyecto de Mejoramiento de los servicios de justicia*. Poder Judicial, Lima, 42. Recuperado: [https://scholar.google.es/scholar?q=related:1eZTxfnyKGcJ:scholar.google.com/&scioq=CUssianovich,+A+\(2007\).+Violencia+Social.+Violencia+intrafamiliar+y+sus+implicancias+para+la+salud+mental+y+la+administraci%C3%B3n+de+justicia+desde+el+enfoque+de+los+derechos+humanos.+En:+pol%C3%ADticas+Sociales+y+violencia+intrafamiliar.+Poder+Judicial.+Lima.&hl=es&as_sdt=0,5](https://scholar.google.es/scholar?q=related:1eZTxfnyKGcJ:scholar.google.com/&scioq=CUssianovich,+A+(2007).+Violencia+Social.+Violencia+intrafamiliar+y+sus+implicancias+para+la+salud+mental+y+la+administraci%C3%B3n+de+justicia+desde+el+enfoque+de+los+derechos+humanos.+En:+pol%C3%ADticas+Sociales+y+violencia+intrafamiliar.+Poder+Judicial.+Lima.&hl=es&as_sdt=0,5)

De la Nación, F. (2017). *Protocolo de investigación de violencia sexual*. Guía de buenas prácticas y lineamientos para la investigación penal y judicialización de delitos de violencia sexual. Fiscalía General de la Nación <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Protocolode-investigacio%CC%81n-de-violencia-sexual-cambios-aceptadosfinal.pdf>.

Del Águila, J. (2017). *Violencia Familiar. Análisis y comentarios a la Ley Nª 30364 y su reglamentación D.S. Nª 009-2016-MIMP*. Editorial Ubilex Asesores SAC. 1ra Edición. Perú.

Del Perú, C. P. (1993). *Constitución política del Perú*. Lima, Perú. Recuperado: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/_1993_1273.pdf

- Díez, J. (2001). *El objeto de protección del Nuevo Derecho Penal Sexual*. En: Hurtado Pozo, José (Director). *Derecho Penal y discriminación de la mujer*. Anuario de Derecho Penal 1999-2000. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo. Recuperado: <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2000-6-2010>
- Dixon, R. (2002). *Rape as a crime in international humanitarian law: where are we going?* *European Journal of International Law*, 13 (3), 697-719. Recuperated: <https://academic.oup.com/ejil/article-abstract/13/3/697/467175>
- Duff, R. (1990). *Intention, agency and criminal liability: Philosophy of action and the criminal law*. Recuperado: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2637418
- Espinoza, M. (2001). *Violencia en la Familia en Lima y Callao*. Informe de resultados de la primera encuesta de hogares sobre vida familiar en Lima y Callao, segunda edición. Ediciones del Congreso del Perú. Lima.
- Esteve, L. (2017). *Violencia de género en el Código Penal español: análisis del artículo 172 ter*. Alfara del Patriarca (Valencia): Universidad CEU Cardenal Herrera, Facultad de Derecho, Empresa y Ciencias Políticas, Departamento de Derecho Público. Recuperado: <http://hdl.handle.net/10637/8741>
- Feinholz-Klip, D. (2003). *El consentimiento informado en investigación en seres humanos*. *Revista Mexicana de Bioética*. México, D.F., año 1, N° 1
- Fortete, C. (2001). *El avenimiento en los delitos sexuales: Entre el conflicto y la posibilidad*. *Ley, Razón y Justicia*, 3(5). Recuperado: https://www.academia.edu/download/60080370/Algunas_consideraciones_sobre_el_rol_de_la_Victima_Fortete_en_Victimologia_220190722-6157-1au7vk2.pdf

Franch, V. (2012). *Los crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional*. Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), (24), 9-46. Recuperado: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4190345>

Gardiner, G. (1958). *The purpose of criminal punishment*. Modification. *L. Rev.*, 21, 221. Recuperated: https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/modlr21§ion=26

González, B. (2015). *Estudio sobre los mecanismos del estado en el procedimiento del manejo y diligenciamiento de las órdenes de protección a las mujeres víctimas de violencia doméstica por parte de los agentes de los distritos policíacos de Bayamón y Utuado, Puerto Rico, durante el año 2010*. Recuperado: <https://buleria.unileon.es/handle/10612/5879>

Hernández, R. (2014). *Metodología de la Investigación*, Mc Graw Hill/Interamericana Editores, S.A. Sexta Edición. México.

Hernández, J., Infante, Á., & Peña, S. (2020). *Formalidades del debido proceso penal: la teoría del caso*. *Revista Especializada en Investigación Jurídica*. Recuperado: <http://erevistas.uacj.mx/ojs/index.php/reij/article/view/3734>

Hurtado, J. (1987). *Manual de Derecho Penal* (segunda edición ed.). Lima: EDDILI. Recuperado: https://scholar.google.es/scholar?cites=4719387963863962404&as_sdt=2005&scioldt=0,5&hl=es

Informe Belmont (1976). Principios éticos y directrices para la protección de sujetos humanos de investigación.

Instituto Nacional de Mujeres (2007). *El ABC del Género en la Administración Pública*. Segunda edición. México, D.F.: Inmujeres / PNUD.

- Kornblit, A. (2007). *Metodologías Cualitativas en Ciencias Sociales*. Modelos y Procedimientos de Análisis. *Investigaciones en Educación*, 9(1), 237-242. Recuperado: <http://revistas.ufro.cl/ojs/index.php/educacion/article/view/980/847>
- Lafont, P. (2010). *Derecho de Familia*. Bogotá, DC – Colombia. Editorial ABC
- Lim, B. (2013). *The normativity of the principle of legality*. *Melb. UL Rev.*, 37, 372. Recuperated: https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/mulr37§ion=15
- López, L. (2012). *El principio de legalidad penal*. *Sapere. Revista Virtual*, 6, 1-8. Recuperado: <https://derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/2012/principio%20de%20igualdad.pdf>
- Luengo, H. (2014). *Violencia doméstica: estudio crítico-empírico de su problemática sustantiva y del tratamiento aplicado en los centros penitenciarios españoles* (Doctoral dissertation, Universidad Camilo José Cela). Recuperado: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=41827>
- Manrique De Lara, D. (2018). *Estrategias de empoderamiento de mujeres víctimas de violencia de pareja en sus derechos sexuales y reproductivos y de igualdad de género-Huánuco, 2016*. Recuperado: https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UNHE_3e4f15b915fa111fb8bd8966cc9a5195
- María José & Martínez, R. (2002). *Estudio sobre las medidas adoptadas por los estados miembros de la UEP, contra la violencia hacia las mujeres*. Instituto de la Mujer. Madrid.
- Martínez, A. (2016). *Estudio de la violencia sexual sobre las mujeres en la relación de pareja, y las repercusiones de la violencia en pareja sobre la sexualidad de*

las mujeres. Estudio realizado en servicios públicos de la Comunidad Valenciana.

Mejía, U., Bolaños, J. & Mejía, A. (2015). *Delitos contra la libertad sexual*. *Acta médica peruana*, 32(3), 169-172. Recuperado: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1728-59172015000300007

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2014). Lineamientos éticos para las investigaciones en violencia familiar y sexual. Lima: Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual.

Montoya, Y. (2000). *Discriminación y aplicación discriminatoria del derecho penal en los delitos contra la libertad sexual e infracciones penales contra la integridad personal*, en: discriminación sexual y aplicación de la Ley. Volumen IV, 1ra Edición. Defensoría del pueblo. Lima.

Montes, S. (2007). *Challenging custom: Domestic violence and women's struggles for sexual and reproductive rights in a Mexican Indian region*. *Sexuality Research & Social Policy*, 4(3), 50-61. Recuperated: <https://link.springer.com/article/10.1525/srsp.2007.4.3.50>

Morí, M. (2018). *Habilidades sociales superiores en la violencia familiar de mujeres maltratadas atendidas en el Centro de Salud CMI Santa Anita*, en el año 2017. Recuperado: <https://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/2604570>

Mosquera, K. (2018). *Violencia familiar: la violación sexual dentro del matrimonio*. Recuperado: <http://repositorio.undac.edu.pe/handle/undac/438>

Mujica, J. (2016). *Victimización sexual múltiple y patrones de victimización en casos de violación a mujeres adolescentes en el Perú*. *Revista de Victimología/Journal*

of *Victimology*, (3), 43-64. Recuperado:
<http://www.huygens.es/journals/index.php/revista-de-victimologia/article/view/35>

Muñoz, F. (2018). *Teoría General del Delito*. Editorial Temis. Tercera Edición.

Organización Mundial de la Salud (1999). Dando prioridad a las mujeres: recomendaciones éticas y de seguridad para la investigación sobre la violencia doméstica contra las mujeres Programa Mundial sobre Pruebas Científicas para las Políticas de Salud. Ginebra, Suiza

Organización Mundial de la Salud (2015). Enfoque de la Salud basado en los Derechos Humanos. Basado en:
http://www.who.int/hhr/news/hrba_to_health_spanish.pdf

Organización de la Naciones Unidas (2011). Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. Artículo 1.

Palacios, A. (2009). *La calificación jurídica de la denuncia penal: problemas y alternativas*. Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 5(5), 195-205. Recuperado: <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/211>

Pato, J. (2003). *El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales*. *Revista de administración pública*, (162), 189-225. Recuperado: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/784932.pdf>

Peña, C. (2017). *El consentimiento informado y su defensa por parte del estado*. Tesis de pregrado. Universidad Ricardo Palma. 2017. Recuperado: <https://repositorio.urp.edu.pe/bitstream/handle/urp/1123/TESIS->

[Carmen%20Rosa%20Pe%c3%b1a%20Machuca.pdf?sequence=1&isAllowed=](#)

Y

Peces-Barba, G. (1986). *Los operadores jurídicos*. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1986/87, n. 72, p. 447-469 Recuperado: <http://hdl.handle.net/10016/10453>

Proyecto para Políticas de Salud y Desarrollo (1995) *Measuring Violence Against Women Cross-Culturally*. Notas de una reunión. 29 de junio de 1995. Documento inédito.

Prado, V. (2002). *Sistemas penales comparados: Violencia en el ámbito doméstico y familiar (Perú)* en: *Revista Penal* N^a 10, La Ley. Madrid.

Ramírez, R. (2010). *Proyecto de Investigación*. Academia Internacional de Doctores. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Perú.

Reátegui, J. (2014). *Manual de Derecho Penal Parte General*, Editorial Pacifico. Volumen II. Actualidad Penal. Perú.

Reyna, I. (2016). *Delitos contra la familia y de Violencia Domestica*. Tercera Edición Juristas Editores E:I:R:L.Peru.

Revilla, A. (2009). *La Calificación Jurídica de da Denuncia Penal: Problemas y Alternativas* *Revista Oficial del Poder Judicial*: Año 3, N^o 5.

Rodríguez, A. y Pérez, A. (2017). *Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento*. *Revista EAN*, 82, Recuperado: <https://doi.org/10.21158/01208160.n82.2017.1647>

Salinas, R. (1994). *El delito de Violación Sexual en el Código Penal Peruano*, en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N^a 3. Editorial Grijley. Perú.

- Sancho, M. (2019). *Violencia hacia la mujer en el ámbito familiar y/o de pareja un enfoque desde la Ley civil 24.417 de protección de violencia familiar*. Universitat Autònoma de Barcelona. Recuperado: <https://www.tdx.cat/handle/10803/667734>
- Sepúlveda, A. (2006). *La violencia de género como causa de maltrato infantil*. *Cuadernos de medicina forense*, (43-44), 149-164. Recuperado: <https://scielo.isciii.es/pdf/cmfn43-44/11.pdf>
- Tardio, J. (2003). *El Principio de Especialidad Normativa (Lex Specialis) y sus Aplicaciones Jurisprudenciales*. *Revista de Administración Pública* Núm. 162. Septiembre-diciembre 2003.
- Valdivia, V. (2008). *La violencia contra la mujer y los derechos sexuales y reproductivos*. *Derecho PUCP*, (61), 81-110. Recuperado: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3180>
- Vizcardo, S. (2016). *Estudio de la ley penal y su aplicación en relación con su ámbito de validez espacial*. Vol 3, N°4:UNMSM, Lima.
<https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/alma/article/download/12619/11304/>

ANEXOS

Anexo A: Matriz de Categorización

Título: Delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo 2021.

Autor: Marcos Machado Bravo.

Formulación Del Problema	Formulación De Objetivos	Categorías	Subcategorías	Metodología
<p>Problema general: ¿Qué criterios se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, bajo los alcances establecidos en la ley de Violencia contra la mujer, Carabayllo, 2021?</p> <p>Problemas específicos:</p> <p>1. ¿De qué manera, en la ley penal, se desarrolla los principios de legalidad y especialidad para la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia ante los casos por violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021?</p> <p>2. ¿De qué manera se establece los alcances de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021?</p> <p>3. ¿De qué manera se garantiza el bien jurídico de la libertad sexual frente al débito conyugal en el delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021?</p>	<p>Objetivo general: Analizar, qué criterios se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, bajo los alcances establecidos en la ley de Violencia contra la mujer, Carabayllo, 2021.</p> <p>Objetivos específicos:</p> <p>1. Analizar, en la Ley penal, el desarrollo de los principios de legalidad y de especialidad en la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia ante los casos por violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo. 2021.</p> <p>2. Determinar los alcances de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo. 2021.</p> <p>3. Establecer, de qué manera se garantiza el bien jurídico de la libertad sexual, frente al débito conyugal en el delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia, Carabayllo. 2021</p>	<p>Ley penal</p> <p>Delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia.</p>	<p>Principio de legalidad</p> <p>Principio de especialidad</p> <p>Calificación jurídica realizado por los operadores jurídicos.</p> <p>Tipicidad</p> <p>Libertad sexual</p> <p>Debito conyugal</p>	<p>Enfoque: Cualitativa</p> <p>Tipo: Básica</p> <p>Diseño de Investigación: Teoría fundamentada.</p> <p>Nivel de investigación: Descriptivo.</p> <p>Técnicas de recolección de datos: Entrevista y Análisis documental</p> <p>Instrumentos: Guía de preguntas.</p> <p>Participantes: 1 Juez, 3 Fiscales 2 Efectivos policiales. 3 Abogados.</p> <p>Escenario: Distrito judicial de Carabayllo.</p>



Anexo B
JURISPRUDENCIA

Roj: **SAP V 1595/2020 - ECLI:ES:APV:2020:1595**
Id Cendoj: **46250370012020100080**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Valencia**
Sección: **1**
Fecha: **16/04/2020**
Nº de Recurso: **47/2019**
Nº de Resolución: **121/2020**
Procedimiento: **Procedimiento sumario ordinario**
Ponente: **MARIA REGINA MARRADES GOMEZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA

SECCIÓN Nº 1

Tfno: 961929120

Fax: 961929420

N.I.G.: 46190-41-2-2018-0002255

Procedimiento: Procedimiento sumario ordinario [SUM] - 000047/2019

Órgano Procedencia: JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Nº 1 DE DIRECCION000

Proc. Origen: Sumario [SUM] - 000186/2018

Parte Pasiva: Diña. Romualdo

Procurador/a Sr/a. DOMINGO MARTINEZ, EVA

Letrado/a. HELLIN BALLESTERO, NICOLAS

Parte Activa: Diña. Zulima y MINISTERIO FISCAL

Procurador/a Sr/a. DOMINGO ROIG, ENRIQUE JOSE

Letrado/a. FELIU IRANZO, JOSE MANUEL

SENTENCIA NUM 121/20

Ilmas. Señorías:

PRESIDENTE: Doña BEATRID GODED HERREROS

MAGISTRADO: Don JUAN BENEYTO MENGO

MAGISTRADA: Doña REGINA MARRADES GÓMEZ

En la ciudad de Valencia a 16 de abril de dos mil veinte.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por las Ilmas. Señorías antes reseñadas, ha visto en juicio oral y público la causa instruida con el número 186/2.018, por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de DIRECCION000 , por el delito de Agresión sexual, contra Romualdo , con D.N.I. número NUM000, hijo de Pablo Jesús y de Irene , nacido en Valencia, el día NUM001 de 1995, y vecino de DIRECCION000 (Valencia), con domicilio en CALLE000 nº NUM002 , sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, y en situación de prisión provisional desde el 1 de mayo de 2018 hasta.

Han sido partes el Ministerio Fiscal representado por la Ilma Sra D^a Rosa Guiralt García, la Acusación Particular ejercida por Zulima , representada por el Procurador de los Tribunales D. Enrique José Domingo Roig y bajo la dirección letrada de D. José Manuel Feliu Iranzo, y el mencionado acusado, Romualdo , representado por el Procurador de los Tribunales D^a Eva Domingo Martínez y defendido por el Letrado D. Nicolás Hellín Ballesteros, y Ponente la Ilma. Sra. D^a Regina Marrades Gómez, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En sesión que tuvo lugar el día 9 de marzo de 2.020, se celebró ante este Tribunal juicio oral y público, practicándose en el mismo las pruebas que habían sido admitidas, y que se concretaron en la declaración del acusado, testificales del Ministerio, de la Acusación Particular y de la defensa, y periciales, teniendo por reproducida la documental.

SEGUNDO. - El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto del proceso, y estimó que habían quedado probados, como constitutivos de un delito de agresión sexual previsto y penado en el arts. 179 del Código Penal.

El autor del delito es el procesado, Romualdo, conforme al art. 28 del Código Penal.

Concurren la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del C. Penal, como agravante y la agravante de género del art. 22.4 del mismo texto legal.

Procede imponer al procesado la pena de DOCE AÑOS de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena. Asimismo, y conforme a los artículos 48 y 57, deberá imponérsele la prohibición de aproximarse a Zulima , a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier lugar donde se encuentre o frecuente a una distancia inferior a 500 metros por el plazo de DIEZ AÑOS, de conformidad con lo establecido en el art.57.1 segundo párrafo, así como la prohibición de comunicarse con la misma por cualquier medio durante el mismo plazo.

Responsabilidad Civil. El procesado indemnizará a Zulima en 5.000 euros por los daños morales, o con aplicación del interés legal.

TERCERO.- La Acusación particular, en igual trámite, calificó los hechos objeto del proceso, y estimó que habían quedado probados, como constitutivos de un delito de AGRESIÓN SEXUAL, previsto y penado en el artículo 179 del Código Penal.

El acusado responde en concepto de autor, criminalmente responsable, de conformidad con el artículo 27 y 28 del Código Penal.

No concurre ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.

Procede imponer al procesado la pena de SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena.

Asimismo, y conforme a lo impuesto en los artículos 48 y 57 del Código Penal, deberá imponerse al procesado la pena de prohibición de aproximación a Zulima , a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier lugar donde se encuentre, a una distancia inferior de 1.000 metros por el plazo de SEIS AÑOS.

Asimismo, y conforme a lo dispuesto en los artículos 48 y 57 del Código Penal, deberá imponerse al procesado la pena de prohibición de comunicación a Zulima , por cualquier medio de comunicación existente en el momento de su imposición, incluso a través de terceras personas por el plazo de SEIS AÑOS.

Asimismo, deberá imponerse la LIBERTAD VIGILADA (artículo 105 Código Penal) por un tiempo de 3 años, así como deberá imponerse al procesado, la obligación de participar en curso de educación afectivo-sexual.

Como consecuencia del daño psicológico, moral y afectivo sufridas por Zulima , es procedente aperturar la pieza de responsabilidad civil, debiendo indemnizada por importe de CINCO MIL EUROS (5.000 €) más intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Imposición de costas, incluso en el caso de conformidad penal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123 y 124 del Código Penal, incluidas las de la acusación particular.

CUARTO.- La defensa del acusado, en igual trámite, considera que los hechos no son constitutivos de un delito alguno, ni cabe hablar de autoría ni de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando la libre absolución del acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

Para el caso de considerarlo criminalmente responsable de los hechos que se le imputan, procede apreciar la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, la atenuante analógica del art. 21-3, en relación con el 21-7, ambos del C.P., actuar el acusado por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

HECHOS PROBADOS

El procesado Romualdo, mayor de edad, con NIF N.º NUM003 , sin antecedentes penales, sobre las 19:00 del día 30 de abril de 2018 cuando se encontraba en el domicilio que compartía con su ex pareja Zulima sito en DIRECCION000 , CALLE000, NUM002 , le pidió a Zulima subir a la planta de arriba, a la habitación, con el fin de evitar que, su madre y la hija en común siguieran presenciando la discusión que estaban manteniendo. Una vez en ella, Romualdo le dijo a la denunciante que quería hacerla una última vez y le pidió que se quitase el pantalón, ante su negativa, el procesado comenzó a forcejear con ella y consiguió quitarle el pantalón del pijama y el tanga que llevaba puesto, diciéndole "si has tenido cojones para tener relaciones sexuales con otro chico, tienes que tener cojones para tenerlas conmigo por última vez", tapándose la denunciante con sus manos sus partes íntimas y pidiéndole que la dejara en paz, no obstante, acto seguido, la agarró con una mano la cara y con la otra, las manos, apretándoselas contra el pecho, finalmente, soltó la mano con que le tapaba la cara a Zulima y comenzó a masturbarse para posteriormente penetrarla y eyacular en su interior.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De los hechos que se declaran probados se desprende la comisión por parte del acusado de un delito de agresión sexual del art. 178, 179 del C.P., por concurrir los elementos que integran dicho tipo penal.

A dicha convicción ha llegado el Tribunal, tras examinar en conciencia las pruebas practicadas en el acto de juicio oral, y de las que se desprende, que, el acusado

Romualdo , sobre las 19:00 del día 30 de abril de 2018 cuando se encontraba en el domicilio que compartía con su ex pareja Zulima , sito en DIRECCION000, CALLE000 , NUM002 , le pidió a Zulima subir a la planta de arriba, a la habitación, con el fin de evitar que, su madre y la hija en común siguieran presenciando la discusión que estaban manteniendo. Una vez en ella, Romualdo le dijo a la denunciante que quería hacerlo una última vez y le pidió que se quitase el pantalón, ante su negativa, el procesado comenzó a forcejear con ella y consiguió quitarle el pantalón del pijama y el tanga que llevaba puesto, tapándose la denunciante con sus manos sus partes íntimas y pidiéndole que la dejara en paz, no obstante, acto seguido, la agarró con una mano la cara y con la otra, las manos, apretándoselas contra el pecho, finalmente, soltó la mano con que le tapaba la cara a Zulima y comenzó masturbarse para posteriormente penetrarla y eyacular en su interior.

Respecto del delito de agresión sexual, tiene declarado la jurisprudencia del T.S., en sentencias de 22-4-97, que la libertad sexual resulta vulnerada con un solo hecho aislado en el que la víctima haya rechazado las relaciones sexuales, debiendo aparecer, de los hechos probados, con claridad absoluta que la víctima se encontraba privada de su libertad sexual.

El tipo penal de la agresión sexual del art. 178 del C.P., exige, como elementos del tipo que la acción típica ha de llevarse a efecto con violencia o intimidación, ya que este es el elemento diferenciador con el abuso sexual, y no debe mediar consentimiento por parte de la víctima.

Con la declaración de la víctima, del acusado y de los testigos, ha quedado acreditado la concurrencia de dichos elementos del tipo.

La declaración de la víctima, los hechos relatados y que merece toda credibilidad al Tribunal, respecto a este delito de lesiones.

Siendo conocida la doctrina reiterada y pacífica del Tribunal Supremo que la declaración inculpativa de la víctima del hecho ilícito constituye prueba de cargo suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria. Si bien, también ha declarado que cuando dicho testimonio constituye la única prueba de cargo de la realidad del hecho y de la participación en él del acusado, el Tribunal sentenciador debe extremar la cautela y la prudencia al valorar la declaración inculpativa a fin de evitar el riesgo de condenar a un inocente. Por todas, la sentencia del Alto Tribunal 1961/2002, de 2 de noviembre. A tales efectos ha fijado una serie de pautas orientativas que tiende a garantizar, en lo posible, la exclusión de dicho riesgo,

sirviendo al juzgador de instancia como parámetros de referencia a la hora de evaluar la veracidad del testimonio de cargo, y que son:

A) Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusado-víctima, de las que se pudiera deducir la existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de aptitud para generar ese estado subjetivo de certidumbre en que la convicción judicial estriba esencialmente. Concurriendo aquí tal ausencia.

B) Verosimilitud del testimonio incriminador, que ha de estar rodeado en lo posible de datos periféricos corroboradores de carácter objetivo. En este caso la versión de la víctima es corroborada por los informes periciales y declaraciones testificales.

C) Respecto a la persistencia de la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo sin ambigüedades ni contradicciones, también concurre pues la víctima en sus declaraciones ha relatado los hechos de forma similar, siendo su relato coherente y sin contradicciones en los puntos más importantes y ha seguido manteniendo los hechos denunciados hasta el juicio oral.

Queda acreditado, con la declaración de Zulima , que medió violencia e intimidación, ya que en el acto de juicio oral declara que, le dijo que se quitara la ropa que quería verla desnuda, a pesar de su oposición, consiguió bajarle el pantalón del pijama y el tanga, y como ella se tapó con las manos sus partes íntimas, la agarró con una mano la cara y con la otra, las manos, apretándoselas contra el pecho, finalmente, soltó la mano con que le tapaba la cara a Zulima y comenzó a masturbarse para posteriormente penetrarla y eyacular en su interior, y que no denunció esa misma noche porque al llegar a la comisaría Romualdo la estaba esperando en las escaleras de la puerta.

El acusado era su pareja, tenían una hija en común, en ese momento, ya no eran pareja, ella le había dicho en varias ocasiones que ya no quería estar con él, seguía viviendo en la casa porque estaban hablando sobre lo mejor para la niña, ella quería que se fueran a vivir los tres a una casa solos porque ambos trabajaban, la madre de Romualdo sabía lo de la ruptura, ella le había dicho que cada uno empezara a hacer su marcha, ese día estaban en la cocina, todo estaba medio hablado, pero su madre calentó el ambiente diciéndole que no lo quería, que lo estaba engañando con otro, él empezó a preguntarle si había tenido relaciones con otro, le pidió ir arriba a hablar, le dijo que quería intentarlo otra vez y estar con ella, que confiara en él, ella dijo que no, le pidió relaciones sexuales por última vez, ella le dijo que no, le dijo que la quería ver desnuda y que si el otro hijo de puta lo disfrutaba él también, estaba en

pijama con la bata, le intentó quitar el pantalón, ella se lo sujetaba y le decía que no quería, él lo tenía claro que no.

Después de conseguir mantener relaciones sexuales con ella, él salió de la habitación y Zulima llamó por teléfono a la persona con la que estaba saliendo, se estaban conociendo y se lo contó. Después bajó y dijo que se iba al ambulatorio, Romualdo quería acompañarla, ella se negó, quería ir sola, pero él fue detrás, la paró en la puerta, le dijo que quería intentarlo, su madre llamó a su hermana y fue y le dijo a Romualdo que no le hiciera nada, que no la tocara, luego volvieron a casa, ella volvió porque su hija estaba allí, se la quería llevar y su madre no la dejó, por lo que decidió quedarse, pensó que si se iba de casa perdería a la niña, por eso decidió quedarse, pasaron la noche en la misma cama y ella, al día siguiente, por la tarde, le dijo a su jefe que al dejar en comisaria que iba a denunciar, la dejó en la puerta de comisaria, pero ella antes se fue a casa de la otra persona con la que estaba y este la acompañó a poner la denuncia y al hospital, se llevó la niña después de denunciar, en ese momento estaba sola en Valencia, no tenía familia ni a donde ir.

Los hechos ocurrieron entre las 7,30 y las 8,30 horas, ella le reconoció a Romualdo que había estado con otro, pasó la noche en la misma habitación y en la misma cama, no pidió ayuda, no llamó a la policía, acudió al centro de salud, con anterioridad a la fecha de los hechos, hubo rumores de que había estado con otro, lo hablaron y Romualdo lo aceptó, eso no se volvió a hablar.

Si bien la declaración de la denunciante sería suficiente, por si misma para basar una condena por delito de agresión sexual, dado que reúne los requisitos jurisprudencialmente exigidos para tener valor de prueba de cargo, de sobra conocidos, viene corroborada por otras pruebas, como la declaración del testigo Carmelo , actual pareja de Zulima , quien declara que, en la fecha de los hechos se estaban conociendo, Zulima le llamó el domingo por la noche, estaba bastante nerviosa, le dijo que Romualdo se había pasado, si bien no le quería decir lo que había pasado, ella le había contado cosas de su día a día y la falta de control de Romualdo , al final le contó que la había forzado a mantener relaciones sexuales, le preguntó si había pedido ayuda y le dijo que no, le aconsejó que fuera al ambulatorio y ella le dijo que iba a ir al de DIRECCION000 , como él estaba en el coche, se dirigió hacia allí a ver qué había pasado, al llegar vio a Romualdo en la escalera de entrada, se puso nervioso y siguió conduciendo por delante de la puerta, luego lo vio hablando con Zulima , ella con la cabeza agachada, aparcó el coche, llamó a una amiga a preguntarle qué hacer, pero no se acercó, no vio a la hermana de Romualdo, más tarde habló con Zulima, le dijo que no sabía qué hacer, que tenía mucho miedo a él y a su familia, hablaron por wassaps, pero él los borró porque

tenía miedo, le estuvieron llamando, le dijeron que iban a por él, fue una presión muy grande, ratifica que después de esto dejó de hablar y tener relaciones con Zulima , que tuvo relaciones sexuales con Zulima una semana antes de los hechos, la relación fue sin preservativo, pero sin eyacular, Romualdo le preguntó si había estado con Zulima, fue de manera cordial, no de forma agresiva, tenía una idea formada de que el acusado era una persona agresiva, por lo que le había contado Zulima, pero, en ese momento, por teléfono, se sorprende de lo contrario, pensó que algo fallaba de lo que le había contado.

El testigo Julián, era el jefe de Zulima en el momento de los hechos, hasta hace una semana, el lunes Zulima fue a trabajar, no le contó nada, aunque la notó seria y distante, pero no preguntó porque no se metía en su vida privada, al final le contó que había sufrido malos tratos y la había forzado, le dijo que debía denunciar si era verdad, y ese día la dejó en comisaria, es cierto que Romualdo le llamó por teléfono porque creía que le estaba siendo infiel, y le pidió que cuando la trajera a casa que le dijera el lugar donde la había dejado, nunca llegó a decírselo, se lo dijo a Zulima , cree que al día siguiente de llamarle, nunca le ha visto a Zulima ningún tipo de hematoma o lesión, es cierto que Zulima lloraba porque lo llevaron a DIRECCION001 y ella pensaba que solo le pondrían una orden de alejamiento.

Por su parte, el acusado niega haber cometido los hechos de que se le acusa, no ha mantenido relaciones no consentidas con Zulima, siempre con consentimiento, recuerda lo que pasó, cree que era domingo, estaban en casa los dos, su madre y su hija, su madre dijo que Zulima le había sido infiel, ya había ocurrido en otra ocasión, Zulima le pidió subir para hablar a solas, pasaron la noche en la misma habitación y la misma cama, como siempre, no es cierto que zarandeara o golpeará a Zulima , se sentía mal y afectado por lo que le había dicho su madre, le dijo que iba a luchar por la custodia de su hija, estaba enamorado de ella, Zulima le reconoció que era verdad que le había sido infiel, ella le dijo que iba a denunciarlo por maltrato y que no iba a ver a su hija nunca más, él intentó relajar la situación porque no quería perder a su hija, acabaron de hablar sobre la hora de cenar, sobre las nueve de la noche, después ella llamó a Sixto con quien mantenía una relación, estaba sentada en la cama en la habitación, le dijo que le iba a decir que lo dejaba porque no tenía claros sus sentimientos, le pidió estar sola para hablar o con él, estuvo unos veinticinco minutos, había tenido relaciones sexuales con Zulima el día anterior, como llevaba diu eyaculaba siempre dentro, era de madrugada, en su declaración dijo que no habían tenido relaciones desde hacía dos semanas, por consejo de su abogado, no es cierto que la insultara, sino que le dijo que ya era la segunda vez que le era infiel, que la otra vez la había perdonado, pero que ahora iba a luchar por la custodia de la niña. Niega rotundamente los hechos.

Irene , es la madre del acusado, es la arrendataria de la vivienda en la que vivía con su hijo, Zulima y la niña, el día de los hechos estaban todos en casa, era domingo y pasaron en casa todo el día y toda la noche, se había enterado de que Zulima le estaba siendo infiel a su hijo, anteriormente ya había ocurrido, su hijo estaba muy enamorado de Zulima y ella estaba un poco harta de la situación, se lo dijo en presencia de Zulima y su hijo se quedó pálido, Zulima le pidió a Romualdo subir para hablar a solas, era sobre las ocho de la tarde porque iba a dar de cenar a la niña, mientras estaban arriba ella se quedó preocupada, subió hasta la mitad de la escalera, y como no se escuchaba nada, volvió a bajar, su hijo y Zulima durmieron en la misma cama esa noche, lo sabe porque estaba preocupada se asomó a la habitación y los vio juntos durmiendo. El sábado también estuvieron todos en casa, todo fue normal, no hubo ninguna incidencia, su hijo todavía no sabía que le había sido infiel, aún no se lo había dicho, no recuerda haber llamado a su hija el día de los hechos, pero sí que su hija acudió a su casa a por la epiretal para su niño, estaban su hijo y Zulima en casa, no recuerda que Zulima le dijera que se iba y se llevaba a la niña, le sorprendió que al día siguiente se presentara la policía para llevarse a la niña, estaban ella y la niña.

Por lo que respecta a las pruebas periciales, del informe de los Médicos Forenses D. Domingo y D. Eladio , ratificado en el acto de juicio oral, se desprende que Zulima no presenta lesiones genitales ni perigenitales, que presenta lesiones estragenitales, una esquimosis de grado leve y data reciente en superficie anteromedial del tercio superior del brazo derecho y en superficie interna del tercio superior del brazo izquierdo, se trata de lesiones inespecíficas, sin connotación específicamente sexual y compatibles con estigmas de presión digital de grado leve, examinado el resto de superficie corporal, no presenta otras lesiones de data compatible con sus manifestaciones.

Por otra parte, del informe del Servicio de Biología se extrae. Como conclusión, que se ha confirmado la presencia de restos de semen, en el hisopo vaginal 1, en el 2 y en el lavado vaginal de Zulima . Como conclusiones, se extrae que se ha detectado compatibilidad con el perfil genético obtenido a partir de una muestra de referencia de Romualdo.

En cuanto a la pericial de las psicólogas forenses D^a Ariadna y D^a Bárbara , ratificados en el acto de juicio oral, se desprende que los hechos denunciados por Zulima contienen signos indicativos de que supusieron un menoscabo en su dignidad y libertad, detectándose que los mismos atentaron sobre su autoestima y derecho a decidir libremente, considerando que su relato sobre los hechos resulta fiable, sin incoherencias ni inconsistencias, su estado psicológico apoyaría la vivencia de estas experiencias, al presentar los síntomas que suelen derivarse tras afrontar un suceso

con indefensión e impotencia, tales como sentimiento de culpa, rabia, tristeza, hostilidad o desconfianza, por otra parte, manifiesta sintomatología ansioso-depresiva de carácter reactivo vinculada a las consecuencias derivadas de la interposición de la denuncia sobre su vida cotidiana.

SEGUNDO. - De dichos hechos es responsable criminalmente en concepto de autor el acusado, Romualdo, por así haber quedado acreditado a lo largo de toda la instrucción de la causa y del juicio oral, con la declaración de la víctima, de los testigos y de sus propias declaraciones.

TERCERO.- En la realización del delito han concurrido circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del C. Penal, como agravante y la circunstancia agravante de género del art. 22-4 del C.P.

Por lo que respecta a la circunstancia mixta de parentesco, es claro que concurre como circunstancia agravante, ya que el acusado y la víctima, Zulima eran pareja, o, en todo caso, lo habían sido hasta pocos días antes, y continuaban conviviendo en el mismo domicilio.

Por otra parte, también procede apreciar la circunstancia agravante de género del art. 22.4 del C.P., solicitada por el Ministerio Fiscal, por cuanto a pesar de que, si bien el Ministerio Fiscal entiende que concurre y solicita su aplicación en su escrito de acusación, no la recoge en su relato de hechos que considera probados, si tiene reflejo en los hechos probados, al ser recogida en dicho relato por la Acusación Particular, considerando que ha quedado probado que el acusado le dice a Zulima "si has tenido cojones para tener relaciones sexuales con otro chico, tienes que tener cojones para tenerlas conmigo por última vez", lo que denota situación de superioridad y de dominio y control sobre la mujer.

También, entendemos que no queda acreditada la concurrencia de la atenuante analógica del art. 21-3, en relación con el 21-7, ambos del C.P., actuar el acusado por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante, teniendo en cuenta que, tanto el acusado como Zulima declaran que, tras el comentario de la madre de Romualdo, ambos suben arriba a hablar, y que, después de haber hablado, es cuando Romualdo quiere mantener relaciones sexuales y lo consigue en contra de la voluntad de Zulima y que luego Zulima telefonea a la persona con la que estaba saliendo y está hablando con él unos veinte minutos. Además, reconoce el acusado que ya en otra ocasión anterior Zulima le había sido infiel y que la había perdonado, y declara el testigo Julián, jefe de Zulima, que Romualdo le había pedido que le informara de donde

dejaba a Zulima al salir del trabajo, es decir, no le venía de nuevas el tema de la infidelidad de Zulima y no le podía causar arrebatos ni obcecación alguna.

CUARTO.- De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 19 y 109 del Código penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los criminalmente responsables de todo delito o falta, lo son también por las costas y civilmente para reparar e indemnizar los daños y perjuicios que con ellos causen.

Teniendo en cuenta las circunstancias en que se producen los hechos, así como que concurren dos circunstancias de agravación, se considera adecuada la pena de 9 años y 1 día de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tiempo de la condena, y de conformidad con el art. 57 del C.P., la pena de prohibición de aproximarse a Zulima, a su domicilio, lugar de trabajo o que la misma frecuente a 500 metros, así como la prohibición de comunicarse con la misma por cualquier medio durante el tiempo de la condena; conforme a lo dispuesto en los artículos 48 y 57 del Código Penal,

Asimismo, deberá imponerse la LIBERTAD VIGILADA (artículo 105 Código Penal) por un tiempo de 5 años. Considerando adecuado adoptar dicha medida en atención a la mayor seguridad y tranquilidad de la víctima.

En cuanto a la responsabilidad civil, Como consecuencia del daño psicológico, moral y afectivo sufridas por Zulima, es procedente que sea indemnizada por importe de CINCO MIL EUROS (5.000 €) más intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Imposición de costas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123 y 124 del Código Penal, incluidas las de la acusación particular.

Vistos, además de los citados, los artículos 1, 3, 12 a 17, 23, 27 a 30, 33, 45 a 49, 51 a 54, 58, 61 a 63, 69 a

73, 75 a 78, 101 a 114 del Código Penal, los 142, 239 a 241, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

En nombre de Su Majestad El Rey,

FALLAMOS

CONDENAMOS al acusado Romualdo, como responsable criminalmente en concepto de autor, un delito de agresión sexual en el ámbito familiar del art. 179 del C.P., con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la agravante de parentesco y la agravante de género, a la pena de prisión de 9 años y 1 día, con accesoria inhabilitación especial para el derecho de sufragio

pasivo durante el tiempo de la condena, y de conformidad con el art. 57 del C.P., la pena de prohibición de aproximarse a Zulima, a de su domicilio, lugar de trabajo o que la misma frecuente a 500 metros, así como la prohibición de comunicarse con la misma por cualquier medio mientras dure la condena.

Asimismo, deberá imponerse la LIBERTAD VIGILADA (artículo 105 Código Penal) por un tiempo de 5 años.

Y al pago de las costas procesales, incluidas las de la Acusación Particular.

En concepto de responsabilidad civil, deberá indemnizar el acusado a Zulima, en la cantidad de 5000 euros, más los intereses legales del art. 576 LEC.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos al acusado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

Contra la presente resolución, cabe interponer recurso de Apelación ante el TSJCV, en el término de diez días a contar desde su notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 254/2019

Fecha de sentencia: 21/05/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2611/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACIÓN núm.: 2611/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 254/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 21 de mayo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado D. Romulo , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, que le condenó por delito de agresión sexual en concurso ideal con un delito de maltrato, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador Sr. Blanco Blanco y la Acusación Particular Dña. Penélope representada por el Procurador Sr. González Mínguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Málaga instruyó sumario con el nº 8 de 2018 contra Romulo , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, que con fecha 18 de mayo de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

PRIMERO.- Rómulo ha estado casado durante 25 años con la perjudicada, Penélope. La relación no era buena lo que determinaba frecuentes discusiones entre la pareja en cuyo transcurso el procesado profería expresiones tales como "puerca, mala madre, inútil, no sirves para nada, no sabes limpiar". **SEGUNDO.-** Sobre las 23:45 horas del día 6 de julio de 2014, la perjudicada se hallaba en la cama de su habitación, en el domicilio familiar sito en AVENIDA000, NUM000 de Málaga cuando apareció el procesado exigiéndole mantener relaciones sexuales; ante su negativa, Rómulo se dirigió a ella diciéndole "es tu obligación, ya está bien de ningunearme", al tiempo que le agarraba fuertemente de la cabeza y le obligaba a practicarle una felación. Como no conseguía la erección, le propuso que adoptaran la conocida como el 69. Tampoco en esta posición consiguió la erección por lo que Ana le dijo que lo dejaran que estaba cansada, lo que provocó la ira del procesado que le dio un número indeterminado de cabezazos y bofetones al tiempo que le decía que no servía para nada y que se moviera o le pegaba un puñetazo. Tal modo de proceder determinó a Ana a someterse a la voluntad de su marido, que excitado, consiguió penetrarla vaginalmente, intentando posteriormente penetrarla analmente sin que

conste acreditado que llegara a conseguirlo. Al ver Rómulo que no conseguía su propósito se levantó de la cama al tiempo que le decía a su mujer "no te pongas las bragas que te doy" saliendo acto seguido de la habitación, lo que aprovechó Ana para vestirse y dirigirse de forma inmediata a la Comisaría de Policía para interponer la denuncia, siendo trasladada de forma inmediata al Hospital materno infantil, en donde fue reconocida a las dos y seis minutos de la madrugada del día 7 de julio. El facultativo que la atendió apreció lesiones en eritema en zona malar izquierda, fronto parietal izquierdo, eritemas en ambos antebrazos, erosión en antebrazo izquierdo y pequeño eritema de 2 milímetros a nivel de cara interna de labio menor derecho, que precisaron una única asistencia facultativa y tardaron en sanar 2 días no impositivos para su actividad habitual. De estas, con seguridad, fueron causados por los golpes recibidos: eritema en zona malar izquierda, fronto parietal izquierdo, eritemas en ambos antebrazos y pequeño eritema de 2 milímetros a nivel de cara interna de labio menor derecho, que habían desaparecido cuando Ana fue reconocida por el Médico Forense a las 3,40 horas de ese mismo día".

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que absolviendo a Rómulo, del delito de malos tratos habituales por el que venía siendo acusado, debemos condenar y condenamos a Rómulo , como responsable criminal en concepto de autor de un delito de agresión sexual en concurso ideal con un delito de maltrato, ya definido, concurriendo en el primero la agravante de parentesco a la pena de NUEVE (9) años de prisión, y a la medida de libertad vigilada durante CINCO (5) años, por el primero, y NUEVE (9) meses de prisión por el segundo, en ambos casos con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad, y abono de las dos terceras partes de las costas procesales (con inclusión de las ocasionadas por la acusación particular), declarando de oficio el tercero restante. Se impone al procesado Rómulo , la prohibición de aproximarse a una distancia no inferior a 500 metros a Penélope y a su domicilio, lugar de trabajo, o cualquier otro lugar en que se encuentre o sea frecuentado por ella, y de comunicarse por cualquier medio con la misma por tiempo de diez (10) años por el primer delito, y misma prohibición por el segundo delito por tiempo de tres años y a la privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante 3 años por el segundo delito. Será de abono a la pena de alejamiento el periodo de cumplimiento de la medida cautelar adoptada en auto de 8 de julio de 2014. Por vía de responsabilidad civil el procesado indemnizará a la perjudicada Penélope en la cantidad de 60 euros por las lesiones causadas, y en la cantidad de 30.000 euros por daño oral. Se acuerda mantener la vigencia de las medidas cautelares (prohibiciones de

aproximación y comunicación) adoptadas mediante auto de fecha 8 de julio de 2014 tras la presente sentencia definitiva, y durante la tramitación de los eventuales recursos. Dese cumplimiento a lo establecido en el art. 89.3 del Código Penal . Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que, atendiendo a la fecha de inicio del procedimiento, contra ella cabe interponer recurso de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación de la presente sentencia".

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado D. Rómulo, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO

El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Rómulo, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, concretándose el mismo en la infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado como tal en el artº 24.2 de la Constitución Española , al amparo todo ello del artº 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , invocándose conjuntamente los artº 5.4 y 7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Concretamos este motivo exclusivamente a la condena contenida en la sentencia por el delito de agresión sexual del artº 178 y 179 del C. Penal .

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de los artículos 178 , 179, ambos del Código Penal .

QUINTO

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, dándose asimismo por instruida la representación de la parte recurrida quien impugnó también el recurso y se opuso subsidiariamente, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO

Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 9 de mayo de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por Romulo contra la sentencia número 346/18 de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga, dictada el 18 de mayo de 2018 por la que se condena al recurrente como responsable criminal en concepto de autor de un delito de agresión sexual en concurso ideal con un delito de maltrato, ya definido, concurriendo en el primero la agravante de parentesco a la pena de NUEVE (9) años de prisión, y a la medida de libertad vigilada durante CINCO (5) años, por el primero, y NUEVE (9) meses de prisión por el segundo, en ambos casos con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad, y abono de las dos terceras partes de las costas procesales (con inclusión de las ocasionadas por la acusación particular), declarando de oficio el tercero restante".

SEGUNDO

1.- Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim , por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE).

El recurrente argumenta que las lesiones mínimas existentes no son suficientes para integrar el tipo del artículo 178 y 179 CP ; que los restos biológicos podían proceder de otras relaciones anteriores ya que eran matrimonio; y que la felación fue consentida.

Expone el recurrente los siguientes extremos en su recurso:

1. - Reconoce la existencia de unas lesiones que -aún mínimas- podrían integrar el tipo del delito de maltrato habitual del artº 153.1 y 2.
2. - Dichas lesiones no pueden integrar la violencia o intimidación que, como elemento del tipo, se exige por los artº 178 y 179, para configurar el delito de agresión sexual.

3. - La penetración bucal (felación) fue libremente consentida por ella. Que no hubo erección y por consiguiente, como indican los médicos forenses en el acto del juicio, sin erección difícilmente pudo haber penetración.
4. - Sólo se habla de la existencia de restos biológicos en la boca y en la vagina para justificar la penetración, pero no se hace un análisis de otras pruebas que podrían justificar esos restos. En primer lugar la escasísima presencia de restos biológicos (sólo en boca y vagina) y referidos sólo a los aplotipos del cromosoma "Y", por imposibilidad, por escasos de extenderlo a un análisis genético completo. No se analiza la posibilidad de esa presencia de restos por el hecho de haber mantenido relaciones el jueves anterior.
5. - No se analizan las contradicciones en que incurre la misma cuando habla de una situación de agresión insoportable (cabezazos, puñetazos...) con las lesiones que aparecen en los informes médicos.
6. - Las manifestaciones vertidas por la víctima-denunciante en el acto de la vista no sean ciertas, es que además, teniendo en cuenta dichas declaraciones, existen dudas más que razonables para considerar que haya podido existir un delito de agresión sexual y más concretamente para afirmar la existencia de violencia o intimidación suficientes. Existen pues dudas más que razonables en relación a los elementos esenciales del delito, tanto objetivos como subjetivos, y, entre ellos, a la participación del acusado.

Sobre esta cuestión debemos recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada (STS. 383/2010 de 5.5, 84/2010 de 18.2, 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12, STS 45/2011 de 11 Feb. 2011) la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto

el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12 , 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además,

el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE , sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1. - En primer lugar debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.
2. - En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.
3. - En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

En cuanto al límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba señalar que como establece la STS. 1507/2005 de 9.12:

“El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral.

1. - Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal.
2. - Cómo lo dice.
3. - Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

a.- El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio".

b.- El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más

limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena - SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , o de esta Sala 1171/2001 , 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 528/2007 entre otras-

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada , todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, pero ajustado a las limitaciones que ya se han expuesto.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

1. - Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).
2. - Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.
3. - Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.

4. - Si ha sido practicada con regularidad procesal.
5. - Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente
6. - Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la inmediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa (STS 28-12-2005).

En este caso el Tribunal desarrolla el examen de la prueba practicada respecto a que es hecho probado en cuanto a lo relevante al objeto del recurso:

1. - El recurrente le agarraba fuertemente de la cabeza y le obligaba a practicarle una felación.
2. - Le dio un número indeterminado de cabezazos y bofetones al tiempo que le decía que no servía para nada y que se moviera o le pegaba un puñetazo.
3. - Tal modo de proceder determinó a la víctima a someterse a la voluntad de su marido, que excitado, consiguió penetrarla vaginalmente.
4. - Acude la víctima acto seguido a denunciarle en comisaría y ser reconocida en el hospital.
5. - El facultativo que la atendió apreció lesiones consistentes en eritema en zona malar izquierda, fronto parietal izquierdo, eritemas en ambos antebrazos, erosión en antebrazo izquierdo y pequeño eritema de 2 milímetros a nivel de cara interna de labio menor derecho, que precisaron una única asistencia

facultativa y tardaron en sanar 2 días no impeditivos para su actividad habitual.

De estas, con seguridad, fueron causados por los golpes recibidos: eritema en zona malar izquierda, fronto parietal izquierdo, eritemas en ambos antebrazos y pequeño eritema de 2 milímetros a nivel de cara interna de labio menor derecho, que habían desaparecido cuando Ana fue reconocida por el Médico Forense.

Con respecto a la prueba practicada el Tribunal entiende que existe prueba suficiente para entender cometido el delito de agresión sexual del art. 178 y 179 CP , ya que es la queja sobre la que se circunscribe el recurso. Y ello lo ubica en los siguientes extremos:

1. - La declaración de la víctima es creíble.
2. - Existen datos periféricos que corroboran su versión:
 - a.- La denuncia es inmediata al hecho.
 - b.- En el primer reconocimiento en el hospital materno infantil, se comprueban determinadas lesiones externas, y en los órganos genitales de la víctima.
 - c.- No consta otro origen de estas lesiones por lo que ha de concluirse que son fruto de las violencias desplegadas por el procesado en la ejecución de su ánimo libidinoso.
 - d.- Las muestras biológicas obtenidas confirman que había presencia de semen, aunque no exista certeza de pertenencia, y en las muestras obtenidas de la boca y vagina de la víctima se detecta ADN del acusado, por lo que hubo eyaculación y penetración.
 - e.- El recurrente no presenta limitaciones físicas para los actos físicos que describe la víctima, yacer con la víctima y golpearla.
 - f.- Del relato de María resulta que al verse sujeta con fuerza por el cuello, aunque de mala gana, accedió inicialmente a los requerimientos del procesado procediendo a hacerle una felación.
 - g.- La hija pequeña escucha voces provenientes del cuarto de sus padres que lo interpreta como una nueva discusión entre ambos, por lo que sube el tono de la música para dejar de escucharles.
 - h.- Ana acude de forma inmediata a la comisaría de policía para interponer la denuncia.

i.- Es reconocida y se le aprecian las lesiones que constan en los hechos probados antes citadas. Y el Tribunal explica con detalle algunas diferencias entre partes médicos y forenses, pero en esencia entiende producidas las lesiones que se expresan en los hechos probados.

j.- Entiende que es anómalo el empleo de la violencia que expresa para cometer el acto sexual, por lo que ve creíble la versión de la víctima de que el empleo de la fuerza fue para vencer su voluntad para llevar a cabo el acto sexual.

k.- El recurrente la penetró, al menos, vaginalmente, señalando el Tribunal que aunque se describe las iniciales dificultades que tuvo finalmente lo consiguió.

l.- El procesado tenía dificultades para conseguir la erección, momento en que empezó a golpearla, para culminar sus accesos libidinosos, procediendo a penetrarla siendo conocedor de su voluntad contraria que solo pudo vencer con el empleo de la violencia utilizada.

En esta cuestión debemos destacar que el Tribunal ha tenido en cuenta:

1. - La declaración de la víctima que considera creíble y está ausente de dudas sobre la veracidad de lo que cuenta, no existiendo razones para entender concurrente ánimo espurio.
2. - Los informes médicos acerca de la objetivación de las lesiones.
3. - Proximidad temporal de la asistencia médica recibida por la víctima.
4. - Lesiones correspondientes al tipo de agresión que la víctima relató haber recibido.
5. - Muestras obtenidas en boca y vagina.
6. - Se recoge en el hecho probado le obligó a practicarle una felación y la penetró vaginalmente, lo que al concurrir la violencia empleada para someterla a su voluntad integra el delito de violación.

Debemos recordar la importancia que en estos casos tiene la declaración de la víctima, que en este caso se acompaña, además de datos objetivos antes expuestos.

Además, en la sentencia reciente de esta Sala del Tribunal Supremo 119/2019, de 6 de Marzo que: "Es posible que el Tribunal avale su convicción en la versión de la víctima, ya que la credibilidad y verosimilitud de su declaración se enmarca en la apreciación de una serie de factores a tener en cuenta en el proceso valorativo del Tribunal. Y así podemos citar los siguientes:

1. - Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.
2. - Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.
3. - Claridad expositiva ante el Tribunal.
4. - "Lenguaje gestual" de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los "gestos" con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal.
5. - Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.
6. - Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.
7. - Ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos.
8. - Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.
9. - La declaración no debe ser fragmentada.
- 10.- Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.
- 11.- Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica".

Y también se añade como relevante que:

1. - Se aprecia en la declaración de la perjudicada una coherencia interna en su declaración.
2. - No vemos ánimo espurio de venganza o resentimiento que pueda influir en la valoración de dicha declaración.
3. - Detalla claramente los hechos.
4. - Distingue las situaciones, los presentes, los motivos.
5. - Evidencia una falta de propósito de perjudicar al acusado.
6. - Discrimina los hechos que tenían lugar habitualmente, de los que no".

Y estos presupuestos concurren en el presente caso y es detallado por el Tribunal al concluir su proceso de convicción sobre los hechos, ya que frente al alegato del recurrente de que fue una relación consentida, nada más lejos de la realidad, visto el resultado lesional y la convincente declaración de la víctima.

Existe un acto de maltrato en el contexto de una violencia desplegada para someter a la víctima a realizar el acto sexual, y practicarle una felación, que es acto concluyente de violencia sexual bucal, más una penetración vaginal que la víctima relata que se llevó a cabo. Todo ello en un contexto de golpes que se acreditan en el plenario de forma objetiva, como así se ha expresado por el Tribunal con detalle y convicción, por lo que existe prueba bastante para el dictado de la sentencia condenatoria.

El motivo se desestima.

TERCERO

2.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente los artículos 178 y 179 CP .

El recurrente señala que los actos de violencia no tuvieron como finalidad atentar contra la libertad sexual de la víctima, que accedió voluntariamente a los actos que se le requerían, recurriendo a la declaración de la víctima.

Señala que:

1. - La sentencia no razona suficientemente y da por sentada la concurrencia de la violencia e intimidación como elementos del tipo del delito por el que se condena los referidos preceptos. Los actos de violencia que han quedado acreditados y que esta parte no entra a discutir, y que integrarían el delito de malos tratos por el que ha sido condenado Rómulo, no tienen como finalidad atentar contra la libertad sexual de la víctima.
2. - Ella accede voluntariamente al mantenimiento de las relaciones.
3. - La existencia de la violencia o intimidación que como elementos del tipo, se recogen tanto en el art. 178 como en el 179, no han quedado acreditados.

Frente a este alegato debe destacarse que concurre la violencia desplegada por el recurrente para integrar el delito de agresión sexual, al modo que nótese que el hecho probado reviste una conducta violenta del mismo a la hora de realizar la secuencia que vivió la víctima y que ha descrito con detalle para enervar la presunción de inocencia. Así, en los hechos probados se describe que:

a.- El recurrente apareció "exigiéndole" tener relaciones sexuales, y ante " su negativa " le espetó que era "su obligación" y " le agarraba fuertemente de la cabeza y le obligó a realizarle una felación.

b.- Le dio un número indeterminado de cabezazos y bofetones al tiempo que le decía que no sería para nada y que se moviera o le daba un puñetazo.

c.- Tal modo de proceder determinó a Ana a someterse a su voluntad, quien la penetró vaginalmente.

No puede, en consecuencia, exigirse a la víctima un acto heroico de oposición férrea que pueda determinar un serio peligro a su integridad física ante un relato de hechos probados como el descrito en el presente caso, destacando que en modo alguno puede admitirse que la relación de pareja otorgue a una persona el derecho a tener con la otra relaciones sexuales, por cuanto si ésta se niega y se emplea violencia, como aquí ocurrió, el hecho integra un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP . La violación en pareja deviene así ante situaciones como la presente en la que concurren los elementos típicos del delito de agresión sexual, porque el vínculo matrimonial o la relación de pareja no otorga ningún derecho sobre la sexualidad del otro miembro de la pareja, de tal manera que si el acto sexual se consigue, como aquí ocurrió con la clara negativa de la víctima y se emplea violencia o intimidación el hecho es incardinable en el delito de violación.

Admisión del delito de agresión sexual en el matrimonio o la relación de pareja

Y con respecto a la admisión del delito de violación en el seno de la pareja debe admitirse, ya que, como apunta la doctrina, negar la posibilidad conceptual de una violación en el seno de la institución matrimonial supone tanto como afirmar que el matrimonio es la tumba de la libertad sexual de los contrayentes. Y no es así en modo alguno, pese a pretéritas construcciones doctrinales desfasadas y ahora rechazadas categóricamente que negaban esta opción de admitir la violación por entender que en el matrimonio no existían actos deshonestos, ni ataques a la libertad sexual. Nada más lejos de la realidad, por cuanto la libertad sexual de la mujer casada, o en pareja, emerge con la misma libertad que cualquier otra mujer, no pudiendo admitirse en modo alguno una construcción de la relación sexual en pareja bajo la subyugación de las expresiones que constan en el relato de hechos probados, que describen el sometimiento que consiguió el recurrente a su pareja bajo la coerción de la fuerza, y no admitiéndose, tampoco, que pudiera existir, incluso, un error de prohibición en estos casos.

Sobre el error de prohibición, como señala la doctrina al respecto en los casos en los que la infracción se consuma de forma violenta -y mucho más en casos tan graves

como el recién expuesto-, hay que deducir un pleno conocimiento de la antijuridicidad del hecho o, como mínimo, un alto grado de probabilidad sobre la conciencia de la ilicitud del comportamiento que determina, igualmente, la completa responsabilidad del autor por el delito cometido. Con los hechos declarados probados en donde se pretendía por el recurrente ejercitar un derecho de contenido sexual con su pareja y una corolaria obligación de ésta de acceder a las pretensiones sexuales de él en cualquier momento en que lo exigiera, se pretende por el agresor un reconocimiento de que el matrimonio lleva consigo el derecho de los cónyuges a tener acceso carnal con su pareja cuando uno de ellos quiera, pese a la negativa del otro; planteamiento que debe ser rechazado, por lo que la conducta ejercida con violencia del acceso sexual mediante golpes, o venciendo la voluntad de la víctima con intimidación, determina la comisión de un delito de agresión sexual.

No puede admitirse bajo ningún concepto que el acceso carnal que perseguía el recurrente, porque entendía que ese día debía ceder su pareja a sus deseos sexuales, es una especie de débito conyugal, como obligación de la mujer y derecho del hombre, por lo que, si se ejercen actos de violencia para vencer esa voluntad con la clara negativa de la mujer al acceso carnal, como aquí ocurrió, y consta en el hecho probado, ese acto integra el tipo penal de los arts. 178 y 179 CP , y, además, con la agravante de parentesco reconocida en la sentencia por la relación de pareja y convivencial, y pudiendo añadirse, en su caso, la agravante de género si se dieran las circunstancias que esta Sala ya ha reconocido en las sentencias del Tribunal Supremo 420/2018 de 25 Sep. 2018, Rec. 10235/2018, 565/2018 de 19 Nov. 2018, Rec. 10279/2018, y 99/2019 de 26 Feb. 2019, Rec. 10497/2018.

Como ya se destacó en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1995 en el voto particular, que luego se ha erigido en la doctrina aplicable, no existen supuestos "derechos" a la prestación sexual , debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona. Es por ello por lo que esta Sala ha declarado reiteradamente que comete violación y no está amparado por causa alguna de justificación quien, usando fuerza o intimidación, tuviese acceso carnal con su cónyuge" (Sentencias del Tribunal Supremo 8 de febrero de 1996 y 29 de abril de 1997); y es que este tipo de conductas constituye, sin duda alguna, un grave atentado al bien jurídico protegido por el tipo, que es la libertad sexual, libertad que no se anula por la relación conyugal, por lo que no existe justificación alguna para violentar por la fuerza o mediante intimidación la voluntad contraria del cónyuge.

Por ello, la inexistencia del débito conyugal en el matrimonio o en la relación de pareja es destacado por la doctrina, recordando que se ha afirmado que los arts. 32 de la Constitución Española y 66 a 68 del Código Civil indican que en la actualidad semejante derecho no está regulado como tal en nuestro sistema jurídico. Por lo

tanto, el matrimonio no supone, al menos hoy teóricamente, sumisión de un cónyuge al otro, ni mucho menos enajenación de voluntades ni correlativa adquisición de un derecho ejecutivo cuando se plantee un eventual incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, si así puede entenderse la afectividad entre los casados o ligados por relación de análoga significación.

Esta Sala se ha pronunciado sobre la admisión de la agresión sexual en matrimonio o relación de pareja señalando que:

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 436/2008 de 17 Jun. 2008, Rec. 1823/2007:

"No existen fisuras, en la vigente doctrina de la Sala -sentencias de 26/4/1998 y 8/2/1996, TS-, acerca de que el delito de violación, previsto y penado en los arts. 178 y 179 CP, puede apreciarse entre personas ligadas por el vínculo matrimonial, si se da violencia o intimidación para conseguir la relación sexual.

Y la doctrina jurisprudencial señala cómo en los delitos contra la libertad sexual es frecuente que no se cuente con otro medio de prueba que la declaración de la supuesta víctima, y que esa declaración es hábil para desvirtuar la presunción de inocencia; pero aporta unos criterios que sirvan al tribunal cual guía en la evaluación de la prueba; la ausencia de móviles espúreos, como resentimiento, venganza u obtención de ventaja para otro proceso, prontitud, persistencia, verosimilitud y coherencia en las declaraciones; existencia de alguna corroboración a través de datos suplementarios.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 355/2013 de 3 May. 2013, Rec. 10955/2012

"Como señala la STS de 17 de junio de 2008, núm. 436/2008, en la actualidad no existen fisuras en la doctrina de la Sala (SSTS 8 de febrero de 1996, 9 de abril de 1997, 26 de abril de 1998, 30 de abril de 2009 y 22 de febrero de 2012, entre otras), acerca de que los delitos de agresión sexual y violación, previstos y penados en los arts. 178 y 179 CP, pueden apreciarse entre personas ligadas por vínculo matrimonial, o análoga relación de afectividad, si concurre violencia o intimidación para conseguir la relación sexual.

Como recordó en su día la STS de 9 de Abril del 1997, núm. 584/97, el tema del tratamiento penal de la violación entre cónyuges dio lugar inicialmente a una intensa polémica.

En la doctrina se mantenían básicamente tres tesis:

1.) Quienes estimaban que la violación entre cónyuges no integraba el tipo de violación, afirmando que el hecho se debería sancionar como amenazas o coacciones, tesis inspirada por lo establecido en algunos Código extranjeros, que excluían al propio cónyuge como sujeto pasivo en el delito de violación;
2.) Quienes estimaban que aun siendo el hecho típico no sería -por lo general- antijurídico por la concurrencia de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho (art. 20 7º C. P); y
3.) La doctrina mayoritaria y moderna, que consideraba que el acceso carnal forzado o mediante intimidación entre cónyuges integra el tipo de violación y es antijurídico, por lo que debe ser sancionado como delito de violación, o agresión sexual del art. 178 cuando no existe acceso carnal.

En nuestro Ordenamiento Jurídico las dos primeras tesis antes expuestas, carecen de fundamento. Ni la norma legal excluye al cónyuge como sujeto pasivo al tipificar el delito de violación o agresión sexual, ni existen supuestos "derechos" a la prestación sexual, debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona.

Es por ello por lo que esta Sala ha declarado reiteradamente que comete violación, o agresión sexual, y no está amparado por causa alguna de justificación quien, usando violencia o intimidación, tuviese acceso carnal o atentare contra la libertad sexual de su cónyuge (Sentencias de 7 de noviembre de 1989 , 9 de marzo de 1989 , 14 de febrero de 1990 , 24 de abril y 21 de septiembre de 1992 , 23 de febrero de 1993 , 27 de septiembre de 1995 , 8 de febrero de 1.996 , 9 de Abril del 1997, núm. 584/97 y 17 de junio de 2008, núm. 436/2008 , entre otras).

Este tipo de conductas constituye, sin duda alguna, un grave atentado al bien jurídico protegido por el tipo, que es la libertad sexual, libertad que no se anula por la relación conyugal, por lo que no existe justificación alguna para violentar por la fuerza o mediante intimidación la voluntad contraria del otro cónyuge . Y, en el caso actual, la víctima hizo constar su falta de consentimiento de una forma expresa, manifiesta y activa, que solo mediante la violencia pudo ser superada."

Debe concluirse, pues, el derecho a la autodeterminación sexual en cada uno de los miembros de la pareja, por lo que el empleo de violencia o intimidación por uno de ellos integra el delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP .

Por ello, debe estimarse acertada la conclusión a la que llega el Tribunal y debe entenderse que existe debida motivación acerca de la prueba practicada y la explicación acerca de la concurrencia de la suficiente violencia ejercida para

entender concurrente la agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP . Hubo penetración bucal y vaginal, y así consta debidamente probado y descrito por el Tribunal. Debemos recordar que el Tribunal hace mención a que antes de la felación describe que "al verse sujeta por el cuello", o que "puso las manos delante de la cabeza para que no le pegara", y "la penetró vaginalmente". La víctima fue convincente en su exposición ante el Tribunal, no apreciando, éste, móvil alguno para mentir o faltar a la verdad.

Recoge el Tribunal que: "En el caso de autos la mujer había mostrado su voluntad contraria a la relación que le proponía, negativa que se hizo tajante cuando era evidente que el procesado tenía dificultades para conseguir la erección, momento en que empezó a golpearla, para culminar sus accesos libidinosos, procediendo a penetrarla siendo conocedor de su voluntad contraria que solo pudo vencer con el empleo de la violencia utilizada."

Señala al respecto esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 62/2018 de 5 Feb. 2018, Rec. 1446/2017 que: "El delito de agresión sexual con empleo de violencia requiere el empleo de ésta, pero no exige la causación de lesiones corporales, "de modo que el ataque a la salud y a la integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es elemento indispensable del delito contra la libertad sexual" (v. STS 2-11-2004)".

En la sentencia del Tribunal Supremo 754/2012 de 11 Oct. 2012, Rec. 10041/2012 se añade que: "hemos venido perfilando los elementos integrantes de la violencia a que se refiere el artículo 178 CP , entendiendo que ha de estar orientada a conseguir la ejecución de actos de contenido sexual y equivale a acometimiento, coacción o imposición material, el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse en su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto".

También nos dice la STS 1564/2005, de 27-12 : "En general, la fuerza que se exige ha de ser eficaz y suficiente entidad objetiva, este dato debe matizarse en relación a las condiciones concretas de la víctima, por lo que la fuerza típica debe integrarse por la conjunción de los dos elementos objetivos y subjetivos, si acaso dando preferencia a este último, máxime si se tiene en cuenta que ya no se exige esa "cuota de sangre" para acreditar la oposición de la víctima, bastando simplemente la acreditación del doblegamiento de la víctima por la superior voluntad del actor, ello supone valorar la vía física más con criterios más relativos y circunstanciales alejados de la nota de la irresistibilidad criterio ya superado como se ha dicho. En tal sentido SSTS de 4 de septiembre de 2000, 21 de septiembre de 2001, 15 de febrero de

2003 , 23 de septiembre de 2002 , 21 de septiembre de 2001 , 15 de febrero de 2003 , 23 de septiembre de 2002 ó 11 de octubre de 2003 , entre otras muchas". Por su parte, la STS 368/2010, de 26-4 recuerda la nº 1546/2002, de 23-9, para decir que violencia equivale a "acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima". "

Se recoge, por ello, por el Tribunal la suficiente fuerza empleada para doblegar a la víctima y los golpes empleados y declarados probados tienen el carácter de "suficientes" como para vencer la oposición de la víctima a llevar a cabo los actos que le demandaba el recurrente, por lo que se debe desestimar el recurso al constatar una adecuada ponderación de la prueba practicada.

En cuanto a la pena impuesta, ya dijimos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 183/2018 de 17 Abr. 2018, Rec. 10713/2017 que "La motivación de la individualización de la pena requiere, desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una cantidad de pena que el Tribunal debe fijar dentro del marco penal establecido en la ley para el delito. El control casacional de la corrección de la pena aplicada se limita a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular, de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta las circunstancias que le hayan permitido imponer una pena acorde a la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas. Este control no se extenderá, sin embargo, a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria". "

Y en este caso se ha descrito la gravedad de los hechos cometidos, con la agravante de parentesco, y con una secuencia agresiva que evidencia la imposición de la pena de 9 años por el sufrimiento infligido a la víctima a la que se doblega su voluntad y capacidad de decidir acerca de la existencia del acto sexual en pareja. Y ello, ante una conducta de dominación sexual del autor del delito que compele a su víctima en la medida en la que le traslada a ésta que tiene la obligación de aceptar esa orden de contenido sexual que le dirige bajo la concurrencia de actos violentos para vencer y superar su oposición, sea cual sea ésta. Y para hacerle ver, desde el punto de vista psicológico de la ineficacia de la oposición que pretenda llevar a cabo, como así ocurrió.

Debe desestimarse, pues, el alegato del recurrente de que la violencia empleada no tiene relación con el acto sexual, pero ello no es aceptado por la acertada valoración del Tribunal, ya que el empleo de la violencia de la manera que queda probada es constitutivo del delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP . Resulta contrario a la prueba practicada que las relaciones fueron consentidas, cuando, precisamente, la víctima lo ha negado, tuvo que acudir al hospital tras haber ocurrido los hechos, existe correspondencia con la objetivación de las lesiones y la descripción de la violencia que se empleó contra ella, y, evidentemente, ésta se empleó para conseguir el fin sexual que se ha descrito en los hechos probados intangibles. Es clara y evidente la violencia desplegada con el vencimiento de la oposición de la víctima para conseguir su propósito delictivo de atentar a la libertad sexual de su pareja, pretendiendo conseguir de ella la aceptación de que es su obligación, como así le espetó al realizar el acto y es declarado probado por el Tribunal.

El motivo se desestima.

CUARTO

Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado Rómulo contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, de fecha 18 de mayo de 2018, en causa seguida contra el mismo por delito de agresión sexual en concurso ideal con un delito de maltrato. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Susana Polo García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Sentencia No. T-382/94

DERECHO DE FAMILIA-Protección/MATRIMONIO

Dentro del matrimonio, el fin inmediato y fundamental es la búsqueda por parte de los esposos de la convivencia pacífica, armoniosa y cordial, ambiente dentro del cual deberá llevarse a cabo el proceso de procreación y formación de los hijos. El matrimonio pues, tiene como pilares la comunidad doméstica y el respeto mutuo que los cónyuges deben guardarse entre sí. La prioridad del núcleo familiar, como lo expresa la Constitución Política, hace que el Estado o la potestad civil, como autoridad, sólo penetre hasta la intimidad en situaciones de extrema angustia y de alteración grave de los derechos mutuos de la pareja; el poder del Estado, entonces, se deberá hacer presente para proteger a la familia y restaurar el equilibrio quebrantado, buscando como objetivo fundamental la conservación de la organización familiar.

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA-Vulneración/DERECHO A LA VIDA-Protección/VIOLENCIA FISICA Y MORAL/ACCIÓN DE TUTELA TRANSITORIA/MALTRATO CONYUGAL

No cabe duda que los tratos crueles, degradantes o que ocasionen dolor y agustia a nivel corporal o espiritual atentan de manera directa contra la dignidad humana, lo cual impide necesariamente su cabal realización como persona. Y ello es más grave cuando están de por medio los hijos (menores de edad), quienes se verán gravemente afectados en su formación moral e intelectual al observar la conducta inmoral, arbitraria y abusiva de su padre contra su madre. Es pues, en situaciones como la descrita donde tiene real significado y efectividad la tutela como instrumento idóneo, de carácter perentorio e inmediato para que cesen las conductas abusivas y los atropellos del cónyuge, sin que ello signifique, de otro lado, que la actora no pueda ni deba recurrir ante la jurisdicción ordinaria para obtener una solución definitiva al conflicto familiar que ha venido soportando, como resultado de las conductas arbitrarias e inhumanas del accionado.

REF.: EXPEDIENTE No. T - 41.445

PETICIONARIA: Yolanda Porras Corredor contra Pablo Emilio Leal Guerrero.

PROCEDENCIA: Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Familia.

TEMA: La Familia: núcleo esencial de la sociedad.

* "Dentro del matrimonio, el fin inmediato y fundamental es la búsqueda por parte de los esposos de la convivencia pacífica, armoniosa y cordial, ambiente dentro del cual deberá llevarse a cabo el proceso de procreación y formación de los hijos. El matrimonio pues, tiene como pilares la comunidad doméstica y el respeto mutuo que los cónyuges deben guardarse entre sí".

* "No cabe duda que los tratos crueles, degradantes o que ocasionen dolor y agustia a nivel corporal o espiritual atentan de manera directa contra la dignidad humana y contra lo dispuesto en el artículo 12 constitucional, según el cual, **"nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes"**, lo cual impide necesariamente su cabal realización como persona. No puede cuestionarse el hecho de que tales condiciones negativas confluyen en aquellos conflictos de pareja en que uno de sus componentes recurre a posturas arbitrarias y maltratos consuetudinarios o amenazas en contra del otro, o cuando le obliga a someterse a situaciones que esa persona estima indignantes y lesivas a su vida, integridad física, colocando una a la otra en un aberrante estado de subordinación e indefensión".

* "La prioridad del núcleo familiar, como lo expresa la Constitución, hace que el Estado o la potestad civil, como autoridad, sólo penetre hasta la intimidad, en situaciones de extrema angustia, de alteración grave de los derechos mutuos de la pareja; el poder del Estado, entonces, se hará presente para proteger a la familia y restaurar el equilibrio quebrantado, buscando como objetivo la conservación de la familia".

MAGISTRADO PONENTE:

HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santa Fé de Bogotá, D.C., Agosto 31 de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Procede la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados **HERNANDO HERRERA VERGARA, ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO Y FABIO MORON DIAZ**, a revisar el fallo proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Barranquilla, el 20 de junio de 1994, en el proceso de la referencia, instaurado por YOLANDA PORRAS CORREDOR, en su propio nombre y en el de sus hijas.

El negocio llegó al conocimiento de esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional por la vía ordinaria de la remisión que hizo el mencionado despacho judicial, en virtud a lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Conforme a los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Séptima de Selección de la Corte, escogió para efectos de su revisión la presente acción de tutela.

I. INFORMACION PRELIMINAR.

La peticionaria acude a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en orden a lograr la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, integridad física, a la

familia, al igual que los derechos de los niños, vulnerados a su juicio por la conducta violenta y peligrosa de su marido PEDRO EMILIO LEAL GUERRERO.

Sustenta la demanda en los siguientes,

HECHOS:

- "1. Me case (sic) con el denunciado el 8 de abril de 1984 y de los cuales nació (sic) en los (sic) menores YULIANA CAROL, DAYANA, LORAYNE.
- "2. Al principio la relación fue buena hasta los cinco años de casado (sic), cuando se retiró (sic) del trabajo empezó todo el problema, con la liquidación que le dieron tomamos en arriendo una tienda, empezaron (sic) los problemas porque la tienda no marchaba como debía (sic) marchar, empezó (sic) a celarme, en ese tiempo nació (sic) mi segunda niña la que dijo que no era de él sino del sobrino del dueño de la tienda, cuando vimos que la tienda estaba tan acabada la entregamos, quedamos debiendo y el dueño de la tienda no (sic) retuvo parte de las cosas de nosotros, esas cosas duraron casi un año retenidas hasta que yo conseguí (sic) la plata, el (sic) se comprometió (sic) a pagar la plata y no ha pagado. El me culpa de la pérdida (sic) del trabajo y de su mala suerte Cuando (sic) yo empecé (sic) a trabajar al tiempo el (sic) empezó (sic) a insultarme y amenazarme con palabras obscenas y hacerme escándalos (sic) en la calle. Cuando eso sucedió (sic) yo lo cite (sic) a una comisaria (sic), pero por aparte nosotros arreglamos y el (sic) se comprometió (sic) a vivir conmigo pero no a convivir como marido y mujer, desde hace tres meses empezó (sic) a maltratarme con una navaja pero no la había utilizado sino hasta hace el lunes (sic) 30 de mayo cuando se presentó (sic) a las ocho y media de la noche en un estado de embriaguez agudo, cuando yo llegue (sic) le estaba pagando el arriendo al dueño de la casa, empezó (sic) a decirme que hacia (sic) el resto de la plata que yo ganaba si se las (sic) a un marido, el señor de la casa al ver el problema se retiró (sic), empezó (sic) a decirme que echara a la muchacha que estaba arrendada, en eso la muchacha entro (sic) y le dije que sacara la niña de allí (sic), entonces (sic) el (sic) le

dijo que se tenía (sic) que ir enseguida y que le iba a echar las cosas a la calle, cuando ella iba a salir con mi hija le cerro (sic) la puerta y le dijo que la iba a matar y le saco (sic) una navaja (sic) yo le dije que el problema no era con ella, le tiro (sic) varios viaje (sic) y por poco le da y en un descuido que él tuvo ella salió (sic) de allí (sic) y busco (sic) a dos motorizado (sic) cuando ella se fue empezó (sic) a maltratarme (sic) me puso la navaja en la garganta sin importarle que yo en esos momento (sic) tenía las (sic) niña en los brazos, me cogió por los hombro (sic) y me estrellaba contra la pared, con la navaja me corto (sic) en la nariz como usted podrá (sic) observar en el momento en que se me llame para ratificarme (sic). Cuando la motorizada llego (sic) nosotros estábamos (sic) en la puerta tratando de salir con mi hija los (sic) policías (sic) le quitaron la navaja que tenía (sic), y se lo llevaron, al (sic) cabo de media hora llego (sic) nuevamente más agresivo y acabo (sic) lo poco sano que quedaba en la casa (sic) la muchacha que vive conmigo le toco (sic) irse a dormir a otra parte, me encerró (sic), luego se fue para la cocina (sic) cogió (sic) dos cuchillos, se fue a la cama donde dormía (sic) con mis hijas y me saco (sic) de allí (sic), y me llevo (sic) a la sala y me dijo que tenía (sic) que estar con él (sic) o sino me mataba y obligo (sic) a tener relaciones sexuales, no respetando (sic) que mis hijas estaban viendo, la niña le suplicaba que me dejara, entonces me dejo (sic) en paz y me fui a dormir con mis hijas. En la mañana siguiente yo le dije que habláramos (sic) para arreglar el problema y el (sic) me dijo que si acudía (sic) a la comisaria (sic) o a la inspección (sic) me mataba y me había (sic) salvado de vainas en la noche (sic) que a él (sic) no le importaba matarme a mí y a mis hijas".

II. LA DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa.

La Sala de Familia del Tribunal Superior de Barranquilla, mediante providencia de 20 de junio de 1994, resolvió rechazar la tutela instaurada con base en la existencia de otros medios de defensa judiciales.

Al respecto, observó el fallador de instancia:

"No es el caso entrar a tutelar los Derechos supuestamente vulnerados, ya que vuelve y se repite, no existe claridad sobre lo que realmente ocurrió el 30 de mayo. La situación de la pareja amerita un estudio por parte de un profesional especializado, con el fin de señalar los verdaderos valores y finalidad del matrimonio. La ley señala las herramientas que tienen a su disposición las partes en procura de la defensa de sus derechos y es el caso recurrir a entidades como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, las Comisarías de Familia, Jueces Penales Municipales, etc., quienes sin lugar a dudas prestarán una colaboración eficaz en aras de solucionar este tipo de conflictos.

"Debe esta pareja mejorar su actitud frente al matrimonio, en beneficio de sus menores hijas, quienes serán a la postre las perjudicadas con esta clase de conflicto".

En la parte resolutive de la providencia, decide no tutelar ningún derecho fundamental de la petente; sin embargo, ordenó al Comisario Tercero de Familia de Barranquilla adelantar "todas las medidas pertinentes a fin de lograr que la armonía vuelva al hogar conformado por Yolanda Porras Corredor y Pablo Emilio Leal Guerrero". Y más adelante ordena "Conminar a los cónyuges Yolanda Porras Corredor y Pablo Emilio Leal Guerrero, a que cesen mutuamente toda acción hostil y permitan la convivencia pacífica en el hogar por ellos conformado, junto con sus menores hijas".

III. REMISIÓN DEL EXPEDIENTE A LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA SU EVENTUAL REVISIÓN.

No habiendo sido impugnada la anterior decisión, el expediente fue remitido a la Corte Constitucional, para que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente procediera a decidir acerca de su eventual revisión, lo cual se encontró pertinente, como así lo estimó la Sala Séptima de Selección, la que por auto de fecha 28 de julio del año en curso, repartió el negocio al Magistrado Ponente. En tal virtud, procede la Sala Sexta de Revisión, a estudiar la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. La Competencia.

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia en relación con el fallo dictado por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Barranquilla, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 inciso tercero y 241 numeral noveno de la Constitución Nacional, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1.991.

Segunda. Procedencia de la Tutela contra un particular.

En el caso que se revisa, la acción de tutela se intenta contra un particular - Pablo Emilio Leal Guerrero-, cónyuge legítimo de la accionante, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Debe manifestar esta Corte, que según el numeral noveno del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela instaurada contra una acción u omisión de un particular procede, "Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción", causal en la que encuadra el presente asunto, por lo que es viable el examen de fondo del presente caso.

Se observa que la petente acudió a la Comisaría Tercera de Familia de Barranquilla a entablar una queja contra las conductas violentas de su cónyuge, tendiente a que se adopten las medidas a que haya lugar para proteger tanto su vida como la de sus hijas.

Por lo tanto, entra la Sala a examinar con fundamento en la petición de tutela, la procedencia del amparo para la protección del derecho a la vida y a la integridad física, tanto de la accionante como de sus menores hijas.

Tercera. De la Protección Constitucional a la Familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Como lo consagra nuestra Constitución Política, la familia es la base de la sociedad;, independientemente de si viene del matrimonio o de cualquier

otra forma de unión entre dos personas de distinto sexo, es el escenario de la protección y del desarrollo de la especie humana.

Acerca del papel y significado de la familia, esta misma Sala en sentencia No. T-278 de 1994, se pronunció en el siguiente sentido:

"La familia ha sido considerada siempre como la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre. En efecto, la familia es una comunidad de personas, para las cuales el propio modo de existir y vivir juntos es la comunión: "communio personarum" (la cual se refiere a la relación personal entre el "yo" y el "tu"). La familia, comunidad de personas, es por consiguiente la primera "sociedad". Surge cuando se realiza la alianza del matrimonio (en cualquiera de sus formas) que abre a los esposos "a una perenne comunión de amor y de vida" y se completa plenamente y de manera específica al engendrar los hijos.

La familia que nace de esta unión basa su solidez interior en la alianza entre los esposos. La familia recibe su propia naturaleza comunitaria -aún sus características de "comunidad" - de aquella comunión fundamental de los esposos que se prolonga en los hijos. Mediante esa unión de dos personas, el hombre y la mujer dan origen a la familia. El nuevo ser humano, igual que sus padres, es llamado a la existencia como persona y a la vida "en la verdad y en el amor". Es en el recién nacido, que se realiza el bien común de la familia".

(...)

*"La familia es anterior a la sociedad y al Estado, entidades que están instituidas en primer lugar para servir al bienestar de la familia, del cual dependen las condiciones de la sociedad y del Estado. **Nadie puede reemplazar a los padres en el cumplimiento del primer deber ante los hijos, deber que dicta antes el amor que la obligación.** Pero a la sociedad y al Estado les competen deberes no menos sagrados, como son velar por la integridad de la familia, tutelar a los padres en el cumplimiento de sus obligaciones y cooperar con la familia en la supervivencia y formación primera de la infancia".*

*"Expresamente el constituyente de 1.991, consagró el derecho que le asiste a toda persona a tener una familia y la protección constitucional que ésta merece como núcleo esencial de la sociedad. **Especial énfasis se da a la necesidad de mantener la armonía y la unidad familiar, fundamento de la convivencia social y de la paz.***

(...)

De acuerdo a ello, la unidad familiar es y debe ser presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos constitucionales prevalentes de los niños.

(...)

"Es de la familia misma de donde surgen los comportamientos que van a determinar la sociedad, puesto que estos comportamientos se dan en personas concretas y estas se reconocen, se identifican y se estructuran en una familia: su familia.

La familia como poder dignificante, tiene la capacidad de formar la conciencia de los individuos en los verdaderos alcances de los que constituye la inmensa fuerza de su naturaleza humana. Es pues, en el ámbito familiar en el que se reciben las bases de la realización y por el núcleo familiar, hoy en una grave situación de violencia, falta de unidad y de amor, que ha generado la proliferación de divorcios y conflictos entre los padres, de confusión en las orientaciones sobre las razones mismas de existir, hasta el punto de desatar un verdadero caos al interior de los hogares".

Debe señalar la Sala, con fundamento en la jurisprudencia de esta Corporación y en lo dispuesto por el artículo 11 de la Carta Política, que *"El derecho a la vida es inviolable"*, de donde se infiere que a la petente y a sus hijas les asiste dicho derecho, además de las garantías consagradas por la Constitución en cuanto a la protección de la familia como núcleo esencial de la sociedad y de los derechos de los niños, los cuales prevalecen sobre los demás.

Dentro del matrimonio, el fin inmediato y fundamental es la búsqueda por parte de los esposos de la convivencia pacífica, armoniosa y cordial, ambiente dentro del cual deberá llevarse a cabo el proceso de procreación y formación de los hijos. El matrimonio pues, tiene como pilares la comunidad doméstica y

el respeto mutuo que los cónyuges deben guardarse entre sí. Como lo dice el Código Civil en su artículo 113,

"El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente",

Definición de la que surgen los fines del matrimonio: las personas no solo se casan para satisfacer necesidades, sino para compartir en condiciones humanas, dignas y decorosas, todos los bienes de la comunidad interpersonal y matrimonial.

A la plena convivencia se opone cualquier conducta que perturbe la paz doméstica o ponga en peligro la vida, la integridad psico-física o la salud de uno de los cónyuges. Por ello la violencia familiar no puede ser considerada como un asunto meramente privado, que por su carácter íntimo se sustrae a las competencias del legislador y del juez, tanto así que una de las causales de divorcio está constituida por los ultrajes y los malos tratos (Código Civil, artículo 154 numeral tercero), ya que estas acciones violentas son transgresiones del deber esencial de los esposos.

Toda vez que la familia es anterior a toda forma de comunidad política, el Estado tiene el deber de respetar, preservar y proteger la constitución, la integridad y los derechos exclusivos de la familia (C.P. artículo 5o).

Como lo dice la célebre Carta Encíclica "*Rerum Novarum*", la familia o sociedad doméstica, tiene unos derechos y deberes propios, totalmente independientes de la potestad del Estado. Si partimos de la base de que la familia, al igual que el Estado es una verdadera sociedad, pequeña pero verdadera sociedad, más antigua que cualquiera otra, tenemos que la célula familiar tiene derechos por lo menos iguales que la sociedad civil para elegir y aplicar los medios necesarios en orden a su incolumidad y justa libertad.

La prioridad del núcleo familiar, como lo expresa la Constitución Política, hace que el Estado o la potestad civil, como autoridad, sólo penetre hasta la intimidad en situaciones de extrema angustia y de alteración grave de los derechos mutuos de la pareja; el poder del Estado, entonces, se deberá hacer presente para proteger a la familia y restaurar el equilibrio quebrantado, buscando como objetivo fundamental la conservación de la organización familiar.

La mujer no ocupará el lugar secundario de tiempos pretéritos de las sociedades, en que hacía parte del inventario familiar en la que gozaba de unos pocos derechos, pero que le llegaban a través de la intermediación masculina, y menos aún pueden dejarse de lado el respeto, la protección y la defensa que los derechos de los niños merecen, no sólo por parte del Estado y de la sociedad, sino en particular de sus padres.

Cuarta. La Protección a los Derechos a la Vida, a la Integridad Física y a la Familia en el caso concreto.

No puede la Corte pasar por alto los malos tratos de que son víctima la accionante y sus menores hijas, como se desprende de las pruebas médico-legales practicadas por el Instituto Nacional de Medicina Legal por orden del Comisario Tercero de Familia y de las testimoniales practicadas por el fallador de instancia, de las cuales se colige que el señor Pablo Emilio Leal Guerrero acostumbra intimidar, no sólo a su familia sino a sus arrendatarios, y a mantener con ella tratos hostiles, lo que además de ser violatorio de cualquier norma de conducta, puede ser constitutivo de un delito tipificado por las normas penales actuales.

Analizadas las pruebas que obran en el expediente, se observa que se encuentra demostrado el comportamiento inhumano, el maltrato físico, desmedido y censurado por parte del accionado.

En este sentido, debe reiterar la Sala lo que sobre el particular ha sostenido la Corporación¹:

"El respeto a la vida y a la integridad física de los demás, en un sentido moral y jurídicamente extenso que no se reduce sólo a la prevención policiva o a la represión penal del agresor, comporta el deber de no maltratar, ni ofender, ni torturar, ni amenazar a las personas, mucho menos a aquella con quien se comparten la unión doméstica de procreación y desarrollo de los hijos y de la familia, y la promesa de mutuo fomento material y espiritual".

¹Cfr. Corte Constitucional. Sentencia No. T-529 de septiembre 18 de 1992. MP. Fabio Morón Díaz.

Así, no cabe duda que los tratos crueles, degradantes o que ocasionen dolor y angustia a nivel corporal o espiritual atentan de manera directa contra la dignidad humana y contra lo dispuesto en el artículo 12 constitucional, según el cual, "**nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**", lo cual impide necesariamente su cabal realización como persona. No puede cuestionarse el hecho de que tales condiciones negativas confluyen en aquellos conflictos de pareja en que uno de sus componentes recurre a posturas arbitrarias y maltratos consuetudinarios o amenazas en contra del otro, o cuando le obliga a someterse a situaciones que esa persona estima indignantes y lesivas a su vida, integridad física, colocando una a la otra en un aberrante estado de subordinación e indefensión". .

Y ello es más grave cuando están de por medio los hijos (menores de edad), quienes se verán gravemente afectados en su formación moral e intelectual al observar la conducta inmoral, arbitraria y abusiva de su padre contra su madre. Es repugnante e inhumano la descripción que hace la accionante de las conductas a la que es sometida por su esposo:

*"me encerró, luego se fue para la cocina, cogió dos cuchillos, se fue a la cama donde dormía con mis hijas y me sacó de allí y me llevó a la sala y me dijo que tenía que estar con el o sino me mataba y **me obligó a tener relaciones sexuales, no respetando que mis hijas estaban viendo**; la niña le suplicaba que me dejara...."*.

Se pregunta la Sala: ¿qué pueden esperar estas niñas al ver la conducta de su padre, degradante y abusiva? ¿Tendrán alguna intención de formar una familia? ¿Qué podrán esperar del matrimonio o de la vida conyugal? Sin duda, crecerán con las imágenes imborrables para ellas de su padre violando y maltratando a su madre, con el deseo de venganza y una conciencia desquebrajada por estos actos. Nada más grave para un niño que verse abocado en su crecimiento y formación moral, espiritual y personal a las agresiones y la violencia en su hogar, pues de ello derivarán su comportamiento y actitud para su vida futura.

No en vano el constituyente de 1991 tomó conciencia de la necesidad de amparar a los niños, frente a situaciones como la descrita, cuando manifestó - artículo 44 de la Carta-:

"Son derechos fundamentales de los niños: ... tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor,.... Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral...".

En consecuencia, los innumerables comportamientos agresivos, lesivos y vulneradores de los derechos fundamentales de la accionante a la vida e integridad física, al igual que los derechos de las niñas a la protección contra la violencia física y moral, y al cuidado y al amor por parte del accionado, han tenido y tienen ocurrencia, sin que sea posible argumentar la existencia de otros medios de defensa judicial para prevenir que se sigan presentando las conductas abusivas y arbitrarias del señor Leal Guerrero, sin que esos medios le garanticen la protección inmediata y efectiva de sus derechos, esenciales para su vida y la de sus hijas Yuliana Carol, Dayana y Lorayne.

Cualquier acción judicial que intente la peticionaria, como ya lo ha hecho acudiendo ante la respectiva Comisaría de Familia de la ciudad, dará lugar a un proceso cuya inmediatez no es lo suficientemente adecuada e idónea como la de la acción de tutela, pues el procedimiento ordinario es dispendioso y lento. Por lo tanto, mientras acude a dicha acción y la misma se decide, el ataque físico y moral de que son objeto la accionante y sus hijas continuará, y podrá llevar a que el accionado haga efectivas las amenazas que ha hecho contra la vida de la peticionaria, y a que sus hijas tengan que seguir siendo sometidas a la violencia moral, por la conducta abusiva de su padre frente a su madre.

Es pues, en situaciones como la descrita donde tiene real significado y efectividad la tutela como instrumento idóneo, de carácter perentorio e inmediato para que cesen las conductas abusivas y los atropellos del cónyuge, sin que ello signifique, de otro lado, que la actora no pueda ni deba recurrir ante la jurisdicción ordinaria para obtener una solución definitiva al conflicto familiar que ha venido soportando, como resultado de las conductas arbitrarias e inhumanas del accionado.

Debe advertir la Sala de Revisión, que no es obstáculo para la procedencia de la acción de tutela la existencia de la vía penal que se surte ante las autoridades judiciales especializadas, ya que éstas actúan en cumplimiento de sus funciones públicas como quiera que son los titulares de la acción correspondiente de carácter punitivo y represor, así la jurisdicción penal conoce en este caso de las conductas relativas a lesiones personales o tentativas de homicidio, pero no de los tratos inhumanos y degradantes a los que en este asunto somete el marido a la mujer en el seno del hogar y de la familia, y no conduce a su garantía inmediata, que es el efecto directo de la orden contenida en el fallo de tutela.

En razón a lo expuesto, concluye la Sala que deberá revocarse el fallo que se revisa, el cual desconoce los presupuestos constitucionales de protección a la vida e integridad física de las personas, al igual que los derechos fundamentales de los niños, presupuestos esenciales del Estado social de derecho, y en su lugar, conceder la tutela solicitada como mecanismo transitorio, como así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia, tutelando por ende, los derechos a la vida e integridad física de la peticionaria.

Se ordenará igualmente a las autoridades de policía de Barranquilla, y concretamente a las que corresponda la zona de la Ciudadela 20 de Julio, a efectos de que ejerzan dentro de sus competencias legales vigilancia permanente sobre la conducta del señor PABLO EMILIO LEAL GUERRERO, para hacer efectiva la protección de los derechos de la señora YOLANDA PORRAS y los de sus hijas CAROL YULIANA, DAYANA y LORAYNE.

Así mismo, se le deberá ordenar al señor LEAL GUERRERO que se abstenga de efectuar agresiones físicas o de palabra contra su esposa e hijas, advirtiéndole que el desacato acarreará una sanción de arresto hasta de seis (6) meses y multa de veinte (20) salarios mínimos mensuales.

IV. DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, obrando en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: **REVOCAR** por las razones expuestas, la sentencia proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Barranquilla, el 20 de junio de 1994, en relación con la acción de tutela instaurada por la señora YOLANDA PORRAS CORREDOR.

SEGUNDO: **CONCEDER** como mecanismo transitorio, limitado a los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia, lapso en el cual la accionante deberá acudir ante la justicia ordinaria penal especializada para ejercer las acciones procedentes, la acción de tutela en relación con la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y el derecho de los niños a tener una familia, al cuidado y al amor, así como su amparo frente a toda forma de violencia física o moral. Si no lo hiciera, una vez cumplido el término aquí establecido, se terminará la protección temporal.

TERCERO: **ORDENAR** al señor PABLO EMILIO LEAL GUERRERO, a que se abstenga inmediatamente de todo acto que ponga en peligro la integridad física y la vida de la accionante, así como la de sus hijas.

CUARTO: **ORDENAR** que las autoridades de Policía de la ciudad de Barranquilla ejerzan dentro de sus competencias legales, vigilancia permanente sobre la conducta del señor LEAL GUERRERO, en relación con el presente asunto, contra quien se adelantó la acción de tutela, para la efectiva protección de los derechos fundamentales de la accionante y sus hijas, habitantes de la Ciudadela 20 de Julio de esa ciudad, de que trata esta providencia.

Igualmente, dichas autoridades deberán prestar la mayor y más eficaz atención a las solicitudes de apoyo que formule la accionante, frente a las conductas de su esposo, PABLO EMILIO LEAL GUERRERO.

QUINTO: **PREVENIR** al señor PABLO EMILIO LEAL GUERRERO, para que se abstenga de efectuar agresiones físicas o de palabra, amenazas a su esposa YOLANDA PORRAS CORREDOR y sus hijas, advirtiéndole que el desacato a lo aquí dispuesto acarrea una sanción de arresto hasta de seis (6) meses y multa de hasta veinte (20) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar.

SEXTO: Por Secretaría, líbrense las comunicaciones de que trata el Artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, y cúmplase.

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Sentencia C-285/97

MALTRATO Y LESIÓN-Elementos constitutivos/VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Tipo penal autónomo

Mediante el artículo 22 de la ley 294 de 1996, el legislador quiso elevar a la categoría de delito algunas conductas que no podían ser adecuadas a las figuras típicas previstas en el Código Penal, con el objeto de brindar una mayor protección a los miembros de la familia, que eventualmente puedan ser víctimas de violencia por parte de otro integrante de su misma familia. Los elementos constitutivos del tipo de maltrato son distintos a los de las lesiones. El maltrato implica un acto de agresión contra la persona que no altere su integridad física, síquica o sexual. En tanto que las lesiones precisan del daño en la salud. Los bienes jurídicos protegidos con las disposiciones son también diferentes: el artículo 22, protege "la armonía y la unidad de la familia", y las disposiciones del Código Penal relativas a las lesiones protegen la "integridad personal". El tipo penal descrito por la norma acusada no subsume todas las formas de violencia contra las personas. El tipo penal no es abierto. Las expresiones contenidas en la norma deben ser entendidas en su sentido natural, y será el juez al resolver sobre la responsabilidad de acusado, el que defina si la conducta es inocua, constitutiva de maltrato o de lesiones personales, para lo cual se ha de valer de todos los medios de prueba aceptados legalmente, y en particular del concepto del médico legista. El artículo 22 constituye un tipo penal autónomo, que no vulnera la Constitución.

LIBERTAD SEXUAL DEL CONYUGE-No disminuye por el hecho del matrimonio/MATRIMONIO-No se enajena la persona/VIOLENCIA SEXUAL ENTRE CONYUGES

La libertad sexual del cónyuge no puede considerarse disminuida por el hecho del matrimonio, pues de lo contrario se estaría en presencia de una forma de servidumbre, proscrita por la Constitución. Con el matrimonio se adquieren deberes civiles, pero no se enajena la persona. Por tanto, la conducta del agresor es tan injusta cuando la violencia sexual se ejerce sobre su cónyuge como cuando la víctima es un particular. El bien jurídico protegido con la sanción de los delitos de acceso y acto carnal violentos es la libertad sexual y la dignidad de la personas; tales bienes jurídicos no pueden entenderse disminuidos por la existencia de un vínculo matrimonial, de hecho o por el simple conocimiento sexual anterior.

VIOLACIÓN-Sujetos pasivos y sanción

La violación, cualesquiera sean los sujetos que intervienen en el hecho, supone privar a la víctima de una de las dimensiones más significativas de su personalidad, que involucran su amor propio y el sentido de sí mismo, y que lo degradan al ser considerado por el otro como un mero objeto físico. La sanción de las conductas de violación parte del reconocimiento del derecho a disponer del propio cuerpo, y constituyen un mecanismo tendente a garantizar la efectividad del mismo. Hoy, debe aceptarse que tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos pasivos de violencia sexual proveniente de la persona (hombre o mujer), con quien aquéllos han optado por compartir su sexualidad; y, en consecuencia, la protección debe brindarse en todos los casos.

TRATAMIENTO PUNITIVO-Iguals circunstancias igual protección

Si bien el derecho penal constituye el mecanismo de control más gravoso para la libertad de las personas, es también la forma de tutela más eficaz de los bienes y derechos fundamentales de los individuos. Por ello cuando el legislador, por razones de política criminal, opta por recurrir a ese medio de control, para garantizar un bien jurídico determinado, todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias, tienen el derecho a recibir igual protección. En otros términos, aunque es cierto que al legislador le corresponde ponderar la necesidad de utilización del derecho penal para resolver los conflictos que se presenten entre las personas, cuando hace uso de ese mecanismo para proteger

un bien en particular, no está autorizado para hacer distinciones que no estén fundadas en razones legítimas.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN PODER PUNITIVO-Gravedad del injusto y grado de culpabilidad

En un Estado de Derecho el poder punitivo tiene unos límites dados por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual la graduación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad. Según el primer criterio, la intervención del derecho penal se dirige a sancionar las conductas lesivas de los bienes jurídicos que se estiman más valiosos, teniendo en cuenta que el hecho punible, además de lesionar bienes jurídicos particulares, atenta contra los valores ético-sociales predominantes en una sociedad determinada. El grado de culpabilidad, por su parte, involucra consideraciones acerca de la intencionalidad del hecho, esto es, de la conciencia y voluntad presentes en su realización, en virtud de los cuales se considera que la persona habría podido actuar de otra manera.

VIOLENCIA SEXUAL ENTRE CÓNYUGES-Distinción legislativa ilegítima por tipo penal privilegiado/**LIBERTAD SEXUAL**-No admite graduaciones/**IGUALDAD EN TRATAMIENTO PUNITIVO**-Violencia sexual contra cónyuge

Asignar a unos mismos hechos sanciones diferentes implica que el legislador considera que las conductas o no son igualmente lesivas o no merecen el mismo reproche. La benignidad del trato comporta una consideración sobre la menor lesividad del hecho, menor trascendencia del bien jurídico protegido o menor reprochabilidad del acto. La consideración que la libertad sexual es menor, no es de recibo pues la existencia de un vínculo legal o voluntario no comporta la enajenación de la persona, máxime cuando dicho vínculo ya no existe. La libertad sexual no admite gradaciones, pues ello implicaría considerar a algunas personas menos libres que otras y por tanto desconocer los principios constitucionales de la dignidad humana y la igualdad de todas las personas. Por tanto, la distinción hecha por el legislador en este punto resulta ilegítima. La lesividad del hecho es mayor cuando la víctima está unida al agresor por

vínculo matrimonial o marital. Lo más grave es que ese daño puede afectar no sólo a la persona misma que sufre la afrenta, sino también incidir en la ruptura de la unidad familiar o al menos producir graves disfunciones en la misma, lo que afectará a los demás miembros que la integran, y particularmente a los menores. Tampoco puede considerarse menos reprochable el acto, pues los vínculos de familia, antes que ser considerados como razones que disminuyan la punibilidad del hecho, lo agravan, dado que el deber de solidaridad que liga a los miembros de una familia, implica una obligación mayor de respeto a los derechos de sus integrantes. La consagración de un tipo penal privilegiado para los delitos de acceso y acto carnal violento, cuando se ejecutan contra el cónyuge, o la persona con quien se cohabite o haya cohabitado o con quien se haya procreado un hijo es desproporcionada, y en consecuencia, vulnera el derecho a la igualdad.

Referencia: Expediente D-1499

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 22 y 25 de la ley 294 de 1996.

Demandante: Gloria Guzmán Duque

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES.

Ejerciendo la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana GLORIA GUZMAN DUQUE presenta demanda contra los artículos 22 y

25 de la ley 294 de 1996, por considerar que dichas disposiciones violan los artículos 42 y 44 de la Carta.

Cumplidos los trámites señalados en la Constitución y la ley y oído el concepto del Ministerio Público, procede la Corte a decidir.

A. NORMAS ACUSADAS.

El siguiente es el texto de las normas acusadas:

Ley 294 de 1996

"Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar"

...

*"Artículo 22. **Violencia intrafamiliar.** El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.*

...

*"Artículo 25. **Violencia sexual entre cónyuges.** El que mediante violencia realice acceso carnal o acto sexual con su cónyuge, o con quien cohabite o haya cohabitado, o con la persona que haya procreado un hijo, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años.*

"La acción penal por este delito sólo procederá por querrela de la víctima".

B. DEMANDA.

La acusación formulada contra los artículos 22 y 25 de la ley 294 de 1996 se centra en que dichas normas no cumplen los objetivos de "prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar", que inspiraron su creación, ni protegen "la armonía y la unidad de la familia", bienes jurídicos que están llamadas a garantizar, dado que la leve sanción punitiva genera, como efecto negativo, un

estímulo a la comisión de las conductas proscritas en las normas acusadas, por las siguientes razones:

1. Se trata de tipos penales abiertos, cuyo contenido, al ser llenado por el intérprete, puede abarcar desde conductas inocuas hasta violaciones graves a la salud, la integridad física y la libertad sexual de las sujetos pasivos de los hechos descritos en tales disposiciones.

2. El error de técnica legislativa consistente en omitir en los tipos penales la expresión "siempre y cuando este hecho no constituya delito sancionado con pena mayor", y la exigencia constitucional de la aplicación de los principios de favorabilidad y tipicidad, obligan a imponer las sanciones menores previstas en las normas acusadas, en vez de las penas más graves establecidas en el Código Penal, lo cual resulta desproporcionado, si se tiene en cuenta que la comisión de actos contra las personas que se hayan unidas al autor de los agravios por vínculos naturales o legales es más grave.

3. Las definiciones de "familia" y "cónyuge" que contempla la misma ley 294 posibilitan la aplicación de las sanciones previstas en las normas acusadas, y no las asignadas en el Código Penal, a hechos cometidos contra hijos, hijastros y nietos, que son las víctimas más comunes en estos casos, y a quienes, en estas circunstancias, no se estaría dando la protección ordenada en el artículo 44 de la Constitución.

C. INTERVENCIONES.

1. LA DIRECTORA GENERAL DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR defiende la constitucionalidad de las disposiciones con los siguientes argumentos:

-Las normas acusadas "constituyen un esfuerzo por salvaguardar a la familia del efecto invasor de la violencia. Con el artículo 22 se elevó a la categoría de delito lo que el Código del Menor contemplaba sólo para víctimas menores de dieciocho (18) años como contravención, y con el artículo 25 del estatuto en mención se erigió también a la categoría de delito una conducta abusiva y

violenta muy generalizada, protegiendo de alguna manera con dichas normas tanto los derechos de los miembros de la familia como los del cónyuge violentado".

-Exagerar la punición de las conductas agrava los problemas que se pretende corregir. "Hay que dejar un espacio al cambio y una posibilidad para el perdón, que no destruya los lazos familiares... En el seno familiar, ámbito para el cual se legisla, pese a la violencia, existen vínculos afectivos y de sangre, la persona pertenece a una familia de la cual deriva su seguridad personal y social, a la vez que se proyecta en ella. La unión estable de un hombre y una mujer, que se consolida en la descendencia, genera afecto, solidaridad y a pesar de los conflictos, la posibilidad de retomar los afectos y construir cada vez en mejor forma la unión familiar. Pero si las penas son muy fuertes llevan al rompimiento total". Estas razones justifican, además, que el delito sea querrelable, y por ende desistible.

2. **EL DEFENSOR DEL PUEBLO** solicita a la Corte declarar exequible el artículo 22 de la ley 294 e inexecutable el artículo 25 de la misma, con fundamento en las siguientes consideraciones:

-El artículo 22 de la citada ley tipifica conductas delictivas atentatorias de la armonía y la unidad de la familia, que antes eran indiferentes a cualquier regulación punitiva, toleradas por la sociedad, y frente a las cuales la legislación vigente guardaba injustificado silencio, sin ofrecer una protección a la víctima. Dicha disposición guarda armonía con la consagración constitucional de la familia como institución básica de la sociedad, y con el carácter prioritario de los derechos fundamentales.

-Las conductas tipificadas en el artículo 25 de la ley 294 de 1996 son las mismas que describen los artículos 298 y 299 del Código Penal; pero, el legislador de 1996, al ocuparse de ellas, les asignó un quantum punitivo menor, quebrantando el principio de la igualdad, pues le otorgó un menor castigo a conductas que vulneran bienes jurídicos que el Constituyente quiso privilegiar. Esto es, que debiendo ser sancionada la conducta con mayor severidad cuando se produce en

el seno de la familia, por el contrario, recibe un tratamiento punitivo más benigno.

D. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Procurador General de la Nación solicita a la Corte declarar exequibles las disposiciones acusadas, por las siguientes razones:

-No puede perderse de vista que son múltiples y variadas las formas de maltrato que pueden desplegarse al interior de la comunidad familiar y es indudable que el tipo penal que las contempla pretende la prevención y sanción de aquéllas que pueden afectar el bien jurídico de la unidad y armonía familiar, por cuanto en este ámbito frente a agresiones que pueden ocasionar graves daños en contra de la dignidad de la persona, de su desarrollo normal, de su autonomía, de su salud física y mental, no existe respuesta punitiva del Estado, al no estar definidas muchas de ellas como delitos en el Código Penal. A manera de ejemplo pueden citarse lesiones que no dejan huella visible, pero que afectan la autoestima, la seguridad, la armonía y la paz de los miembros de la familia.

-No es cierto que en el artículo 22 de la ley 294 de 1996 subsuma los delitos de lesiones personales ni los que vulneran la libertad y el pudor sexual. El artículo 23 de la misma ley regula el maltrato constitutivo de lesiones personales, aumentando de una tercera parte a la mitad la sanción prevista en el Código Penal para tales delitos. En consecuencia, es factible, en algunos casos, la concurrencia de la norma demandada con otros preceptos que describan comportamientos ilícitos, particularmente cuando el comportamiento humano único o plural lesiona o pone en peligro varios bienes jurídicos.

-Tampoco le asiste razón a la demandante cuando afirma que el artículo 22 de la ley 294 de 1996 es un tipo penal abierto, pues el significado de las expresiones "maltrato físico, síquico o sexual" puede llegar a establecerse a partir del concepto generalizado, obvio, lógico y razonable de las mismas, el cual siempre se ha determinado a partir del daño inferido a la víctima del maltrato.

-El artículo 25 de la ley 294 de 1996 es constitucional, "toda vez que corresponde al ejercicio de la función confiada al legislador en el sentido de tipificar conductas y señalar penas para proteger determinados bienes jurídicos. Así para este, la respuesta punitiva a la conducta de la violencia sexual entre cónyuges es diferente a la que corresponde al delito de la violencia sexual tipificado en el Código Penal, cuyo sujeto pasivo puede ser cualquier persona distinta de aquéllas relacionadas como tales por la norma impugnada. Razones de política criminal, el bien jurídico tutelado en una y otra conducta, así como el daño y las consecuencias que generan éstas, avalan constitucionalmente la dosimetría señalada por el legislador para el comportamiento descrito como violencia sexual entre cónyuges".

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A. COMPETENCIA.

Por dirigirse la acusación contra disposiciones que forman parte de una ley, compete a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241-4 de la Carta.

B. LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y LA PROTECCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO.

La intimidad familiar está protegida constitucionalmente. El artículo 15 de la Carta establece que *"Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar"*. No obstante, el respeto por la intimidad no comprende las conductas violatorias de los derechos de quienes integran el grupo familiar. Es deber del Estado intervenir en las relaciones familiares, no con el propósito de imponer un modelo determinado de comportamiento, sino para impedir cualquier violación de los derechos fundamentales de las personas.

En otros términos, la protección que el Estado debe brindar a las personas no puede quedar reducida al ámbito de lo público, se extiende también al espacio privado, como lo ordena el artículo 42 de la Carta, según el cual *"Cualquier*

forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley".

Dicha protección tiene por objeto, además de garantizar los derechos de los miembros más débiles de la población (menores, ancianos, mujeres), erradicar la violencia de la familia; objetivo en el cual está comprometido el interés general, por ser la familia la institución básica y el núcleo fundamental de la sociedad, y un espacio básico para la consolidación de la paz.

Mediante la ley 294 de 1996, que desarrolla el artículo 42 de la Constitución, el legislador tuvo como propósito prevenir y erradicar la violencia intrafamiliar, a través de medidas educativas, protectoras y sancionatorias, posibilitando así a las personas recurrir a medios civilizados para la solución de sus conflictos, como la conciliación, el diálogo y las vías judiciales, y evitar en lo posible la respuesta violenta.

La demandante formula acusación contra dos normas de la ley: artículos 22 que tipifica la conducta de violencia intrafamiliar, y 25 que se refiere a la violencia sexual entre cónyuges, por considerar que dichas disposiciones, al establecer sanciones punitivas leves, no cumplen la función de erradicar la violencia. No obstante, la situación de las dos normas es muy diferente, como pasa a verse:

C. ARTÍCULO 22 DE LA LEY 294 DE 1996.

El artículo 22 de la ley 294 de 1996 establece:

*"Artículo 22. **Violencia intrafamiliar.** El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.*

Según la demandante, la disposición contempla un tipo penal abierto que puede abarcar desde conductas inocuas hasta violaciones graves a la libertad física, síquica o sexual de las personas y, en consecuencia, cuando los sujetos pasivos del hecho sean familiares del agresor, éste recibirá una sanción menor a la prevista para los mismos hechos contemplados en el Código Penal, lo cual resulta desproporcionado.

Mediante el artículo 22 de la ley 294 de 1996, el legislador quiso elevar a la categoría de delito algunas conductas que no podían ser adecuadas a las figuras típicas previstas en el Código Penal², con el objeto de brindar una mayor protección a los miembros de la familia, que eventualmente puedan ser víctimas de violencia por parte de otro integrante de su misma familia.

Los elementos constitutivos del tipo de maltrato son distintos a los de las lesiones. El maltrato implica un acto de agresión contra la persona que no altere su integridad física, síquica o sexual. En tanto que las lesiones precisan del daño en la salud. Los bienes jurídicos protegidos con las disposiciones son también diferentes: el artículo 22, que hace parte del Título V de la ley 294 de 1996, protege "la armonía y la unidad de la familia", y las disposiciones del Código Penal relativas a las lesiones protegen la "integridad personal".

En consecuencia, el tipo penal descrito por la norma acusada no subsume todas las formas de violencia contra las personas. La misma ley 294 hace la distinción de las dos figuras típicas en mención, cuando en su artículo 23 prevé un aumento de la sanción establecida en el Código Penal para los delitos de lesiones personales, si el hecho *"cause daño a la salud en el cuerpo o en la salud sicológica a un integrante de su grupo familiar"*.

Por último se destaca que el tipo penal no es abierto como lo afirma la demandante. Las expresiones contenidas en la norma deben ser entendidas en su sentido natural, y será el juez al resolver sobre la responsabilidad de acusado, el que defina si la conducta es inocua, constitutiva de maltrato o de lesiones personales, para lo cual se ha de valer de todos los medios de prueba aceptados legalmente, y en particular del concepto del médico legista.

¹No habrá paz mientras no haya paz familia. El ciudadano que proviene de un hogar violento es igualmente violento en su comportamiento social, como lo evidencian las investigaciones sobre la materia". Gaceta del Congreso No.164, septiembre 29 de 1994. Exposición de motivos del proyecto de ley.

²La violencia familiar en sus distintas manifestaciones no está tipificada en nuestro Código Penal como delito, siendo un comportamiento que afecta la misma esencia jurídica de la organización familiar". Gaceta del Congreso No. 164, septiembre 29 de 1994, Exposición de motivos del proyecto de ley.

En síntesis, el artículo 22 de la ley 294 de 1996 constituye un tipo penal autónomo, que no vulnera la Constitución.

D. ARTÍCULO 25 DE LA LEY 294 DE 1996.

Según la demandante, la levedad de la sanción prevista en el artículo 25 de la ley 294 de 1996, en relación con la consagrada en el Código Penal para los delitos de acceso y acto carnal violentos, vulnera el principio de proporcionalidad de la pena, si se tiene en cuenta que tales conductas, por ejecutarse en contra de las personas a quienes se debe mayor consideración, ameritan una sanción más drástica.

Dado que la acusación se fundamenta en la violación del derecho a la igualdad, la Corte procederá en primer término a verificar la existencia del trato desigual, para decidir, posteriormente, en caso de ser así, si tal diferencia se ajusta o no a la Constitución.

1. Verificación de la existencia de un trato desigual en relación con los delitos de acceso y acto carnal violentos.

Los hechos punibles de acceso y acto carnal violentos estaban contenidos en el Título XI del Código Penal, bajo la denominación de "*delitos contra la libertad y el pudor sexual*". Dicho título fue modificado por la ley 360 de 1997, que denominó a tales hechos "*delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana*", y aumentó la sanción para las conductas referidas, en los siguientes términos:

"Artículo 2. El artículo 298 del Código Penal quedará así:

"Artículo 298. Acceso carnal violento. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, estará sujeto a la pena de ocho (8) a veinte (20) años de prisión".

"El que realice acceso carnal con persona menor de doce (12) años, mediante violencia, estará sujeto a la pena de veinte (20) a cuarenta (40) años".

"Artículo 3. El artículo 299 del Código Penal quedará así:

"Artículo 299. Acto sexual violento. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años".

La ley 294 de 1996 consagró, como parte del título V -"De los delitos contra la armonía y la unidad de la familia"-, el artículo 25, que tipifica el delito de "Violencia sexual entre cónyuges", el cual constituye un tipo de sujeto activo especial, en el que se dio un mismo tratamiento punitivo a las conductas de acceso y acto carnal violentos, y se asignó una sanción considerablemente menor a la prevista en el Código Penal, para tales conductas:

"Artículo 25. Violencia sexual entre cónyuges. El que mediante violencia realice acceso carnal o acto sexual con su cónyuge, o con quien cohabite o haya cohabitado, o con la persona que haya procreado un hijo, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años.

Al comparar las disposiciones transcritas se concluye que, en efecto, la norma acusada prevé una sanción considerablemente menor para los delitos de acceso y acto carnal violentos, cuando el acto se ejecuta contra el cónyuge, o la persona con quien se cohabita o se haya cohabitado, o con quien se haya procreado un hijo, en relación con las sanciones que prevé el Código Penal para este mismo tipo de conductas, cuando el sujeto pasivo es indeterminado, pues en el primero caso la sanción es de 6 meses a dos años de prisión, en tanto que el segundo asigna una sanción privativa de la libertad de 8 a 20 años para el acceso carnal violento, cuando el sujeto pasivo del acto es mayor de 12 años, y de 20 a 40 años, cuando éste es menor de dicha edad, y 4 a 8 años para el acto sexual diverso del acceso carnal violento.

2. La libertad sexual y la existencia de vínculo entre las partes.

En relación con el bien jurídico protegido en los "delitos sexuales" la legislación ha tenido significativas variaciones: inicialmente, la protección se refirió a la *honestidad*, lo cual llevó a considerar que quienes tenían una conducta social que

no se ajustaba a los cánones socialmente mayoritarios, no eran objeto de dicha protección. En última instancia lo que se perseguía con las prohibiciones era imponer una determinada moral sexual; más recientemente, se viene considerando que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, criterio que parte del reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad, en virtud del cual no resulta legítimo imponer una concepción específica de la moral, siendo deber del Estado sancionar las conductas que imposibiliten el libre ejercicio de la sexualidad, entendida ésta de manera positiva, como el ejercicio de las potencialidades sexuales, y, en sentido negativo, como la prohibición para involucrar en un trato sexual a otro, sin su consentimiento. Algunos autores han propuesto denominar el bien jurídico protegido como *indemnidad sexual*, por considerar que en relación con algunas personas, como los menores y los incapaces, no puede hablarse de una válida facultad para disponer de su sexualidad.

A la luz de la Constitución de 1991, el interés jurídicamente protegido con las normas no puede ser la honestidad ni la moral, pues cada quien tiene derecho a conducir su vida sexual según sus propias decisiones. La legislación vigente (ley 360 de 1997), en armonía con esta consideración, consagra como bienes jurídicos protegidos la libertad sexual y la dignidad humana.

Respecto a la tipificación de las conductas de violencia sexual, cuando entre los sujetos que intervienen en el hecho existe un vínculo matrimonial, las consideraciones también han variado con el tiempo. Estas han sido las principales posturas: 1) la conducta del agresor es inmoral, pero no ilícita, pues dado que el matrimonio tiene por objeto la procreación, y siendo la cópula el medio necesario para lograrla, mal puede responder el cónyuge por un acto que es conforme a derecho; 2) el hecho es típico, pero está justificado por el derecho que le asiste al cónyuge sobre el otro; 3) se distinguen casos especiales en los cuales la pareja puede negarse al trato sexual y, en consecuencia, la conducta del agresor resulta criminal, como en los eventos en que media divorcio, separación de cuerpos, o cuando la negativa obedece a motivos de higiene, o a la pretensión del otro de realizar actos *contra natura*. Las distinciones anteriores se han hecho a partir de un mal entendimiento del débito conyugal, y no comprenden, por

ende, las relaciones maritales. 4) Por último, se acepta que la conducta es punible, por la ausencia de facultad que le asiste al cónyuge para ejercer el empleo de la fuerza sobre el otro. La negativa del cónyuge a sostener relaciones sexuales da derecho al divorcio, pero no a la violación.

De conformidad con los principios constitucionales que nos rigen, sólo la última de las posturas descritas es aceptable. La libertad sexual del cónyuge no puede considerarse disminuida por el hecho del matrimonio, pues de lo contrario se estaría en presencia de una forma de servidumbre, proscrita por la Constitución (art. 17). Con el matrimonio se adquieren deberes civiles, pero no se enajena la persona. Por tanto, la conducta del agresor es tan injusta cuando la violencia sexual se ejerce sobre su cónyuge como cuando la víctima es un particular.

La violación, cualesquiera sean los sujetos que intervienen en el hecho, supone privar a la víctima de una de las dimensiones más significativas de su personalidad, que involucran su amor propio y el sentido de sí mismo, y que lo degradan al ser considerado por el otro como un mero objeto físico. La sanción de las conductas de violación parte del reconocimiento del derecho a disponer del propio cuerpo, y constituyen un mecanismo tendente a garantizar la efectividad del mismo.

Es de destacar, además, que en relación con los delitos de violencia sexual, las regulaciones legales y los análisis dogmáticos han estado referidos fundamentalmente a la mujer como sujeto pasivo del hecho. Ello obedece, de una parte, a las referencias de la casuística penal y, de otra, al reconocimiento de que las únicas relaciones protegibles por el derecho son las heterosexuales. Hoy, debe aceptarse que tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos pasivos de violencia sexual proveniente de la persona (hombre o mujer), con quien aquéllos han optado por compartir su sexualidad; y, en consecuencia, la protección debe brindarse en todos los casos.

En resumen, el bien jurídico protegido con la sanción de los delitos de acceso y acto carnal violentos es la libertad sexual y la dignidad de la personas; tales bienes jurídicos no pueden entenderse disminuidos por la existencia de un vínculo matrimonial, de hecho o por el simple conocimiento sexual anterior.

3. La diminuyente punitiva prevista en el artículo 25 de la ley 294 de 1996 y el principio de proporcionalidad.

Verificada la existencia de un tratamiento punitivo diferente para los delitos de acceso y acto carnal violentos cuando la víctima es el cónyuge, o la persona con quien se cohabita o se ha cohabitado, o con quien se ha procreado un hijo, el paso siguiente será determinar si dicho tratamiento desconoce o no el principio de proporcionalidad deducible del artículo 13 de la Carta.

Si bien el derecho penal constituye el mecanismo de control más gravoso para la libertad de las personas, es también la forma de tutela más eficaz de los bienes y derechos fundamentales de los individuos. Por ello cuando el legislador, por razones de política criminal, opta por recurrir a ese medio de control, para garantizar un bien jurídico determinado, todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias, tienen el derecho a recibir igual protección³. En otros términos, aunque es cierto que al legislador le corresponde ponderar la necesidad de utilización del derecho penal para resolver los conflictos que se presenten entre las personas, cuando hace uso de ese mecanismo para proteger un bien en particular, no está autorizado para hacer distinciones que no estén fundadas en razones legítimas.

Ahora bien: aunque la determinación en abstracto de la medida de la pena no puede ser evaluada con fundamento en razones cuantitativas exactas, lo cierto es que en un Estado de Derecho el poder punitivo tiene unos límites dados por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual la graduación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la *gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad*.

Según el primer criterio, la intervención del derecho penal se dirige a sancionar las conductas lesivas de los bienes jurídicos que se estiman más valiosos, teniendo en cuenta que el hecho punible, además de lesionar bienes jurídicos

³ Esta consideración fundamentó la declaratoria de inexequibilidad del inciso segundo del artículo 263 del Código Penal, que decía: "Cuando se trate de un parentesco natural de consanguinidad, la acción penal se limitará a padres e hijos". Sentencia C-125 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía

Particulares, atenta contra los valores ético-sociales predominantes en una sociedad determinada. El grado de culpabilidad, por su parte, involucra consideraciones acerca de la intencionalidad del hecho, esto es, de la conciencia y voluntad presentes en su realización, en virtud de los cuales se considera que la persona habría podido actuar de otra manera.

En consecuencia, asignar a unos mismos hechos sanciones diferentes implica que el legislador considera que las conductas o no son igualmente lesivas o no merecen el mismo reproche. La benignidad del trato comporta una consideración sobre la menor lesividad del hecho, menor trascendencia del bien jurídico protegido o menor reprochabilidad del acto.

En el caso concreto de los delitos de violencia sexual cuando la víctima y el agresor están o estuvieron unidos por vínculos matrimoniales, maritales, o por la procreación, la consagración de un tipo privilegiado revela una consideración de que la libertad sexual y la dignidad de la persona es menos protegible, o que el hecho es menos lesivo, o que la conducta del agresor está atenuada en razón de la existencia del vínculo.

La primera consideración, esto es, que la libertad sexual es menor, no es de recibo pues, como se dijo antes, la existencia de un vínculo legal o voluntario no comporta la enajenación de la persona, máxime cuando dicho vínculo ya no existe. La libertad sexual no admite gradaciones, pues ello implicaría considerar a algunas personas menos libres que otras y por tanto desconocer los principios constitucionales de la dignidad humana y la igualdad de todas las personas. Por tanto, la distinción hecha por el legislador en este punto resulta ilegítima.

La lesividad del hecho es mayor cuando la víctima está unida al agresor por vínculo matrimonial o marital. Es de considerar que la violencia sexual es una de los hechos más graves contra la persona, en cuanto afecta su dignidad, su libertad y, además, puede generar secuelas negativas permanentes; pero lo más grave es que ese daño puede afectar no sólo a la persona misma que sufre la afrenta, sino también incidir en la ruptura de la unidad familiar o al menos producir graves disfunciones en la misma, lo que afectará a los demás miembros que la integran, y particularmente a los menores.

Tampoco puede considerarse menos reprochable el acto, pues los vínculos de familia, antes que ser considerados como razones que disminuyan la punibilidad del hecho, lo agravan, dado que el deber de solidaridad que liga a los miembros de una familia, implica una obligación mayor de respeto a los derechos de sus integrantes.

En conclusión, la consagración de un tipo penal privilegiado para los delitos de acceso y acto carnal violento, cuando se ejecutan contra el cónyuge, o la persona con quien se cohabite o haya cohabitado o con quien se haya procreado un hijo es desproporcionada, y en consecuencia, vulnera el derecho a la igualdad.

IV. Decisión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional actuando en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **DECLARAR EXEQUIBLE** el artículo 22 de la ley 294 de 1996.

Segundo. **DECLARAR INEXEQUIBLE** el artículo 25 de la ley 294 de 1996.

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Presidente

JORGE ARANGO MEJIA
Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

.JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR QUE:

Los H. Magistrados Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, no asistieron a la sesión de Sala Plena celebrada el día 5 de junio de 1997, por encontrarse en comisión oficial en el exterior.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Anexo C

GUÍA DE ENTREVISTA

Título: El delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, alcances de su tipificación, Carabayllo 2021.

Nombre :

Cargo :

Institución :

OBJETIVO GENERAL

Analizar, qué criterios se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, bajo los alcances establecidos en la ley de Violencia contra la mujer, Carabayllo, 2021.

Preguntas

1. Considera usted ¿Qué la violencia sexual a la pareja, es calificado como delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, conforme lo prescribe la ley penal o como un caso de violencia familiar?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

2. A su criterio ¿Por qué razón las autoridades policiales y fiscales, subsumen la conducta de violencia sexual dentro del matrimonio y/o convivencia a un caso habitual de violencia familiar conyugal?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Analizar, en la Ley penal, el desarrollo de los principios de legalidad y especialidad en la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia ante los casos por violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

3. ¿Considera que, los actos de violencia física con subsecuente de violencia sexual al cónyuge y/o conviviente, se cumple la aplicación del principio de legalidad, y especialidad al momento de la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

4. ¿Considera usted que, ante la inadecuada calificación jurídica realizada por los operadores de justicia en las denuncias por violencia sexual en agravio del cónyuge, genera que los hechos queden impunes?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Determinar los alcances de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

5. ¿De qué forma se establece en la Ley de violencia contra la mujer el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia?

.....
.....
.....
.....

6. ¿Cree Ud. para establecer los parámetros de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, se debe modificar lo prescrito en el Art. 170 inc. 3. del Código Penal?

.....
.....
.....
.....

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Establecer, de qué manera se garantiza el bien jurídico de la libertad sexual, frente al débito conyugal en el delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia, Carabayllo. 2021.

7. ¿Considera usted que se debe establecer los criterios jurídicos del débito conyugal y el respeto de la libertad sexual, ante la creciente tasa de perpetración del delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

8. A su criterio, ante los casos de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia ¿El débito conyugal, es un pensamiento confuso en la administración de justicia, que vulnera el derecho a la libertad sexual y la dignidad humana de la víctima?

.....
.....
.....
.....

Otro si digo: ¿Existe alguna opinión suya que desea agregar?

.....
.....
.....

Muchas gracias por su participación

Nombre del entrevistado	Sello y Firma

ANEXO D: TRIANGULACIÓN DE LOS DATOS RECOLECTADOS A TRAVÉS DE LA ENTREVISTA

MATRIZ DE TRIANGULACIÓN

OBJETIVOS	Pregunta	J1	F1	F2	F3	E1	E2	A1	A2	A3	Convergencia	Divergencia	Interpretación
Objetivo General: Analizar, qué criterios se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, bajo los alcances establecidos en la ley de Violencia contra la mujer. Carabayllo 2021.	1. Considere a usted ¿Qué la violencia sexual a la pareja, es calificado como delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, conforme prescribe la ley penal o como un caso de violencia familiar?	Considero en estos casos, lo relacionan más al ámbito de violencia familiar	Considero que el operador debe calificar, si esta se realizó mediante el uso de amenaza y/o violencia, no sería un caso de violencia familiar, sino de violación sexual	Debe ser calificado como un delito común de violación sexual y debería ser sancionado como lo prescribe la ley penal.	El delito de violación sexual tal como lo prescribe la ley se encuentra debidamente tipificada lo cual no únicamente cabe en el matrimonio y/o convivencia sino en todo aspecto importante de la sociedad	La violación sexual dentro del matrimonio es una figura independiente de la violencia familiar por cuanto el espíritu de la norma de violencia es caracterizado por actos o hechos propios al maltrato físico o psicológico.	Se debe aplicar la calificación de delito de violación sexual	La persona que violenta sexualmente a otra está vulnerando derechos fundamentales, el acceso carnal emana del deseo, la voluntad de la persona y no la coacción o el abuso	La violación sexual representa el no consentimiento de la víctima durante el acto sexual	En toda relación conyugal existen satisfacción sexual con consentimiento, pero en los casos que no haya este consentimiento constituye el presupuesto exigido por la ley	Ocho de los entrevistados señalan que Debe calificarse como Delito de Violación Sexual, como lo prescribe la Ley.	Uno de los entrevistados señalan que En algunos casos es relación al ámbito de la violencia familiar	En su mayoría señalaron que todo acto de violencia sexual a la pareja, sin consentimiento debe calificarse como delito de Violación sexual, como lo prescribe la Ley y no relacionarlo al ámbito de la violencia familiar
	2. A su criterio ¿Por qué razón las autoridades policiales y fiscales, subsumen la	Analizan de un ámbito general, no toman en cuenta la versión de la parte agraviada	Las razones, Obedecería a la falta de prevención en estos casos sensibles, que de calificarlos	Adoptan este criterio habitual por confusión de normas o porque les parece más cómodo para resolver el	Porque se considera como parte del desarrollo normal del entorno familiar.	Por Falta de criterio y ser una forma inmediata de prevenir cualquier agresión a un integrante del vínculo	Porque las víctimas se niegan a denunciar los actos de violencia sexual	Existen casos donde la agraviada aumenta e inventa hechos que nunca sucedieron con la finalidad que	Por el vínculo que une al agresor con la víctima	El problema radica en la aplicación de los presupuestos que debe tener toda violencia familiar,	Siete de los entrevistados señalan que Falta de criterio y sensibilización en la	Dos de los entrevistados señalan que No se denunciaron los actos y	En forma diversa con tendencia afines, concluyen, que la falta de valoración y conocimiento del tema o procedimiento,

	conducta de violencia sexual dentro del matrimonio y/o convivencia a un caso habitual de violencia familiar conyugal?		con una sanción correcta y no un reproche efectivo y sobre todo ejemplar, se evitaría muchos finales no deseados	problema		familiar.		el agresor sea sancionado.			calificación de la conducta	en otros casos, los actos no suceden por falta de credibilidad	origina una mala calificación de la conducta
Objetivo específico Analizar, en la Ley penal, el desarrollo de los principios de legalidad y especialidad en la	3. ¿Considera que, los actos de violencia física con subsecuente de violencia sexual al cónyuge y/o conviviente, se cumple la aplicación del principio de legalidad, y especialidad al momento de la calificación jurídica realizada por los operadores	Cada juzgador con criterio de conciencia, trata de aplicar lo más objetivo al caso	Cuando se realiza la correcta calificación se cumple efectivamente	No se cumplen ya que casi nunca las autoridades actúan dentro de la ley o respetan el derecho de las personas	Sí, porque los aspectos normativos del tipo penal, así como los verbos rectores calzan adecuadamente para subsumir y calificar el tipo penal dentro del Principio de Legalidad.	No se cumple, en vista que aún no se ha desarrollado distintos casos por violación dentro del matrimonio	No, toda vez que no se aplica la tipicidad del delito de violación sexual.	Los actos de violencia física son diferentes a los actos de violencia sexual ya que estos tienen características diferentes	Sí, se encuentra dentro del marco normativo; sin embargo, al ser delito de violación sexual debería tipificarse como tal	El acto de violencia física no es subsecuente a la violencia sexual al cónyuge y/o conviviente, primero porque su naturaleza es distinta,	Cinco de los entrevistados señalan que No se cumple	Cuatro de los entrevistados señalan que Se encuentra dentro del marco normativo	Diversidad de respuestas, las mismas que confluyen que no se cumple la aplicación de dichos principios, toda vez que en la comisión de estos delitos, no se aplica la tipicidad correcta, es más su naturaleza es distinta

<p>calificación jurídica realizada por los operadores de justicia ante los casos por violación sexual dentro del matrimonio o convivencia. Carabaytlo 2021.</p>	<p>s de justicia? 4. ¿Considera usted que, ante la inadecuada calificación jurídica realizada por los operadores de justicia en las denuncias por violencia sexual en agravio del cónyuge, genera que los hechos queden impunes?</p>	<p>Muchas veces, es del origen de la investigación, desde la policía y ministerio publico</p>	<p>Es verdad, la inadecuada calificación jurídica realizado por algunos operadores de justicia genera hechos impunes, el cual afecta directamente a la víctima.</p>	<p>Es cierto; casi siempre por esta inadecuada calificación realizada por las autoridades, los casos quedan impunes.</p>	<p>una mala calificación no necesariamente puede quedar impune, existe mecanismos legales como las acusaciones alternativas que nos permite adecuar el tipo penal e incluso muchas veces la judicatura advierte</p>	<p>No solamente quedarían impunes sino se estaría distorsionando figuras no tipificables para hechos ilícitos que se debería determinar para prevenir actos lesivos</p>	<p>Si, en razón que todo acto de violencia sexual en agravio a la mujer debe ser drásticamente sancionado</p>	<p>Una inadecuada calificación jurídica sería el caso de no haber elementos de convicción o elementos que corroboren los hechos denunciados</p>	<p>Correcto, eso origina que los procesos no sean tipificados adecuadamente y no se aplique la sanción penal correspondiente</p>	<p>En todo delito si la calificación jurídica es la correcta y se realiza el debido proceso no hay caso impune, pero si la adecuación al tipo es incorrecta quedara impune</p>	<p>Nueve de los entrevistados señalan que La inadecuada calificación jurídica genera impunidad</p>	<p>ninguna</p>	<p>En forma MGGeneral los entrevistados señalan que La inadecuada calificación jurídica del delito desde el inicio de la investigación, origina que los actos de violencia sexual a la mujer queden impunes, para ello se debe tener en cuenta los elementos de convicción, así como los mecanismos para adecuar el tipo penal, cuando se advierte la comisión del delito.</p>
<p>Objetivo Específicos 2: Determinar los alcances de la tipicidad del delito</p>	<p>5. ¿De qué forma se establece en la Ley de violencia contra la mujer el delito de violación sexual dentro del matrimonio o y/o</p>	<p>Como causales físicas y psicológicas de menor referencia y seriedad</p>	<p>Lo abarca desde la primera acción del Estado, esto es, preventivo y protector-medidas de protección y ejecución de</p>	<p>Se establece como; cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento</p>	<p>La ley es clara en el código penal basta que se haya realizado el delito afectando el bien jurídico indemnidad o libertad</p>	<p>Según lo establecido en el artículo 08 inciso (c) de la ley N° 30364 sobre violencia sexual nos indica los tipos de violencia, sin</p>	<p>La ley de violencia contra la mujer no lo establece claramente, sin embargo, la norma penal señala que es uno de</p>	<p>La ley de violencia contra la mujer nace con el solo propósito de frenar el abuso y humillación frente a los hombres</p>	<p>La ley de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar N°30364 señala formas de violencia</p>	<p>Toda conducta que la Ley, teniendo el acceso carnal con su conyugue, conviviente sin su consentimiento</p>	<p>Ocho de los entrevistados señalan que En la Ley 30364, Se establece como una de las</p>	<p>Uno de los entrevistados señalan que No se configura en la Ley de violencia</p>	<p>Los consultados en forma general señalan que en la Ley de violencia contra la mujer, se configura la violación sexual a la mujer como una de las formas o tipos</p>

de violación sexual dentro del matrimonio o y/o convivencia. Carabayllo 2021.	convivencia?		la misma, para luego ser sometido a un proceso con sanción y/o absolución.	físico, sexual o psicológico por su condición de tales,	sexual para encaminar al tipo penal	embargo, no siendo una figura independiente, no detalla el grado agravante que se debe considerar	los agravantes del delito de violación sexual	que les gusta violentar los derechos fundamentales	familiar	no es delito	formas o tipos de violencia Familiar	contra la mujer, como figura independiente o agravante	de violencia Familiar, sin embargo, al no ser una figura independiente, no detalla el grado agravante
	6.¿Cree Ud. para establecer los parámetros de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio o y/o convivencia, se debe modificar lo prescrito en el Art. 170 inc. 3, del Código Penal?	Si, debería establecer parámetros para el tipo penal concreto.	No requiere modificación, dado que el problema sería de algunos operadores de justicia que no subsumen correctamente el hecho en la norma penal	No se debe modificar el inc. 3, de referido artículo más bien debe aplicarse de manera efectiva	Podría ser una propuesta.	No, es una tipificación determinada como un agravante del presente articulado.	No, la norma está muy clara, en cuanto a la tipicidad del delito.	No creo que se deba modificar la norma	Debería de modificarse al considerarlo como agravante para aplicar una mayor sanción penal.	No, porque el Art. 170 inc. 3. del Código Penal es bien claro	Seis de los entrevistados señalan que No requiere modificación, la norma penal es clara	Tres de los entrevistados señalan que Si, podría ser una propuesta	En su mayoría, los entrevistados señalaron que, la norma Penal no requiere modificación y se debe aplicar de manera efectiva la sanción en la comisión de estos delitos dado su gravedad y que el problema radica en la calificación jurídica de los operadores de justicia,
Objetivo específico 3: Establecer, de qué manera se garantiza el bien jurídico de la libertad sexual, frente al débito	7.¿Considera usted que se debe establecer los criterios jurídicos del débito conyugal y el respeto de la libertad sexual, ante la	Si, debería evaluarse a nivel legislativo	Si, debería desarrollarse e criterios jurídicos para un avocamiento de los operadores de justicia para someter dichos actos	Sí, se debe establecer mejores criterios jurídicos para sancionar los delitos contra la libertad sexual entre parejas ante	Si, podría realizarse ello.	Si lo considero en vista que aun mantenemos una cultura machista que ocasiona muchos daños a la familia en	Si, el débito conyugal establece a los cónyuges respeto y cohabitación, pero no obligación < tener relaciones sexuales en	Los criterios para determinar la violación sexual son de acuerdo a los hechos denunciados y el juez mediante la lógica y la experiencia	El incremento del índice de violencia sexual en el matrimonio se origina por la inacción de los operadores de justicia	Lo que existe en la mayoría de los casos es una doble victimización, denuncian violación sexual y paralelamente se genera una	Nueve de los entrevistados señalan que Si, se debe establecer	ninguna	Los consultados en forma conjunta señalan que frente a la comisión de este delito de agravio sexual a la mujer dentro del matrimonio o convivencia, se debe establecer

conyugal en el delito de violación sexual en el matrimonio o y/o convivencia. Carabayllo 2021.	creciente tasa de perpetración del delito de violación sexual en el matrimonio o y/o convivencia?		reprochables a un proceso penal que culmine con una sentencia,	la creciente ola de perpetración del delito la libertad sexual conyugal		especial a las mujeres víctimas de estos hechos	contra de su voluntad.	determinara si esta persona ha incurrido en el acceso carnal por medio de la fuerza y el poder físico		denuncia por violencia sexual optando por una Medida de Protección			criterios jurídicos con relación al débito conyugal y la vulneración de la libertad sexual entre las parejas
	8. A su criterio, ante los casos de violación sexual en el matrimonio o y/o convivencia ¿El débito conyugal, es un pensamiento confuso en la administración de justicia, que vulnera el derecho a la libertad sexual y la dignidad humana de la víctima?	Depende de la formación profesional el criterio a evaluar, Pero si es en muchos casos ese pensamiento independiente.	NO es confuso, sino, que existen factores como el machismo que no permiten actuar a los operadores de justicia.	Existe un pensamiento confuso en la administración de justicia, ya que no existe un criterio uniforme en la aplicación de las penas para el caso en concreto	Si.	En ocasiones si hay un desconocimiento sobre esta figura que el matrimonio opaca o no revela las relaciones íntimas en las distintas familias	Si, muchas veces la sociedad machista cree que es una obligación que la mujer se deba sexualmente al marido.	No existe una obligación de tener relaciones sexuales con la pareja o esposo, por el contrario, los casos de violencia sexual emanan de la vulneración de derecho a la libertad sexual	El débito conyugal son pensamientos religiosos que afectan la libertad sexual y la dignidad de la mujer a poder dar su libre consentimiento en la práctica de las relaciones sexuales durante el matrimonio	El débito conyugal o cohabitación también ha sido tradicionalmente considerado un deber personal del matrimonio consistente en la intimidad sexual mutua, pero no es un deber, porque sería una obligación	Siete de los entrevistados señalan que Si, existe un pensamiento confuso en la administración	Dos de los entrevistados señalan que No es confuso, depende de la formación profesional el criterio a evaluar	En forma general, los consultados refieren la existencia de un pensamiento confuso en la administración de justicia ante los casos de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia, que origina la vulneración del derecho a la libertad sexual y a la dignidad de la mujer, esto por diversos factores como el machismo, el criterio en la evaluación y el desconocimiento de la figura del débito conyugal
	¿Existe alguna opinión suya que	Que es importante el tema, para llegar a	Se debe sensibilizar con constantes	Que se consoliden todas las normas	Al ser delitos clandestinos donde muchas	Que es muy necesario investigar figuras que	No	No	Deberá de articularse las acciones a realizar a	Para que exista la violencia sexual en el	Siete de los entrevistados	Dos de los entrevistados	Diversidad de respuestas, las mismas que señalan que el

<p>OTROS DIGO</p>	<p>desea agregar?</p>	<p>tener en cuenta al momento de resolver</p>	<p>información a todos los operadores jurídicos que se aboquen a estos casos, que tiene repercusiones en las relaciones sociales</p>	<p>referentes a este caso, y se uniformicen para que las autoridades puedan aplicarlas conforme a derecho.</p>	<p>veces las mujeres callan, este tipo de actos debe darse una adecuada política pública que permita identificar estos casos con mayor prontitud.</p>	<p>ayudaran a dar más claridad e identificación de hechos cometidos en el núcleo familiar.</p>			<p>nivel del MINSA, MINJUS, MIMP, PJ, MP para aplicar medidas preventivas y de empoderamiento de las mujeres sobre la libertad sexual y poder socioeducarlas</p>	<p>matrimonio y/o convivencia se debe de tener los componentes que crean una situación típica necesaria.</p>	<p>señalan que Aplicar medidas preventivas, normativas e informativas</p>	<p>señalan que ninguna</p>	<p>presente temas muy importantes al momento de resolver, para lo cual, se deben aplicar medidas preventivas, normativas e informativas y sensibilización a los operadores jurídicos a fin de identificar el delito y aplicar el marco normativo</p>
------------------------------	-----------------------	---	--	--	---	--	--	--	--	--	---	----------------------------	--

CARTA DE PRESENTACIÓN

Señor(a): SÁNCHEZ VARGAS BERTHA YESENIA

Presente

Asunto: **Consentimiento informado**

Me es muy grato comunicarme con usted para expresarle mi saludo y así mismo, hacer de su conocimiento que, siendo estudiante del programa de Doctorado con mención en Derecho de la UCV, en la sede Lima Norte, promoción 2019, aula virtual, requerimos validar los instrumentos con los cuales recogeremos la información necesaria para poder desarrollar nuestra investigación y con la cual optaremos el grado de DOCTOR.

El título nombre de mi investigación es: “Delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo 2021”, la información que usted brinde será de gran ayuda en razón que sus respuestas ayudaran a generar información relevante para analizar y comprender el problema planteado en la presente investigación.

Por lo expresado, el entrevistado acepta voluntariamente participar y contribuir con su experiencia y profesionalismo en la referida entrevista, firmándola en señal de conformidad.

Lima, 12 de diciembre del 2021


PODER JUDICIAL DEL PERÚ
BERTHA YESENIA SANCHEZ VARGAS
JUEZA
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL
TRANSITORIO DE CARABAYLLO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

GUIA DE ENTREVISTA

Título: El delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, alcances de su tipificación, Carabayllo 2021.

Nombre : Bertha Yezenia Sanchez Vargas
Cargo : Juez
Institución : Juzgado Unipersonal Transitorio Carabayllo

OBJETIVO GENERAL

Analizar, qué criterios se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, bajo los alcances establecidos en la ley de Violencia contra la Mujer, Carabayllo, 2021.

Preguntas

1. Considera usted ¿Qué la violencia sexual a la pareja, es calificado como delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, conforme lo prescribe la ley penal o como un caso de violencia familiar?

Considero en estos casos la violencia más el ámbito de Violencia familiar, pero debería ser temas más especializados de quejón que sufre la pareja en la convivencia o matrimonio que no se toma en cuenta.

2. A su criterio ¿Por qué razón las autoridades policiales y fiscales, subsumen la conducta de violencia sexual dentro del matrimonio y/o convivencia a un caso habitual de violencia familiar conyugal?

Constan de acuerdo a la frecuencia de casos lo analizan de un ámbito general. Y muchas veces no toman en cuenta la versión de la parte agraviada.

OBJETIVO ESPECIFICO 1

Analizar, en la Ley penal, el desarrollo de los principios de legalidad y especialidad en la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia ante los casos por violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

3. ¿Considera que, los actos de violencia física con subsecuente de violencia sexual al cónyuge y/o conviviente, se cumple la aplicación del principio de legalidad, y especialidad al momento de la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia?

Cada juzgado con criterio de conciencia trate de aplicar lo más objetivo al caso en concreto por lo que se trata de no vulnerar el principio de legalidad.

4. ¿Considera usted que, ante la inadecuada calificación jurídica realizada por los operadores de justicia en las denuncias por violencia sexual en agravio del cónyuge, genera que los hechos queden impunes?

Muchas veces es del origen de la investigación desde la policía, Ministerio Público.

OBJETIVO ESPECIFICO 2

Determinar los alcances de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

5. ¿De qué forma se establece en la Ley de violencia contra la mujer, el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia?

Como causal física, psicológica de violencia reportada al General.

6. ¿Cree Ud. para establecer los parámetros de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, se debe modificar lo prescrito en el Art. 170 inc. 3. del Código Penal?

Si debe establecer parámetros para el tipo penal en concreto.

OBJETIVO ESPECIFICO 3

Establecer, de qué manera se garantiza el bien jurídico de la libertad sexual, frente al débito conyugal en el delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia, Carabayllo. 2021.

7. ¿Considera usted que se debe establecer los criterios jurídicos del débito conyugal y el respeto de la libertad sexual, ante la creciente tasa de perpetración del delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia?

Se debería evaluar a nivel del Legislativo que específicamente no menciona en esta ley la violación sexual en el vínculo de matrimonio.


8. A su criterio, ante los casos de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia ¿El débito conyugal, es un pensamiento confuso en la administración de justicia, que vulnera el derecho a la libertad sexual y la dignidad humana de la víctima?

Depende de la formación profesional, el criterio a evaluar en el caso concreto. Pero si es en muchos casos es un pensamiento independiente.

Otro si digo: ¿Existe alguna opinión suya que desea agregar?

Ese si es muy importante el tema para llegar a tener en cuenta el momento de Resolver.

Muchas gracias por su participación

Nombre del entrevistado	Sello y Firma
Bertha Yesenia Sanchez Vargas	 BERTHA YESENIA SANCHEZ VARGAS JUEZA PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL CANTONAMIENTO DE CARAMALLO CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

CARTA DE PRESENTACIÓN

Señor(a): VICTOR MENDOZA ROBLES

Presente

Asunto: **Consentimiento informado**

Me es muy grato comunicarme con usted para expresarle mi saludo y así mismo, hacer de su conocimiento que, siendo estudiante del programa de Doctorado con mención en Derecho de la UCV, en la sede Lima Norte, promoción 2019, aula virtual, requerimos validar los instrumentos con los cuales recogeremos la información necesaria para poder desarrollar nuestra investigación y con la cual optaremos el grado de DOCTOR.

El título nombre de mi investigación es: “Delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo 2021”, la información que usted brinde será de gran ayuda en razón que sus respuestas ayudaran a generar información relevante para analizar y comprender el problema planteado en la presente investigación.

Por lo expresado, el entrevistado acepta voluntariamente participar y contribuir con su experiencia y profesionalismo en la referida entrevista, firmándola en señal de conformidad.

Lima, 12 de diciembre del 2021


VICTOR ALBERTO MENDOZA ROBLES
FISCAL PROVINCIAL PENAL
PRIMER DESPACHO – SEGUNDA FISCALIA
PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE CARBAYLLO

GUÍA DE ENTREVISTA

Título: El delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, alcances de su tipificación, Carabayllo 2021.

Nombre : VICTOR MENDOZA ROBLES

Cargo : FISCAL.

Institución : MINISTERIO PUBLICO

OBJETIVO GENERAL

Analizar, qué criterios se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, bajo los alcances establecidos en la ley de Violencia contra la mujer, Carabayllo, 2021.

Preguntas

1. Considera usted ¿Qué la violencia sexual a la pareja, es calificado como delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, conforme lo prescribe la ley penal o como un caso de violencia familiar?

Considero que el operador debe calificar si ambas partes tienen el vínculo que instituye el tipo penal (cónyuges o convivientes), luego, si la acción analizada fue realizada con consentimiento, luego si esta se realizó mediante el uso de amenaza y/o violencia, allí se puede considerar que estamos ante una conducta que se subsume la conducta sancionada por ley donde se habría lesionado la libertad sexual de la presunta víctima, por tanto, no sería un caso de violencia familiar, sino de violación sexual en sentido estricto, sin embargo; debemos recordar que los procesos de violencia familiar tendrían como objetivo la protección de la víctima a través de sus medidas de protección y esa misma acción debe ser reprochada dentro de un proceso penal propiamente.

2. A su criterio ¿Por qué razón las autoridades policiales y fiscales, subsumen la conducta de violencia sexual dentro del matrimonio y/o convivencia a un caso habitual de violencia familiar conyugal?

La subsunción de una conducta con relevancia penal debe realizarse en forma objetiva en proporción al bien jurídico lesionado -libertad sexual,

existiría una inadecuada calificación de los hechos al considerar como un caso de violencia conyugal, donde los otros operadores conforme a sus atribuciones deben realizar la correcta subsunción al tipo penal correspondiente. Las razones de los policías y fiscales, obedecería a la falta de prevención en estos casos sensibles, porque estas acciones muchas veces tienen ulteriores finales fatales, que de calificarlos con una sanción correcta y no un reproche efectivo y sobre todo ejemplar, se evitaría muchos finales no deseados.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Analizar, en la Ley penal, el desarrollo de los principios de legalidad y especialidad en la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia ante los casos por violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

3. ¿Considera que, los actos de violencia física con subsecuente de violencia sexual al cónyuge y/o conviviente, se cumple la aplicación del principio de legalidad, y especialidad al momento de la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia?

Cuando se realiza la correcta calificación se cumple efectivamente con el principio de legalidad, donde se subsume en todos los elementos instituidos en la norma penal

4. ¿Considera usted que, ante la inadecuada calificación jurídica realizada por los operadores de justicia en las denuncias por violencia sexual en agravio del cónyuge, genera que los hechos queden impunes?

Es verdad la inadecuada calificación jurídica realizado por algunos operadores de justicia genera hechos impunes, el cual afecta directamente a la víctima, además las disposiciones y/o resoluciones son reprochados por la sociedad.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Determinar los alcances de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

5. ¿De qué forma se establece en la Ley de violencia contra la mujer, el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia?

Lo abarca desde la primera acción del Estado, esto es, preventivo y protector-medidas de protección y ejecución de la misma, para luego ser sometido a un proceso con sanción y/o absolución.

6. ¿Cree Ud. para establecer los parámetros de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, se debe modificar lo prescrito en el Art. 170 inc. 3, del Código Penal?

No requiere modificación, dado que el problema sería de algunos operadores de justicia que no subsumen correctamente el hecho en la norma penal.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Establecer, de qué manera se garantiza el bien jurídico de la libertad sexual, frente al débito conyugal en el delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia, Carabayllo. 2021.

7. ¿Considera usted que se debe establecer los criterios jurídicos del débito conyugal y el respeto de la libertad sexual, ante la creciente tasa de perpetración del delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia?

Si, debería desarrollarse criterios jurídicos para un avocamiento de los operadores de justicia para someter dichos actos reprochables a un proceso penal que culmine con una sentencia, en irrestricto respecto de los derechos fundamentales y del debido proceso.


8. A su criterio, ante los casos de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia ¿El débito conyugal, es un pensamiento confuso en la administración de justicia, que vulnera el derecho a la libertad sexual y la dignidad humana de la víctima?

NO es confuso, sino, que existen factores como el machismo que no permiten actuar a los operadores de justicia, que, si bien el sostener relaciones sexuales entre cónyuges o convivientes tiene que ser parangonado con el derecho a la libertad sexual de todos ser humano, independiente de su condición de varón o mujer y no puede ser lesionado en contra de su voluntad.

Otro si digo: ¿Existe alguna opinión suya que desea agregar?

Se debe sensibilizar con constantes información a todos los operadores jurídicos que se aboquen a estos casos que tiene repercusiones en las relaciones sociales más sensibles que afectan a las personas más vulnerables de una familia.

Muchas gracias por su participación

Nombre del entrevistado	Sello y Firma
Víctor Mendoza Robles	 VICTOR ALBERTO MENDOZA ROBLES FISCAL PROVINCIAL PENAL PRIMER DESPACHO - SEGUNDA FISCALIA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE CARBAYLLO

CARTA DE PRESENTACIÓN

Señor(a): Jilmar Moisés Córdova Saint Pere

Presente


Asunto: **Consentimiento informado**

Me es muy grato comunicarme con usted para expresarle mi saludo y así mismo, hacer de su conocimiento que, siendo estudiante del programa de Doctorado con mención en Derecho de la UCV, en la sede Lima Norte, promoción 2019, aula virtual, requerimos validar los instrumentos con los cuales recogeremos la información necesaria para poder desarrollar nuestra investigación y con la cual optaremos el grado de DOCTOR.

El título nombre de mi investigación es: “Delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabaylo 2021”, la información que usted brinde será de gran ayuda en razón que sus respuestas ayudaran a generar información relevante para analizar y comprender el problema planteado en la presente investigación.

Por lo expresado, el entrevistado acepta voluntariamente participar y contribuir con su experiencia y profesionalismo en la referida entrevista, firmándola en señal de conformidad.

Lima, 12 de diciembre del 2021


JILMAR MOISES CORDOVA SAINT-PERE
Fiscal Adjunto Provincial
Cuarto Despacho
Ira. Fisc. Prov Penal Corporativa
de Carabaylo - D. F. de Lima Norte

GUÍA DE ENTREVISTA

Título: El delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, alcances de su tipificación, Carabayllo 2021.

Nombre : Jilmar Moisés Córdova Saint Pere

Cargo : Fiscal Adjunto Provincial de Carabayllo

Institución : Ministerio Público

OBJETIVO GENERAL

Analizar, qué criterios se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, bajo los alcances establecidos en la ley de Violencia contra la Mujer, Carabayllo, 2021.

Preguntas

1. Considera usted ¿Qué la violencia sexual a la pareja, es calificado como delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, conforme lo prescribe la ley penal o como un caso de violencia familiar?

La violencia sexual a la pareja, debe ser calificada como un delito común de violación sexual y debería ser sancionado como lo prescribe la ley penal.

2. A su criterio ¿Por qué razón las autoridades policiales y fiscales, subsumen la conducta de violencia sexual dentro del matrimonio y/o convivencia a un caso habitual de violencia familiar conyugal?

A mi criterio; las autoridades policiales y Fiscales, adoptan este criterio habitual por varios motivos; por confusión de normas (ley N°. 30634, Arts. 5°, y/o, Art.8, inciso c), o porque les parece más cómodo para resolver el problema.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Analizar, en la Ley penal, el desarrollo de los principios de legalidad y especialidad en la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia ante los casos por violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

3. ¿Considera que, los actos de violencia física con subsecuente de violencia sexual al cónyuge y/o conviviente, se cumple la aplicación del principio de legalidad, y especialidad al momento de la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia?

A mi criterio se cumplen muy deficientemente, o no se cumplen ya que casi nunca las autoridades actúan dentro de la ley o respetan el derecho de las personas; para resolver un caso siempre utilizan los criterios Generales.

- 4.- ¿Considera usted que, ante la inadecuada calificación jurídica realizada por los operadores de justicia en las denuncias por violencia sexual en agravio del cónyuge, genera que los hechos queden impunes?

Es cierto; casi siempre por esta inadecuada calificación realizada por las autoridades, los casos quedan impunes, propiciando que las personas no crean en la justicia peruana.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Determinar los alcances de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

- 5.- ¿De qué forma se establece en la Ley de violencia contra la mujer, el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia?

En la ley de la violencia contra la mujer, el delito de violación sexual, se establece como; cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado o, acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción que vulneran el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación.

- 6.- ¿Cree Ud. para establecer los parámetros de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, se debe modificar lo prescrito en el Art. 170 inc. 3, del Código Penal?

A mi criterio no se debe modificar el inc. 3, de referido artículo más bien debe aplicarse de manera efectiva lo que contiene el inc.3 del precitado artículo.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Establecer, de qué manera se garantiza el bien jurídico de la libertad sexual, frente al débito conyugal en el delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia, Carabayllo. 2021.

- 7.- ¿Considera usted que se debe establecer los criterios jurídicos del débito conyugal y el respeto de la libertad sexual, ante la creciente tasa de perpetración del delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia?

Sí, se debe establecer mejores criterios jurídicos para sancionar los delitos contra la libertad sexual entre parejas ante la creciente ola de perpetración del delito contra la libertad sexual conyugal.


- 8.- A su criterio, ante los casos de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia ¿El débito conyugal, es un pensamiento confuso en la administración de justicia, que vulnera el derecho a la libertad sexual y la dignidad humana de la víctima?

Estoy de acuerdo que existe un pensamiento confuso en la administración de justicia, ya que no existe un criterio uniforme en la aplicación de las penas para el caso en concreto.

Otro si digo: ¿Existe alguna opinión suya que desea agregar?

Que se consoliden todas las normas referentes a este caso, y se uniformicen para que las autoridades puedan aplicarlas conforme a derecho.

Muchas gracias por su participación

Nombre del entrevistado	Sello y Firma
Jilmar Moisés Córdova Saint Pere	 JILMAR MOISES CORDOVA SAINT-PERE Fiscal Adjunto Provincial Cuarto Despacho Ira. Fisc. Prov. Penal Corporativa de Carabayllo - D. F. de Lima Norte

CARTA DE PRESENTACIÓN

Señor(a): Mg. Karol Silva Huamantumba

Presente

Asunto: **Consentimiento informado**

Me es muy grato comunicarme con usted para expresarle mi saludo y así mismo, hacer de su conocimiento que, siendo estudiante del programa de Doctorado con mención en Derecho de la UCV, en la sede Lima Norte, promoción 2019, aula virtual, requerimos validar los instrumentos con los cuales recogeremos la información necesaria para poder desarrollar nuestra investigación y con la cual optaremos el grado de DOCTOR.

El título nombre de mi investigación es: “Delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabaylo 2021”, la información que usted brinde será de gran ayuda en razón que sus respuestas ayudaran a generar información relevante para analizar y comprender el problema planteado en la presente investigación.

Por lo expresado, el entrevistado acepta voluntariamente participar y contribuir con su experiencia y profesionalismo en la referida entrevista, firmándola en señal de conformidad.

Lima, 12 de diciembre del 2021



Firmado digitalmente por SILVA
HUAMANTUMBA Karol FAU
20131370301 soft
Motivo: Soy el autor del
documento Fecha: 24.09.2021
21:36:46 -05:00

GUÍA DE ENTREVISTA

Título: El delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, alcances de su tipificación, Carabayllo 2021.

Nombre : Mg. Karol Silva Huamantumba

Cargo : Fiscal Provincial Penal de Mi Perú

Institución : Ministerio Público

OBJETIVO GENERAL

Analizar, qué criterios se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, bajo los alcances establecidos en la ley de Violencia contra la mujer, Carabayllo, 2021.

Preguntas

1. Considera usted ¿Qué la violencia sexual a la pareja, es calificado como delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, conforme lo prescribe la ley penal o como un caso de violencia familiar?

El delito de violación sexual tal como lo prescribe la ley se encuentra debidamente tipificada lo cual no únicamente cabe en el matrimonio y/o convivencia sino en todo aspecto importante de la sociedad la cual incluye dentro del matrimonio y/o convivencia

2. A su criterio ¿Por qué razón las autoridades policiales y fiscales, subsumen la conducta de violencia sexual dentro del matrimonio y/o convivencia a un caso habitual de violencia familiar conyugal?

Porque se considera como parte del desarrollo normal del entorno familiar.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Analizar, en la Ley penal, el desarrollo de los principios de legalidad y especialidad en la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia ante los casos por violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

3. ¿Considera que, los actos de violencia física con subsecuente de violencia sexual al cónyuge y/o conviviente, se cumple la aplicación del principio de legalidad, y especialidad al momento de la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia?

Sí, porque los aspectos normativos del tipo penal, así como los verbos rectores calzan adecuadamente para subsumir y calificar el tipo penal dentro del Principio de Legalidad de los operadores de la administración de justicia.

4. ¿Considera usted que, ante la inadecuada calificación jurídica realizada por los operadores de justicia en las denuncias por violencia sexual en agravio del cónyuge, genera que los hechos queden impunes?

Considero que una mala calificación no necesariamente puede quedar impune porque incluso dentro del sistema procesal penal existe mecanismos legales como las acusaciones alternativas que nos permite adecuar el tipo penal e incluso muchas veces la judicatura advierte, pero si causa dilación procesal que puede llevar a impunidad por prescripción de la acción penal.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Determinar los alcances de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

5. ¿De qué forma se establece en la Ley de violencia contra la mujer, el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia?

La ley es clara en el código penal basta que se haya realizado el delito afectando el bien jurídico indemnidad o libertad sexual para encaminar al tipo penal.

6. ¿Cree Ud. para establecer los parámetros de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, se debe modificarlo prescrito en el Art. 170 inc. 3. del Código Penal?

Podría ser una propuesta.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Establecer, de qué manera se garantiza el bien jurídico de la libertad sexual, frente al débito conyugal en el delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia, Carabayllo. 2021.

7. ¿Considera usted que se debe establecer los criterios jurídicos del débito conyugal y el respeto de la libertad sexual, ante la creciente tasa de perpetración del delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia?

Si, podría realizarse ello.



8. A su criterio, ante los casos de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia ¿El débito conyugal, es un pensamiento confuso en la administración de justicia, que vulnera el derecho a la libertad sexual y la dignidad humana de la víctima?

Sí.

Otro si digo: ¿Existe alguna opinión suya que desea agregar?

Al ser delitos clandestinos donde muchas veces las mujeres callan, este tipo de actos debe darse una adecuada política pública que permita identificar estos casos con mayor prontitud.

Muchas gracias por su participación

Nombre del entrevistado	Sello y Firma
Mg. Karol Silva Huamantumba	 Firma Digital  Firmado digitalmente por SILVAHUAMANTUMBA Karol FAU 20131370301 soft Motivo: Soy el autor del documento Fecha: 24.09.2021 21:36:46 -05:00

CARTA DE PRESENTACIÓN

Señor(a): Andrea Maruja Revilla Huamani

Presente

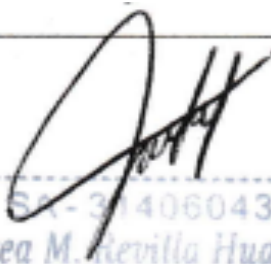
Asunto: **Consentimiento informado**

Me es muy grato comunicarme con usted para expresarle mi saludo y así mismo, hacer de su conocimiento que, siendo estudiante del programa de Doctorado con mención en Derecho de la UCV, en la sede Lima Norte, promoción 2019, aula virtual, requerimos validar los instrumentos con los cuales recogeremos la información necesaria para poder desarrollar nuestra investigación y con la cual optaremos el grado de DOCTOR.

El título nombre de mi investigación es: “Delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo 2021”, la información que usted brinde será de gran ayuda en razón que sus respuestas ayudaran a generar información relevante para analizar y comprender el problema planteado en la presente investigación.

Por lo expresado, el entrevistado acepta voluntariamente participar y contribuir con su experiencia y profesionalismo en la referida entrevista, firmándola en señal de conformidad.

Lima, 12 de diciembre del 2021


SA-301406043
Andrea M. Revilla Huamani
ST3 PNP.

GUÍA DE ENTREVISTA

Título: El delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, alcances de su tipificación, Carabayllo 2021.

Nombre : Andrea Maruja Revilla Huamani

Cargo : ST3 PNP - Instructor Sección de Familia

Institución : PNP – Comisaría El Progreso.

OBJETIVO GENERAL

Analizar, qué criterios se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, bajo los alcances establecidos en la ley de Violencia contra la mujer, Carabayllo, 2021.

Preguntas

1. Considera usted ¿Qué la violencia sexual a la pareja, es calificado como delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, conforme lo prescribe la ley penal o como un caso de violencia familiar?

Desde mi punto de vista la violación sexual dentro del matrimonio es una figura independiente de la violencia familiar por cuanto el espíritu de la norma de violencia es caracterizado por actos o hechos propios al maltrato físico o psicológico.

2. A su criterio ¿Por qué razón las autoridades policiales y fiscales, subsumen la conducta de violencia sexual dentro del matrimonio y/o convivencia a un caso habitual de violencia familiar conyugal?

Por Falta de criterio y ser una forma inmediata de prevenir cualquier agresión a un integrante del vínculo familiar.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Analizar, en la Ley penal, el desarrollo de los principios de legalidad y especialidad en la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia ante los casos por violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

3. ¿Considera que, los actos de violencia física con subsecuente de violencia sexual al cónyuge y/o conviviente, se cumple la aplicación del principio de legalidad, y especialidad al momento de la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia?

NO se cumple, en vista que aún no se ha desarrollado distintos casos por violación dentro del matrimonio, más aún teniendo en cuenta que esta figura viene de una cultura machista donde aún se están determinando distintos actos de violencia familiar.

4. ¿Considera usted que, ante la inadecuada calificación jurídica realizada por los operadores de justicia en las denuncias por violencia sexual en agravio del cónyuge, genera que los hechos queden impunes?

No solamente quedarían impunes sino se estaría distorsionando figuras no tipificables para hechos ilícitos que se debería determinar para prevenir actos lesivos

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Determinar los alcances de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

5. ¿De qué forma se establece en la Ley de violencia contra la mujer, el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia?

Según lo establecido en el artículo 08 inciso (c) de la Ley N° 30364 sobre violencia sexual nos indica los tipos de violencia sin embargo NO SIENDO UNA FIGURA INDEPENDIENTE, NO DETALLA EL GRADO AGRAVANTE QUE SE DEBE CONSIDERAR

6. ¿Cree Ud. para establecer los parámetros de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, se debe modificar lo prescrito en el Art. 170 inc. 3. del Código Penal?

No, es una tipificación determinada como una agravante del presente articulado.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Establecer, de qué manera se garantiza el bien jurídico de la libertad sexual, frente al débito conyugal en el delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia, Carabayllo. 2021.

7. ¿Considera usted que se debe establecer los criterios jurídicos del débito conyugal y el respeto de la libertad sexual, ante la creciente tasa de perpetración del delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia?

Si lo considero en vista que aun mantenemos una cultura machista que ocasiona muchos daños a la familia en especial a las mujeres víctimas de estos hechos


8. A su criterio, ante los casos de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia ¿El débito conyugal, es un pensamiento confuso en la administración de justicia, que vulnera el derecho a la libertad sexual y la dignidad humana de la víctima?

En ocasiones si hay un desconocimiento sobre esta figura en vista que el matrimonio opaca o no revela las relaciones íntimas en las distintas familias

Otro si digo: ¿Existe alguna opinión suya que desea agregar?

Que es muy necesario investigar figuras que ayudaran a dar más claridad e identificación de hechos cometidos en el núcleo familiar.

Muchas gracias por su participación

Nombre del entrevistado	Sello y Firma
ANDREA MARUJA REVILLA HUAMANI	 ----- SA-31406043 Andrea M. Revilla Huamant ST3 PNP.

CARTA DE PRESENTACIÓN

Señor(a): Ana Lidia Gutiérrez Gallardo

Presente

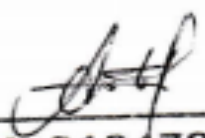
Asunto: **Consentimiento informado**

Me es muy grato comunicarme con usted para expresarle mi saludo y así mismo, hacer de su conocimiento que, siendo estudiante del programa de Doctorado con mención en Derecho de la UCV, en la sede Lima Norte, promoción 2019, aula virtual, requerimos validar los instrumentos con los cuales recogeremos la información necesaria para poder desarrollar nuestra investigación y con la cual optaremos el grado de DOCTOR.

El título nombre de mi investigación es: “Delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabaylo 2021”, la información que usted brinde será de gran ayuda en razón que sus respuestas ayudaran a generar información relevante para analizar y comprender el problema planteado en la presente investigación.

Por lo expresado, el entrevistado acepta voluntariamente participar y contribuir con su experiencia y profesionalismo en la referida entrevista, firmándola en señal de conformidad.

Lima, 12 de diciembre del 2021


SA-31347854
Ana Lidia Gutierrez Gallardo
ST3PNP

GUÍA DE ENTREVISTA

Título: El delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, alcances de su tipificación, Carabayllo 2021.

Nombre : Ana Lidia Gutiérrez Gallardo.

Cargo :ST3 PNP - Sección de Familia

Institución : PNP – Comisaria Santa Isabel - Carabayllo

OBJETIVO GENERAL

Analizar, qué criterios se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, bajo los alcances establecidos en la ley de Violencia contra la Mujer, Carabayllo, 2021.

Preguntas

1. Considera usted ¿Qué la violencia sexual a la pareja, es calificado como delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, conforme lo prescribe la ley penal o como un caso de violencia familiar?

Se debe aplicar la calificación de delito de violación sexual, pero muchas veces las víctimas no quieren denunciar estos actos de violación y solo se considera la denuncia como violencia familiar.

2. A su criterio ¿Por qué razón las autoridades policiales y fiscales, subsumen la conducta de violencia sexual dentro del matrimonio y/o convivencia a un caso habitual de violencia familiar conyugal?

Porque muchas veces las víctimas se niegan a denunciar los actos de violencia sexual, lo que conlleva que las autoridades consideren la conducta como violencia familiar.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Analizar, en la Ley penal, el desarrollo de los principios de legalidad y especialidad en la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia ante los casos por violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

3. ¿Considera que, los actos de violencia física con subsecuente de violencia sexual al cónyuge y/o conviviente, se cumple la aplicación del principio de legalidad, y especialidad al momento de la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia?

No, toda vez que no se aplica la tipicidad del delito de violación sexual y se considera otra figura legal

- 4.- ¿Considera usted que, ante la inadecuada calificación jurídica realizada por los operadores de justicia en las denuncias por violencia sexual en agravio del cónyuge, genera que los hechos queden impunes?

Si, en razón que todo acto de violencia sexual en agravio a la mujer debe ser drásticamente sancionada, toda vez que estos actos son realizados en contra de su voluntad.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Determinar los alcances de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

- 5.- ¿De qué forma se establece en la Ley de violencia contra la mujer, el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia?

La ley de violencia contra la mujer no lo establece claramente, sin embargo, la norma penal señala que es uno de los agravantes del delito de violación sexual

- 6.- ¿Cree Ud. para establecer los parámetros de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, se debe modificar lo prescrito en el Art. 170 inc. 3, del Código Penal?

No, la norma está muy clara en cuanto a la tipicidad del delito, sin embargo, se debe aclarar en la ley de violencia contra la mujer, la gravedad de este acto.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Establecer, de qué manera se garantiza el bien jurídico de la libertad sexual, frente al débito conyugal en el delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia, Carabayllo. 2021.

7.- ¿Considera usted que se debe establecer los criterios jurídicos del débito conyugal y el respeto de la libertad sexual, ante la creciente tasa de perpetración del delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia?

Si, el débito conyugal establece a los cónyuges respeto y cohabitación, pero no obligación a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad.

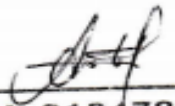
8.- A su criterio, ante los casos de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia ¿El débito conyugal, es un pensamiento confuso en la administración de justicia, que vulnera el derecho a la libertad sexual y la dignidad humana de la víctima?

Si, muchas veces la sociedad machista cree que es una obligación que la mujer se deba sexualmente al marido, pero estos hechos denigran a la mujer y vulneran sus derechos.

Otro si digo: ¿Existe alguna opinión suya que desea agregar?

No

Muchas gracias por su participación

Nombre del entrevistado	Sello y Firma
Ana Lidia Gutiérrez Gallardo	 SA-31347854 Ana Lidia Gutierrez Gallardo ST3PNP

CARTA DE PRESENTACIÓN

Señor(a): Guillen Chávez Rafahel Alfonso

Presente

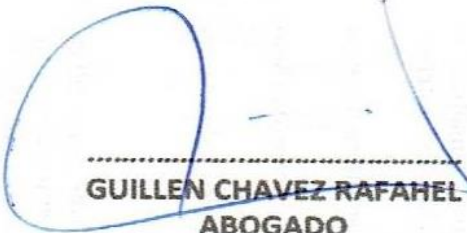
Asunto: **Consentimiento informado**

Me es muy grato comunicarme con usted para expresarle mi saludo y así mismo, hacer de su conocimiento que, siendo estudiante del programa de Doctorado con mención en Derecho de la UCV, en la sede Lima Norte, promoción 2019, aula virtual, requerimos validar los instrumentos con los cuales recogeremos la información necesaria para poder desarrollar nuestra investigación y con la cual optaremos el grado de DOCTOR.

El título nombre de mi investigación es: “Delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo 2021”, la información que usted brinde será de gran ayuda en razón que sus respuestas ayudaran a generar información relevante para analizar y comprender el problema planteado en la presente investigación.

Por lo expresado, el entrevistado acepta voluntariamente participar y contribuir con su experiencia y profesionalismo en la referida entrevista, firmándola en señal de conformidad.

Lima, 12 de diciembre del 2021



GUILLEN CHAVEZ RAFAHEL
ABOGADO
Reg. CALN. 1877

GUÍA DE ENTREVISTA

Título: El delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, alcances de su tipificación, Carabayllo 2021.

Nombre : Guillen Chávez Rafahel Alfonso

Cargo : Especialista en derecho penal

Institución : Abogado litigante

OBJETIVO GENERAL

Analizar, qué criterios se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, bajo los alcances establecidos en la ley de Violencia contra la mujer, Carabayllo, 2021.

Preguntas

1. Considera usted ¿Qué la violencia sexual a la pareja, es calificado como delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, conforme lo prescribe la ley penal o como un caso de violencia familiar?

La persona que violenta sexualmente a otra está vulnerando derechos fundamentales, el acceso carnal emana del deseo, la voluntad de la persona y no la coacción o el abuso

2. A su criterio ¿Por qué razón las autoridades policiales y fiscales, subsumen la conducta de violencia sexual dentro del matrimonio y/o convivencia a un caso habitual de violencia familiar conyugal?

Existen casos donde la agraviada aumenta e inventa hechos que nunca sucedieron con la finalidad que el agresor sea sancionado, sin embargo, si existe actos de violencia sexual contra la mujer se debe sancionar de acuerdo a la conducta realizada.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Analizar, en la Ley penal, el desarrollo de los principios de legalidad y especialidad en la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia ante los casos por violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

3. ¿Considera que, los actos de violencia física con subsecuente de violencia sexual al cónyuge y/o conviviente, se cumple la aplicación del principio de legalidad, y especialidad al momento de la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia?

Los actos de violencia física son diferentes a los actos de violencia sexual ya que estos tienen características diferentes por ejemplo las lesiones son generadas en los brazos, piernas, vientre estas lesiones pueden ser externas e internas.

4. ¿Considera usted que, ante la inadecuada calificación jurídica realizada por los operadores de justicia en las denuncias por violencia sexual en agravio del cónyuge, genera que los hechos queden impunes

Una inadecuada calificación jurídica sería el caso de no haber elementos de convicción o elementos que corroboren los hechos denunciados.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Determinar los alcances de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

5. ¿De qué forma se establece en la Ley de violencia contra la mujer el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia?

La ley violencia contra la mujer nace con el solo propósito de frenar el abuso y humillación frente hombres que les gusta violentar los derechos fundamentales.

6. ¿Cree Ud. para establecer los parámetros de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, se debe modificar lo prescrito en el Art. 170 inc. 3. del Código Penal?

No creo que se deba modificar la norma, la conducta típica de violación sexual en perjuicio de una mujer, no tiene condición alguna puede ser: la esposa, enamorada, ex esposa ex enamorada, amiga, vecina o extraña sin embargo si no hay consentimiento es decir no existe la voluntad para aceptar dicha relación íntima automáticamente es una violación sexual. Así mismo este acto de violación puede ser catalogado como una forma de tortura justamente por no tener simplemente el consentimiento o el deseo de tener relaciones sexuales

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Establecer, de qué manera se garantiza el bien jurídico de la libertad sexual, frente al débito conyugal en el delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia, Carabayllo. 2021.

7. ¿Considera usted que se debe establecer los criterios jurídicos del débito conyugal y el respeto de la libertad sexual, ante la creciente tasa de perpetración del delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia?

Los criterios para determinar la violación sexual son de acuerdo a los hechos denunciados y el juez mediante la lógica y la experiencia determinara si esta persona ha incurrido en el acceso carnal por medio de la fuerza y el poder físico

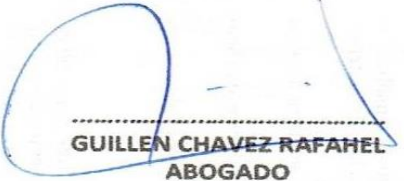
8. A su criterio, ante los casos de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia ¿El débito conyugal, es un pensamiento confuso en la administración de justicia, que vulnera el derecho a la libertad sexual y la dignidad humana de la víctima?

No existe una obligación de tener relaciones sexuales con la pareja o esposo, por el contrario, los casos de violencia sexual emanan de la vulneración de derecho a la libertad sexual, es decir toda persona tiene derecho a emplear y utilizar su cuerpo como desee, así mismo puede cambiar su orientación sexual e incluso el sujeto de derecho puede aceptar o aprobar las propuestas que prefiera.

Otro si digo: ¿Existe alguna opinión suya que desea agregar?

No

Muchas gracias por su participación

Nombre del entrevistado	Sello y Firma
Guillen Chávez Rafahel Alfonso	 ----- GUILLEN CHAVEZ RAFAHEL ABOGADO Reg. CALN. 1877

CARTA DE PRESENTACIÓN

Señor(a): Gino César García Rodríguez

Presente

Asunto: **Consentimiento informado**

Me es muy grato comunicarme con usted para expresarle mi saludo y así mismo, hacer de su conocimiento que, siendo estudiante del programa de Doctorado con mención en Derecho de la UCV, en la sede Lima Norte, promoción 2019, aula virtual, requerimos validar los instrumentos con los cuales recogeremos la información necesaria para poder desarrollar nuestra investigación y con la cual optaremos el grado de DOCTOR.

El título nombre de mi investigación es: “Delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabaylo 2021”, la información que usted brinde será de gran ayuda en razón que sus respuestas ayudaran a generar información relevante para analizar y comprender el problema planteado en la presente investigación.

Por lo expresado, el entrevistado acepta voluntariamente participar y contribuir con su experiencia y profesionalismo en la referida entrevista, firmándola en señal de conformidad.

Lima, 12 de diciembre del 2021


Gino García Rodríguez
ABGGADO
CALN: 1749

GUÍA DE ENTREVISTA

Título: El delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, alcances de su tipificación, Carabayllo 2021.

Nombre : Gino César García Rodríguez

Cargo : Abogado

Institución : SAU -MIMP

OBJETIVO GENERAL

Analizar, qué criterios se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, bajo los alcances establecidos en la ley de Violencia contra la mujer, Carabayllo, 2021.

Preguntas

1. Considera usted ¿Qué la violencia sexual a la pareja, es calificado como delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, conforme lo prescribe la ley penal o como un caso de violencia familiar?

La violación sexual representa el no consentimiento de la víctima durante el acto sexual y se puede acreditar con el RML de integridad física y/o sexual a la agraviada, siendo configurado como violencia sexual y se otorgan las medidas de protección correspondientes conforme a la ley N°30364.

2. A su criterio ¿Por qué razón las autoridades policiales y fiscales, subsumen la conducta de violencia sexual dentro del matrimonio y/o convivencia a un caso habitual de violencia familiar conyugal?

Por el vínculo que une al agresor con la víctima y en sección delitos se interpone la denuncia y se pone a conocimiento a la fiscalía de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar para proceder con la investigación.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Analizar, en la Ley penal, el desarrollo de los principios de legalidad y especialidad en la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia ante los casos por violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

3. ¿Considera que, los actos de violencia física con subsecuente de violencia sexual al cónyuge y/o conviviente, se cumple la aplicación del principio de legalidad, y especialidad al momento de la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia?

Sí, se encuentra dentro del marco normativo; sin embargo, al ser delito de violación sexual debería de tipificarse como tal y considerarse como agravante e vínculo familiar para aplicarse la sanción penal correspondiente.

4. ¿Considera usted que, ante la inadecuada calificación jurídica realizada por los operadores de justicia en las denuncias por violencia sexual en agravio del cónyuge, genera que los hechos queden impunes?

Correcto, eso origina que los procesos no sean tipificados adecuadamente y no se aplique la sanción penal correspondiente.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Determinar los alcances de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

5. ¿De qué forma se establece en la Ley de violencia contra la mujer, el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia?

La ley de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar N°30364 señala formas de violencia familiar:

- *Violencia física.*
- *Violencia psicológica.*
- *Violencia sexual*
- *Violencia económica-patrimonial*

Siendo la violencia sexual dentro del matrimonio el no dar el consentimiento para el acto sexual.

6. ¿Cree Ud. para establecer los parámetros de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, se debe modificarlo prescrito en el Art. 170 inc. 3. del Código Penal?

Debería de modificarse al considerarlo como agravante para aplicar una mayor ~~sanción~~ sanción penal.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Establecer, de qué manera se garantiza el bien jurídico de la libertad sexual, frente al débito conyugal en el delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia, Carabayllo. 2021.

7. ¿Considera usted que se debe establecer los criterios jurídicos del débito conyugal y el respeto de la libertad sexual, ante la creciente tasa de perpetración del delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia?

El incremento del índice de violencia sexual en el matrimonio se origina por la inacción de los operadores de justicia que normalizan dicha conducta y debería de establecerse los criterios jurídicos para la correcta tipificación y sanción penal.

8. A su criterio, ante los casos de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia ¿El débito conyugal, es un pensamiento confuso en la administración de justicia, que vulnera el derecho a la libertad sexual y la dignidad humana de la víctima?

El débito conyugal son pensamientos religiosos que afectan la libertad sexual y la dignidad de la mujer a poder dar su libre consentimiento en la práctica de las relaciones sexuales durante el matrimonio.

Otro si digo: ¿Existe alguna opinión suya que desea agregar?

Deberá de articularse las acciones a realizar a nivel del MINSA, MINJUS, MIMP, PJ, MP para aplicar medidas preventivas y de empoderamiento de las mujeres sobre la libertad sexual y poder socioeducarlas.

Muchas gracias por su participación

Nombre del entrevistado	Sello y Firma
Gino César García Rodríguez	

CARTA DE PRESENTACIÓN

Señor(a): Roosbelth Gilberto Barrón Gonzales

Presente

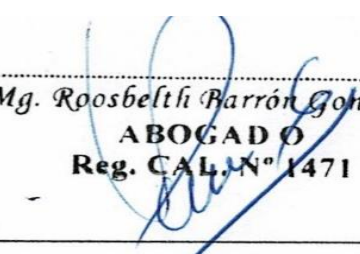
Asunto: **Consentimiento informado**

Me es muy grato comunicarme con usted para expresarle mi saludo y así mismo, hacer de su conocimiento que, siendo estudiante del programa de Doctorado con mención en Derecho de la UCV, en la sede Lima Norte, promoción 2019, aula virtual, requerimos validar los instrumentos con los cuales recogeremos la información necesaria para poder desarrollar nuestra investigación y con la cual optaremos el grado de DOCTOR.

El título nombre de mi investigación es: “Delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo 2021”, la información que usted brinde será de gran ayuda en razón que sus respuestas ayudaran a generar información relevante para analizar y comprender el problema planteado en la presente investigación.

Por lo expresado, el entrevistado acepta voluntariamente participar y contribuir con su experiencia y profesionalismo en la referida entrevista, firmándola en señal de conformidad.

Lima, 12 de diciembre del 2021


.....
Mg. Roosbelth Barrón Gonzales
ABOGADO
Reg. CAL. N° 1471

GUÍA DE ENTREVISTA

Título: El delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, alcances de su tipificación, Carabayllo 2021.

Nombre : Roosbelth Gilberto Barrón Gonzales

Cargo : Abogado Administrador

Institución : Estudio Jurídico Privado.

OBJETIVO GENERAL

Analizar, qué criterios se utilizan para calificar el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, bajo los alcances establecidos en la ley de Violencia contra la mujer, Carabayllo, 2021.

Preguntas

1. Considera usted ¿Qué la violencia sexual a la pareja, es calificado como delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, conforme lo prescribe la ley penal o como un caso de violencia familiar?

En toda relación conyugal existen satisfacción sexual con consentimiento, pero en los casos que no haya este consentimiento constituye el presupuesto exigido por la ley, y en el caso de violencia familiar muchas veces se confunde por los presupuestos y esto ocurre en la comisaria cuando reciben una denuncia y lo confunden con una violencia familiar cuando lo que es, es simplemente un conflicto familiar.

2. A su criterio ¿Por qué razón las autoridades policiales y fiscales, subsumen la conducta de violencia sexual dentro del matrimonio y/o convivencia a un caso habitual de violencia familiar conyugal?

El problema radica en la aplicación de los presupuestos que debe tener toda violencia familiar, siempre debe de existir el principio de verticalidad, el móvil de destrucción, de ciclicidad y progresividad, sin embargo el funcionario policial no lo distingue porque no es operador del derecho y lo deriva a los Juzgados Especializado de Familia y estos se remiten a las Fiscalías Especializadas.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Analizar, en la Ley penal, el desarrollo de los principios de legalidad y especialidad en la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia ante los casos por violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

3. ¿Considera que, los actos de violencia física con subsecuente de violencia sexual al cónyuge y/o conviviente, se cumple la aplicación del principio de legalidad, y especialidad al momento de la calificación jurídica realizada por los operadores de justicia?

El acto de violencia física no es subsecuente a la violencia sexual al cónyuge y/o conviviente, primero porque su naturaleza es distinta, cada delito exige necesariamente la configuración de requisitos, y esto lo saben los operadores del derecho.

4. ¿Considera usted que, ante la inadecuada calificación jurídica realizada por los operadores de justicia en las denuncias por violencia sexual en agravio del cónyuge, genera que los hechos queden impunes

En todo delito si la calificación jurídica es la correcta y se realiza el debido proceso no hay caso impune, pero si la adecuación al tipo es incorrecta quedara impune y se archivara el caso, de ahí nace la sobre carga que afrontan los Juzgados Especializados de Familia.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Determinar los alcances de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo, 2021.

5. ¿De qué forma se establece en la Ley de violencia contra la mujer, el delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia?

Toda conducta que vulneré la Ley, teniendo el acceso carnal con su conyugue, conviviente sin su consentimiento es delito, hoy en día el bien jurídico es protegido por el Estado.

6. ¿Cree Ud. para establecer los parámetros de la tipicidad del delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, se debe modificar lo prescrito en el Art. 170 inc. 3. del Código Penal?

En mi opinión personal no, porque el Art. 170 inc. 3. del Código Penal es bien claro los requisitos para cada delito son distintos.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Establecer, de qué manera se garantiza el bien jurídico de la libertad sexual, frente al débito conyugal en el delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia, Carabayllo. 2021.

7. ¿Considera usted que se debe establecer los criterios jurídicos del débito conyugal y el respeto de la libertad sexual, ante la creciente tasa de perpetración del delito de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia?

Lo que existe en la mayoría de los casos es una doble victimización, denuncian violación sexual y paralelamente se genera una denuncia por violencia sexual optando por una Medida de Protección que termina sobrecargando el sistema procesal. Típico caso de vulneración al famoso Principio Nebis In Idem.

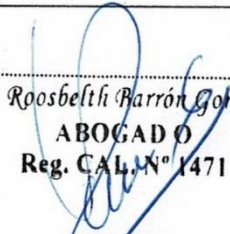
8. A su criterio, ante los casos de violación sexual en el matrimonio y/o convivencia ¿El débito conyugal, es un pensamiento confuso en la administración de justicia, que vulnera el derecho a la libertad sexual y la dignidad humana de la víctima?

El débito conyugal o cohabitación también ha sido tradicionalmente considerado un deber personal del matrimonio consistente en la intimidad sexual mutua, pero no es un deber, porque sería una obligación, debe ser mutuo y consensual.

Otro si digo: ¿Existe alguna opinión suya que desea agregar?

Para que exista la violencia sexual en el matrimonio y/o convivencia se debe de tener los componentes que crean una situación típica necesaria, por lo que se requiere necesariamente que el contexto de violencia sea presentado en unas proposiciones fácticas correctas.

Muchas gracias por su participación

Nombre del entrevistado	Sello y Firma
Roosbelth G. Barrón Gonzales	 Mg. Roosbelth Barrón Gonzales ABOGADO Reg. CAL. N° 1471