

**EL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE PREVENCIÓN
Y LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LA
VIOLENCIA DOMÉSTICA: ¿UN PASO MÁS (INADVERTIDO) EN EL
PROCESO DE DECONSTRUCCIÓN LEGAL DEL MATRIMONIO?**

The Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence: one step more (unnoticed) in the process of legal deconstruction of marriage?

Jesús Bogarín Díaz*

RESUMEN: El autor analiza el art. 36.3 de la Convención, acerca de la violencia sexual ejercida por un cónyuge, conjugando las perspectivas del Derecho Civil, Penal, Internacional y Canónico para alcanzar una adecuada comprensión de la norma y de las obligaciones que comporta para España.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio. Consentimiento matrimonial. Cópula conyugal. Libertad sexual. Violencia sexual. Violación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La deconstrucción legal del matrimonio. 3. La violación entre cónyuges. 4. El art. 36 del Convenio. 5. La perspectiva canónica. 6. Conclusiones.

ABSTRACT: The Author analyzes the article 36 §3 of the Convention, about sexual violence by a spouse, combining the points of view of Civil, Criminal, International and Canon Law to achieve a proper understanding of the meaning of that prescript and the duties imposed by it to Spain.

KEY WORDS: Marriage. Matrimonial Consent. Conyugal Intercourse. Sexual Freedom. Sexual Violence. Rape.

* Jesús Bogarín Díaz es Doctor en Derecho y Licenciado en Derecho Canónico, Profesor Titular de Derecho Eclesiástico (U. de Huelva), poseedor de un amplio curriculum docente e investigador, habiendo ejercido, en el ámbito de la gestión universitaria, los cargos de Vicesecretario General de la Universidad de Huelva y Secretario de su Facultad de Derecho.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The legal deconstruction of marriage. 3. Marital rape. 4. Article 36 of the Convention. 5. Canonical point of view. 6. Conclusions.

1. Introducción.

El Convenio del Consejo de Europa hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011¹, al margen de la valoración global que pueda merecer en su conjunto, tanto en su laudable propósito (“proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica”, art.1.1.a) cuanto en el acierto de muchas de las medidas que adopta, parece, sin embargo, indisimuladamente imbuido de la llamada “ideología de género”². En este contexto, las referencias de dicho tratado internacional a la institución matrimonial se dirigen de un lado a prevenir los matrimonios forzados (arts. 32, 37 y 59.4) y de otro a proteger contra la violencia ejercida por un cónyuge (arts. 3.b, 36.3, 46.a, 59.1 y 59.2), pero justamente ahí parece deslizarse una concepción de la sexualidad conyugal que desconoce la verdadera naturaleza del matrimonio, siendo éste una realidad combatida por la referida ideología como incompatible con sus bases antropológicas.

1. Instrumento de ratificación de España de 18-3-2014 en BOE n.137 de 6-6-2014. Sobre su génesis, cf. Magaly Thill, “States’ duty to prevent and eliminate violence against women in the European Union”, *Revista universitaria europea*, 21, 2014, pp.43-68. Más información en <http://www.coe.int/fr/web/istanbul-convention>.

2. En el Preámbulo leemos: “Reconociendo que la naturaleza estructural de la violencia contra la mujer está basada en el género (...); reconociendo que las mujeres y niñas están más expuestas que los hombres a un riesgo elevado de violencia basada en el género”; según el art. 60.2, “las Partes velarán por la aplicación a cada uno de los motivos del Convenio de una interpretación sensible al género”. El art.3 define género como “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”. En España, la Ley Orgánica 3/2007 emplea reiteradamente las expresiones “enfoque de género”, “perspectiva de género”, “impacto de género”, “análisis de género” o “violencia de género”. Sobre el concepto de ideología de género, cf. CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, “La verdad del amor humano. Orientaciones sobre el amor conyugal, la ideología de género y la legislación familiar” (26-4-2012), nn.52-61 (<http://www.conferenciaepiscopal.es/base-documental/>, consultado el 13-2-2016); FRANCISCO, exhortación apostólica postsinodal *Amoris laetitia* (19-3-2016), n.56. En el movimiento de objeción de conciencia contra la materia escolar Educación para la Ciudadanía (años 2007-2011), los objetores alegaron un adoctrinamiento ilegítimo al imponer los decretos estatales y autonómicos de desarrollo de la materia la ideología de género, opinión respaldada por la sentencia de 30-4-2008 (en particular FJ 13) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (RJCA 2008\653), la cual, tras las sentencias del Tribunal Supremo de 11-2-2009 (RJ 2009\1877, 2009\1878 y 2009\1879) que negaron tal adoctrinamiento, fue casada por sentencia del Supremo de 11-5-2009 (RJ 2009\5438).

Si esta primera impresión es certera, con la ratificación del Convenio por España se habría dado un paso más en el proceso de deconstrucción legal del matrimonio que vamos a recordar esquemáticamente.

2. La deconstrucción legal del matrimonio.

Los principales pasos de este proceso en la regulación legal del matrimonio en el ordenamiento español han sido los siguientes³:

1º: La aparición del matrimonio civil (Ley de 18-6-1870).- Se ha señalado a veces que la pérdida de la jurisdicción exclusiva de la Iglesia sobre el matrimonio ha tenido un efecto de “desnaturalización”, esto es, la desvinculación del instituto conyugal respecto de una realidad objetiva que en esencia es natural y vincula a toda potestad que haya de regularla, sin perjuicio de la existencia de un margen variable sujeto a su competencia⁴. Se trataría, no de una primera

3. Cf. Aurora María LÓPEZ MEDINA, “El concepto de matrimonio ante los cambios en el Código Civil. Consecuencias para el Derecho Canónico”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 32, 2016 (en prensa, consultado por gentileza de la autora).

4. “La aparición del matrimonio civil, en efecto, impulsó la convicción de que no hay una única unión conyugal, sino dos distintas. Dicho de otro modo, al surgir el matrimonio civil se oscureció la idea de que hay una y única unión conyugal natural entre los esposos, que es la que ha de ser reconocida, en sus respectivos ámbitos, por la Iglesia y el Estado, por el derecho matrimonial canónico, de un lado, y el derecho matrimonial civil, del otro. Y se afirmó la idea de que a cada uno de esos sistemas legales corresponde un propio y distinto matrimonio. Al final de este proceso, caló sutilmente la idea de que el matrimonio se confunde con las normas jurídicas que lo regulan, perdiéndose de vista su carácter de institución anclada en la naturaleza” (Pedro Juan VILADRICH, “Matrimonio”, en *Diccionario General de Derecho Canónico*, Vol.V, Aranzadi, Cizur Menor 2012, p.311). Ha de advertirse que para este autor, también la introducción por el Concilio de Trento en el matrimonio canónico de una forma legal pública necesaria para la validez contribuyó a desnaturalizarlo. Pero en lo que toca a la introducción del matrimonio civil, si hemos de ver la desnaturalización en la existencia de una pluralidad de regímenes matrimoniales, entonces no se habría producido por la referida ley de 1870 (que establecía un sistema de régimen matrimonial único) sino por el decreto de 9-2-1875 que introdujo por primera vez -desde la unificación religiosa de España por expulsión de judíos y musulmanes que no aceptasen bautizarse- un sistema plural (matrimonio civil y matrimonio canónico). En realidad, la Iglesia nunca ha pretendido tener jurisdicción sobre el conyugio entre no bautizados, por lo que siempre ha aceptado cierta pluralidad, a saber, como mínimo la competencia de la potestad civil sobre el matrimonio de los no cristianos, a lo que se añade un plus según la época (competencia de la potestad civil sobre el matrimonio de los cristianos acatólicos y sobre los efectos no espirituales del matrimonio de los católicos, así como competencia de ciertas autoridades de otras comunidades religiosas sobre el matrimonio de sus fieles). A mi juicio, el hecho causante de la desnaturalización no es ni la existencia de un régimen civil ni de una pluralidad de regímenes sino la asunción de competencia matrimonial por una autoridad que no se reconoce a sí misma vinculada al Derecho natural sino dueña para legislar sin ataduras. En este sentido, cabe decir que la Constitución de 1869 no era confesional ni

medida destructora del matrimonio, sino de un paso previo, el apoderamiento de éste por una potestad que se presta a una operación de desmontaje.

2º: Introducción del divorcio vincular y supresión del impedimento de impotencia (Ley 30/1981).- Con el precedente de la Ley de 2-3-1932 (derogada por Ley de 23-9-1939), se pierde la propiedad esencial de la indisolubilidad en su vertiente externa (un tercero, en este caso un juez, disuelve el vínculo). Y con la eliminación del citado impedimento parece privarse al matrimonio de contenido sexual, lo que viene contrarrestado por la existencia del deber de “vivir juntos” y de la causa legal de separación de la infidelidad, que permitió a la doctrina hablar de un *ius ad copulam*⁵.

3º: Regulación de parejas no matrimoniales (leyes autonómicas)⁶.- Se

dotaba al Estado de ideología oficial, y por tanto no sujetaba a los poderes públicos a una concreta comprensión de un Derecho natural vigente, pero contenía una referencia a “las reglas universales de la moral” (como límite del ejercicio del culto no católico, art.21), con lo que reconocía la existencia de una moral común al menos al ámbito de civilización en que se encuadraba España. Esta referencia tan clara está ausente de la actual Constitución, no confesional, de 1978.

5. “La clave para deducir la existencia de un verdadero derecho a las relaciones carnales entre los cónyuges nos la brinda con fuerza insoslayable, la existencia del deber de fidelidad y la sanción jurídica de la infidelidad mediante separación y divorcio. La infidelidad como relaciones sexuales y afectivas con otra persona, consistirá en prestar a una persona lo que se debe a otra, en conceder a otra aquello a que el cónyuge tiene derecho. Si no existe derecho de los cónyuges a los actos propios de la vida conyugal no puede hablarse con propiedad y fundamento del deber de fidelidad ni del posible quebrantamiento de este deber. Algunos autores llaman la atención, con acierto, sobre las dos vertientes que presenta el concepto de fidelidad: la positiva o disponibilidad de la intimidad sexual hacia el otro y la negativa o la abstención de relaciones carnales con persona distinta. Un aspecto no puede subsistir sin el otro. Por consiguiente, sin el derecho-deber a la intimidad conyugal no podría hablarse en sana lógica del deber de la fidelidad que el Código civil admite sin ambages, ni de la infracción de ésta que sanciona jurídicamente” (Alberto BERNÁRDEZ CANTÓN, “Elementos definidores del matrimonio implícitos en las causas de nulidad y separación”, en J. Bogarín Díaz y A. M. López Medina [eds.], *Nulidad y disolución del matrimonio*, CajaSur, Córdoba 2007, p.41).

6. Algunas comunidades autónomas se han limitado a dictar decretos creando un registro administrativo (D.124/2000 de Castilla-La Mancha, D.117/2002 de Castilla-León, D.248/2007 de Galicia), mientras la mayoría han aprobado –bordeando la reserva constitucional de competencia estatal del art.149.1.8º CE- leyes que regulan tales uniones: L.10/1998 catalana (sustituida por la regulación del Libro II del Código Civil de Cataluña aprobado por L.25/2010), L.6/1999 aragonesa (refundida con otras leyes en el Decreto Legislativo 1/2011), L.1/2001 valenciana (sustituida por L.5/2012), L.11/2001 madrileña, L.18/2001 balear, L.4/2002 asturiana, L.5/2002 andaluza, L.2/2003 vasca, L.5/2003 canaria, L.5/2003 extremeña, L.1/2005 cántabra y L.Foral 6/2010 navarra (cf. <http://www.rupturas.es/leyes.htm>, consultado el 13-2-2016). Por ejemplificar con Andalucía, “la finalidad de la Ley es, de una parte, ofrecer un instrumento de apoyo jurídico a las parejas de hecho y, de otra, extender a éstas los beneficios que el ordenamiento autonómico en su conjunto

crea así un modelo jurídico familiar alternativo al conyugal, sin más formalidad constitutiva o extintiva que la declaración registral o incluso con la mera constatación de la existencia o desaparición de la *affectio*, como en el matrimonio romano precristiano. Al dotar a estas uniones de un estatuto jurídico muy similar al del matrimonio, constituyen un reto al mantenimiento de la estructura conyugal tradicional (al menos desde el Derecho justiniano), a saber, un pacto (*matrimonium in fieri*) por el que los contrayentes acuerdan crear y crean un vínculo jurídico (*matrimonium in facto esse*).

4º: Desaparición de la especificidad de la relación intersexual conyugal (Ley 13/2005).- Bajo pretexto de una “ampliación de derechos”, se produjo, no ya una asimilación de beneficios ni una equiparación de efectos jurídicos entre la unión del mismo sexo y el matrimonio, sino una redefinición de este último, de manera que podría hablarse de una “desposesión de derechos” al privar a los casados de la institución a la que prestaron su consentimiento⁷.

5º: Vaciamiento del contenido obligacional del matrimonio (Ley 15/2005).- Al regular un divorcio sin causa, la ley (vulgarmente llamada “de divorcio *express*”) ha producido el efecto de que el nuevo matrimonio –más

venía confiriendo expresamente a las uniones matrimoniales” (exposición de motivos), y la realidad regulada es definida como “la unión de dos personas, con independencia de su opción sexual, a fin de convivir de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal” (art.3.1). Llama la atención que en esta normativa se hable de “pareja de hecho” (en la mayoría de comunidades) o “unión de hecho” (Castilla-León, Madrid), cuando obviamente lo son ya de derecho; a veces se las llama “unión de hecho formalizada” (Valencia) y con mayor propiedad “unión estable de pareja” (Cataluña), “pareja estable” (Asturias, Baleares) o “pareja estable no casada” (Aragón).

7. La Resolución-Circular de 29-7-2005 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE n.188 de 8-8-2005) llega a hablar de un “impedimento de identidad de sexo”, en una calificación del fundamento jurídico de la imposibilidad tradicional de casarse de dos personas del mismo sexo que no resiste un análisis jurisprudencial mínimamente serio. Cf. Ana Paloma ABARCA JUNCO y Miguel GÓMEZ JENE, “Notas sobre la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo”, *Revista Española de Derecho Internacional* 58, 2006, 309-318. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 198/2012 en que declaró la constitucionalidad de la L.13/2005, reconoció que “debemos constatar que la institución matrimonial, antes de la reforma y después de ella, se ha modificado jurídicamente” (FJ 8), si bien consideró que la modificación operada no violaba la garantía institucional del art.32 CE porque la institución, en una evolución social, sigue siendo reconocible; para sostener lo cual hubo de ofrecer una definición de la misma tan imprecisa que podría albergar multitud de relaciones personales *more non uxorio*: “comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento” (FJ 9).

allá de la polémica sobre hasta qué punto había cambiado por la L.13/2005- es difícilmente reconocible como una institución verdaderamente jurídica⁸.

6º: Introducción de la disolubilidad intrínseca (Ley 15/2015).- La modificación operada (que entrará en vigor el 30-6-2017) en la Ley del Notariado permite (art.54) a los cónyuges sin hijos menores no emancipados acordar el divorcio de mutuo acuerdo por escritura pública, con lo cual, teniendo en cuenta que el notario es un fedatario de lo que ante él acontece, sin potestad para cambiar el vínculo, se está autorizando a los propios cónyuges a disolver el matrimonio⁹.

3. La violación entre cónyuges.

Al entrar en vigor la Constitución de 1978, era doctrina común del Tribunal Supremo –ya desde el siglo XIX- que el ayuntamiento carnal violento entre esposos no reunía los elementos de tipicidad del delito de violación, pues la esposa del violador no era sujeto pasivo idóneo del delito. La Ley Orgánica 3/1989 cambió en el Código Penal, entonces vigente, de 1973 el epígrafe del Título IX del Libro II, que en lugar de delitos “contra la honestidad” pasó a denominarse “contra la libertad sexual” (nombre mantenido en el Título VIII

8. Enrique José RAMOS CHAPARRO, “Comentario crítico a la Ley 13/2005 sobre «matrimonio homosexual»”, *Aranzadi civil*, 2006, pp.2035-2046, ha señalado que con la L.15/2005 –más que con la L.13/2005- recibe su golpe de gracia la concepción contractual del matrimonio, es decir, que el matrimonio (en la construcción de los canonistas medievales) viene a ser un contrato (aunque luego se ha matizado que “contrato *sui generis*” o quizás con mayor precisión conceptual que sería un negocio de Derecho de familia, como especie, distinta al contrato, del género “negocio jurídico”). Los argumentos principales son que el cumplimiento se deja al arbitrio de cada contratante (contra lo dispuesto en el art.1256 del Código Civil) y que el incumplimiento de los deberes no acarrea sanción alguna (si bien LÓPEZ MEDINA, “El concepto”, cit., ha precisado que subsiste la sanción de la desheredación, art.855 CC, al incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones conyugales). Concluye Ramos que “el «nuevo matrimonio» apenas se distingue del noviazgo”. Y se pregunta: “si el vínculo conyugal se concibe como cosa meramente ética, ¿por qué razón habrán de seguirlo regulando las normas imperativas del Estado? ¿No era su carácter contractual lo que justificaba su régimen civil?”. Sobre la gravedad de la reforma se pronunció también Rafael RODRÍGUEZ CHACÓN, “La reforma matrimonial de 2005 en materia de separación y divorcio”, en G. Souto Nieves (coord.), *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España*, Comares, Granada 2008, pp.107-116.

9. No se le ha pasado por alto esta innovación legal a LÓPEZ MEDINA, “El concepto”, cit., quien recuerda que ha desaparecido esa exclusión del mutuo disenso de que hablara Enrique José RAMOS CHAPARRO, “Restos de indisolubilidad en el matrimonio civil español”, en *Nulidad y disolución*, o.c., pp.194-197. Ciertamente, el divorcio era ya una vía de disolución exigible en justicia del juez y sin causa alguna, pero formalmente se mantenía que debía ser una autoridad estatal y no los propios cónyuges quien disolviera el vínculo.

del Libro II del Código de 1995)¹⁰. A partir de ese momento comenzó a abrirse camino en el Supremo la doctrina que acepta como posible la violación de la esposa. El principal argumento usado hizo hincapié en el bien jurídico protegido, pues antes se consideraba que no se dañaba la honestidad por ser honesta la cópula conyugal (como no se dañaba a la prostituta forzada por carecer ésta de honestidad), mientras que ahora se entiende que se ataca la libertad sexual de la esposa –o de la prostituta-, concibiendo esa libertad tan íntegra como antes de prestar el consentimiento conyugal y dotada de la misma protección penal que si no se hubiera prestado, entendiéndose que la persona se autodetermina ante cada acto sexual¹¹. De esta manera, se negaba la tradicional concepción jurídica según la cual al contraer matrimonio cada parte entrega un *ius in corpus* a la otra y asume por tanto un “débito conyugal” para con la misma, en términos canónicos “en orden a los actos de suyo aptos para engendrar prole” (can.1081.2 Código de

10. El Código es, pues, en este punto menos innovador de lo que jactanciosamente pretende: “Además de las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación, ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto” (exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal). Sí era novedosa la categorización en agresiones sexuales y abusos sexuales, estando incluido en las primeras el acceso carnal (definido en términos que hacen posible que el varón sea sujeto pasivo), para el cual la reforma de la Ley Orgánica 11/1999 recuperó el nombre tradicional de violación. Abundante bibliografía en Alfonso SERRANO GÓMEZ y Alfonso SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, Dykinson, 14ª ed., Madrid 2009, pp.213-214.

11. La STS 941/1992 (RJ 1992\3451) sostiene que no se trata ya de un delito contra la honestidad sino “un atentado contra la libre autodeterminación sexual” y por eso es posible la comisión sobre la propia esposa (FJ 2). No explica sino que parece deja subyacente la negación de que el consentimiento matrimonial sea un acto de autodeterminación sexual que se pueda proyectar hacia el futuro. Más explícita es la STS de 23-3-1993 (RJ 1993\1401) al sostener que “el matrimonio no impone a la mujer una reducción de su libertad de decisión en materia sexual frente al marido” (FJ 2), con lo cual desde la Sala de lo Penal se prejuzga una determinada intelección del contenido obligacional del negocio conyugal, sin citar jurisprudencia de la Sala de lo Civil y sin que hubiese mediado un cambio en la redacción del Código Civil. La STS 1254/1995 (RJ 1996\829) mantiene que “no existen supuestos «derechos» a la prestación sexual”, pues la libertad sexual “no se anula por la relación conyugal” (FJ 3). Finalmente, la STS 587/1998 (RJ 1998\3820) asienta como punto de partida que “ya no puede hablarse de débito conyugal a cargo de la mujer” (FJ 1) sino que, frente a “una sociedad evidentemente machista”, ha de defenderse la igualdad, con lo cual el TS subraya la falsa cuestión de una diferenciación de derechos en este punto, que nunca existió en la tradición jurídica matrimonial de origen cristiano, pues el *ius in corpus* es mutuo; pero la sentencia argumenta por elevación proclamando “que ya no puede hablarse de obligaciones conyugales o de la prestación de servicios obligatorios” (FJ 1), con lo que parece vaciar de contenido el negocio jurídico nupcial.

Derecho Canónico de 1917).

La doctrina expuesta, con ser mayoritaria, dista de ser pacífica. En 1995, el Tribunal Supremo se hace eco de la existencia de “una intensa polémica” acerca del tratamiento penal de la violación entre cónyuges, que resume en tres tesis:

“1.º) quienes estiman que la violación entre cónyuges no integra el tipo de violación, afirmando que el hecho se debe sancionar como amenazas o coacciones, tesis inspirada por lo establecido en algunos Códigos extranjeros como el alemán, suizo o austriaco, que excluyen al propio cónyuge como sujeto pasivo en el delito de violación; 2.º) quienes estiman que aun siendo el hecho típico no sería -por lo general- antijurídico por la concurrencia de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho (artículo 8.11.º del CP); y 3.º) la doctrina mayoritaria y más reciente, que considera 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”¹².

A este respecto, puede ser ilustrativo contemplar el cambio operado en el ordenamiento mejicano. Hasta el año 2005, la Suprema Corte de Justicia de México, mantenía la siguiente jurisprudencia (formulada en sesión de 28-2-1994) acerca de la violación conyugal¹³. Si la cópula entre cónyuges podía considerarse normal pero era impuesta violentamente por una parte a la otra, este comportamiento merecía reproche penal pero el delito no era de violación sino de ejercicio indebido del propio derecho. Había violación cuando la cópula, además de ser violenta, no podía considerarse que entrara en el derecho al débito carnal, lo cual ocurriría: (a) cuando es anormal, por ejemplo, si se lleva a cabo en público ofendiendo el derecho a la intimidad de la otra parte que no ha consentido a ello; (b) cuando, pese a ser normal, concurren ciertas circunstancias, como son que el sujeto activo se encuentra en estado de ebriedad o bajo el efecto de

12. STS 1254/1995 (RJ 1996\829), FJ 3, que toma partido claramente por la tercera tesis. Ciertamente se trata de un texto del mismo año en que se promulgó el actual Código Penal, por lo que la polémica descrita podría juzgarse desfasada, pero casi veinte años después SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte especial*, o.c., p.219, nota 17, todavía reproducía casi literalmente este texto para explicar que “la doctrina ha oscilado en tres direcciones”, decantándose por que “en nuestro ordenamiento jurídico, las dos primeras tesis antes expuestas, carecen de fundamento”. Sobre el tema, cf. María Begoña SAN MARTÍN LARRINOVA, “La violación en el matrimonio”, *Cuadernos de Política Criminal* 62, 1997, pp.499-505.

13. Cf. Claudia FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, “Delito de violación entre cónyuges”, *Anuario Jurídico*, Nueva Serie, 1994, pp.319-322.

drogas o padece una enfermedad contagiosa o que la parte pasiva presenta un padecimiento para el que las relaciones sexuales están contraindicadas; (c) cuando se ha decretado la separación legal de los consortes. De acuerdo con esta doctrina, el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30-12-1997 añadió al Código Penal Federal un art. 265 bis (“Si la víctima de la violación fuera la esposa o concubina, se impondrá la pena prevista en el artículo anterior. Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida”) aplicable a los casos en que esa violación conyugal era posible¹⁴.

La Suprema Corte de Justicia de México, por decisión unánime de 16-11-2005, modificó la referida jurisprudencia y equiparó el cónyuge a cualquier otro sujeto activo a los efectos de la comisión del delito de violación¹⁵. En esa

14. La Comisión Interamericana de Mujeres (órgano de la Organización de Estados Americanos) sostiene que “la tendencia actual hacia la penalización de la violación en el matrimonio, es una forma de cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados Parte de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) y la Convención Interamericana de Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará, 1994)”, a pesar de que estos tratados multilaterales (el uno de Naciones Unidas y el otro de la OEA) en ningún precepto se refieren, ni siquiera de manera indirecta, a la violación conyugal. La Comisión clasifica los Estados americanos en tres niveles de protección: alto (países que sancionan directamente la violación dentro del matrimonio), moderado (países que sancionan la violación en el matrimonio con condiciones) y bajo (países en que la violación dentro el matrimonio es una agravante del delito de violación). En el nivel alto estarían: Argentina (art.5 de la Ley 26.845 y art.119 del Código Penal), Chile (art.369 del Código Penal), Costa Rica (art.29 de la Ley 8.589), Honduras (art.5 de la Ley de violencia doméstica), México (art.265 bis del Código Penal Federal), Perú (art.170 del Código Penal), República Dominicana (art.332 del Código Penal, que no habla de “cónyuges” sino de “pareja”), Suriname (art.295 del Código Penal modificado por Ley de Legislación Moral de 2009), Trinidad y Tobago (secc.5 de la Ley n.31 de 2000) y Venezuela (art.43 de la Ley 38.668). Cf. <https://www.oas.org/es/cim/docs/briefingnote-violacionmatrimonio-es.doc> (consultado el 12-2-2016).

15. “Sostener lo contrario nos retrotraería a la concepción del matrimonio en la que a la mujer se le considera como un objeto, que el varón adquiere en propiedad, teniendo sobre ella un poder absoluto e ilimitado, y desconocer la naturaleza sublime y consensual que debe tener toda unión sexual entre marido y mujer.--- Esto es, la libertad de decidir no copular con persona alguna, no se pierde con el matrimonio con respecto al marido, pues éste no se excluye del total universo de varones, en relación con quienes la mujer puede siempre decidir no tener cópula. Y si bien, cuando este rechazo se trata del cónyuge, y puede significarse como una ofensa e incumplimiento de lo pactado, ello no trae otra consecuencia que el derecho del agraviado a pedir la disolución del vínculo matrimonial.--- En otras palabras, si bien los cónyuges ven acotada su libertad sexual, en cuanto a que no son libres de sostener relaciones sexuales con terceros, en observancia del deber mutuo de fidelidad; no la pierden en cuanto a su libertad de rechazar, en todo momento y bajo cualquier circunstancia, la relación sexual con su cónyuge, pues del dato, de que tal rechazo, cuando es injustificado, se reconozca como una causa de divorcio, no se sigue que no se tenga esa libertad, sino en todo caso que el ejercicio de la libertad en ese sentido se viene a significar

decisión, el alto tribunal configuraba un rechazo injustificado a la cópula como una causal de divorcio. Ahora bien, ello significa que un cónyuge ha asumido un compromiso que no quiere cumplir, es decir, que existe realmente un débito, por más que sea incoercible¹⁶. El cónyuge que ve frustrado el ejercicio de su sexualidad puede pedir la disolución del vínculo, en primer lugar por el agravio causado a su derecho, pero en segundo lugar porque su pareja ha revocado –según el tribunal- una parte del contenido esencial del consentimiento conyugal. Es decir, el ejercicio de la denominada autodeterminación sexual solo puede concebirse como una revocación del consentimiento conyugal (en los ordenamientos que lo admiten) o, peor aún, como un vaciamiento de la institución matrimonial (en los ordenamientos imbuidos de una ideología que no comprende la compatibilidad entre la libertad y la asunción de compromisos perpetuos y/o de una ideología, como la de género, adversa al matrimonio).

En Estados Unidos de América, puede citarse el caso S.D. contra M.J.R. ante el Tribunal Superior de Nueva Jersey. El juez de primera instancia afrontó un supuesto de violencia doméstica del marido, incluyendo varios coitos contra los deseos de la esposa, ambos musulmanes marroquíes, pero no se cuestionó el concepto de violación ni la necesidad de consentimiento *ad casum* a las relaciones íntimas dentro del matrimonio, sino que lo enfocó desde un punto de vista de las relaciones interordinamentales (relevancia de la ley islámica) o al menos de la coherencia del comportamiento del sujeto con sus creencias y prácticas religiosas (convicción de estar actuando conforme a su derecho a tener relaciones sexuales con su mujer cuando quisiera). La decisión de 30-6-2009 absolvió al marido por falta de intención delictiva, pero la sección de apelación el 23-7-2010 revocó el fallo sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la I Enmienda, principalmente la sentencia de 1878 en el caso Reynolds contra los Estados Unidos, que afirmó el derecho del poder legislativo de castigar las

como una retractación de su consentimiento en ese ámbito, expresado al contraer matrimonio y con ello surge el derecho del otro cónyuge a solicitar su disolución” (<http://justiciaygenero.org.mx/wp-content/uploads/sentencias/7.pdf>, consultado el 13-2-2016).

16. Acerca de la incoercibilidad, el Tribunal Supremo español, en sentencia 1843/2000 (RJ 2000\9951), desestimó el recurso de un marido condenado por violación que alegaba error de prohibición “debido a la creencia errónea de que su actuación se hallaba neutralizada por una causa de justificación cual fue el que estaba ejerciendo unos derechos que el matrimonio le permitía”. Según el tribunal, “es fácil comprender que el encausado pudiera tener la idea de que las prestaciones sexuales dentro del matrimonio son derechos y obligaciones recíprocas, pero lo que ninguna persona normal (y el imputado lo es) puede pensar es que esas prestaciones han de ser impuestas por la fuerza y a punta de navaja ante la negativa de la mujer, máxime cuando la vida en común ya no existía”. Lo que no justificaba el tribunal es que el reproche penal de esa acción hubiera de ser el mismo que el de violación por un extraño.

conductas que considere antisociales aun cuando estén fundadas en convicciones profundas y en sinceras creencias religiosas¹⁷.

4. El artículo 36 del Convenio.

El art. 36 del Convenio, denominado “Violencia sexual, incluida la violación”, obliga –en su primer apartado- a los Estados parte a tipificar como delito los actos sexuales no consentidos, sea que se ejecuten por el sujeto activo sobre el pasivo –tanto la violación (definida como “penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto”) como los demás actos sexuales-, sea que el sujeto activo obligue al pasivo a ejecutarlos con un tercero. En cuanto a qué se entienda por “no consentidos”, el apartado segundo del artículo precisa que “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”. Y es en el tercer párrafo donde se encuentra la referencia a la violación conyugal: “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno”¹⁸.

17. Texto de la sentencia de apelación en la siguiente página web: <http://www.leagle.com/decision/In%20NICO%2020100723325/S.D.%20v.%20M.J.R> (consultado el 15-2-2016). Cf. Irene Briones Martínez, *One Law for all versus Santi Romano*, Civitas, Cizur Menor 2014, p.145. En España, los tribunales han resuelto casos similares en que el marido alegaba actuar conforme a las tradiciones culturales, religiosas o jurídicas de su país de origen: en la sentencia 1399/2009 (RJ 2010\3496) el Tribunal Supremo consideró que la libertad sexual es “un derecho tan elemental del ser humano” que “no puede de ninguna forma quedar condicionado a circunstancias tales como la del origen cultural de quien lo agrede” (Mauritania), sin que el Estado de Derecho pueda abdicar “de sus más elementales esencias, como lo es sin duda el respeto a la dignidad del ser humano, en aras de un relativismo cultural” (FJ 4); en la sentencia 51/2011 (ARP\2011\481) la Audiencia Provincial de Lérida distinguió entre “infracciones de carácter natural o elemental” (lo que la doctrina tradicional llamaba *delicta quia mala*) y “delitos formales o de creación artificial” (o sea, los *mala quia delicta*), sosteniendo respecto de los primeros el principio “*ignorantia iuris non excusat*”, puesto que se trata de acciones “que todo el mundo sabe, y a todos consta que están prohibidas (...) al tratarse de conductas de ilicitud notoriamente evidente, y de comprensión y constancia generalizadas” (FJ 2), apreciación sin duda sorprendente, ya que el propio Derecho comparado muestra que la comprensión subyacente de la libertad sexual en el matrimonio dista de ser un universal comúnmente aceptado.

18. El texto castellano reproducido es el que, publicado en el BOE, tiene fuerza legal en España como incorporado al ordenamiento interno (cf. art.96.1 CE y art.1.5 Código Civil). Sin embargo, a efectos hermenéuticos hay que tomar en consideración las versiones auténticas en Derecho Internacional, esto es, en las lenguas oficiales del Consejo de Europa, el francés (“*Les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour que les dispositions du*

Son varias en el Convenio las referencias explícitas al art.36, entre otros preceptos que describen conductas cuya represión se desea asegurar¹⁹. Por el contrario, no se encuentra citado entre los artículos a los que puede formularse reserva, siendo la norma general (art.78) la prohibición de presentar reserva alguna a las disposiciones del Convenio, que se ofrece así a los Estados que quieran ratificarlo como un *corpus* no moldeable, salvo excepciones²⁰. Ambos datos –las citas internas y la exclusión de reserva– contribuyen a hacer del art.36 una de las piezas clave del Convenio. Precisamente por eso, resulta extraño que el apartado tercero termine con el inciso “de conformidad con su derecho interno” (en francés, “*conformément à leur droit interne*”) que parece remitir este aspecto de la violencia sexual a la ley nacional, lo cual no solo parece contradecir la

paragraphe 1 s'appliquent également à des actes commis contre les anciens ou actuels conjoints ou partenaires, conformément à leur droit interne”) y el inglés (“*Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the provisions of paragraph 1 also apply to acts committed against former or current spouses or partners as recognised by internal law*”).

19. Se trata de las siguientes referencias: la asistencia o la complicidad a la comisión del delito del art.36 debe ser tipificada como delito (art.41.1); la tentativa intencionada de comisión del delito del art.36 también debe ser tipificada como delito (art.41.2); la competencia para perseguir el delito del art.36 no puede estar subordinada a su tipificación delictiva en el Estado de comisión (art.44.3); la comisión del delito del art.36 por un nacional o una persona con residencia habitual debe ser perseguible sin necesidad de que preceda denuncia de la víctima o del Estado en cuyo territorio se cometió el delito (art.44.4); la investigación y persecución del delito del art.36 debe hacerse de oficio por un Estado parte cuando se ha cometido total o parcialmente en su territorio, sin necesidad de denuncia o demanda de la víctima y continuarán aunque esta se retracte o retire la denuncia (art.55.1); el plazo de prescripción del delito del art.36 debe ser suficientemente amplio como para permitir la tramitación eficaz del procedimiento tras alcanzar la víctima la mayoría de edad (art.58); cuando un Estado parte tenga serios motivos para creer que una persona corre el riesgo de sufrir de manera inmediata en otro Estado parte un acto de violencia del art.36, viene animado por el Convenio a transmitir tal información a ese otro Estado (art.63).

20. Entre las normas a las que sí puede formularse reserva se encuentran algunas conexas con el art.36, en concreto del art.44, y en efecto Dinamarca se reservó no aplicar (desde 1-8-2014 hasta 1-8-2019) el art.44.3 respecto a los arts.36, 37 y 39; Serbia se reservó no aplicar el art.44 §1.e (comisión de delito por un residente habitual), §3 y §4, en tanto adaptase al Convenio su legislación nacional; Chipre formuló reservas indefinidas a estas mismas tres normas; Francia manifestó que aplicaría dichas normas solo en condiciones o casos específicos; Mónaco se reservó el derecho a no aplicarlas en todo o en parte (del 1-2-2015 al 1-2-2020); Eslovenia también formuló reservas a las tres normas (de 1-6-2015 a 1-6-2020); Polonia se reservó el derecho de no aplicar el art.44.1.e (de 1-8-2015 a 1-8-2020); Suecia el art.44.3 (de 1-11-2014 a 1-11-2019). España, al depositar su instrumento de ratificación el 10-4-2014, además de formular cierta reserva relativa a la aplicación del Convenio a Gibraltar, consignó la siguiente declaración (con efectos desde 1-8-2014): “España llevará a cabo las modificaciones que sean necesarias en su ordenamiento jurídico interno a los efectos de la aplicación del Convenio en su totalidad”. Sin embargo, el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 -única modificación del Código Penal aprobada desde la ratificación del Convenio de Estambul- no menciona a este entre los textos internacionales que han orientado dicha reforma penal.

importancia del art.36 sino que sería una norma internacionalmente inútil. La interpretación más lógica, a la luz del texto inglés (“*partners as recognised by internal law*”), refiere al Derecho interno solamente el concepto de “pareja” que obtiene un reconocimiento legal similar al cónyuge, de manera que a ambos se refiere la norma de la Convención que manda a los Estados parte tomar las medidas que aseguren la aplicación también a ellos de los delitos de violencia sexual descritos en el art.36.1.

Con todo, la combinación de los tres apartados del art.36 deja a los Estados parte un margen de adaptación que podría ser usado si hubiera voluntad política para ello. Es cierto que interpretando la norma en un contexto de deconstrucción legal del matrimonio y bajo la influencia de la ideología de género, el §2 exigiría para cada acto sexual la libre prestación de un consentimiento *ad hoc*, sin el cual se incurriría en uno de los delitos del §1, y el §3 aseguraría la extensión de esta exigencia también a los actos entre cónyuges (o entre parejas legalmente reconocidas). Sin embargo, el §3 no impone necesariamente que la aplicación del §1 a un cónyuge tenga lugar con plena equiparación a un no cónyuge en la comisión de un acto sexual “no consentido”, según la modulación del “libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes” (§2), pues las relaciones íntimas entre cónyuges se sitúan en el contexto de un consentimiento a las mismas otorgado como parte del contenido del libre acto de voluntad que constituyó el matrimonio. Y por esto mismo, el contexto es diverso en el caso de un cónyuge actual (existencia de un vínculo jurídico con derechos y deberes mutuos libremente aceptados) que en el de un cónyuge anterior (vínculo desaparecido) o una pareja actual (reconocimiento legal de una convivencia sin constitución de un vínculo jurídico) o una pareja anterior (convivencia desaparecida).

Recordando el segundo considerando del preámbulo del Tratado de la Unión Europea, en redacción dada por el Tratado de Lisboa, en vigor desde 1-1-2010 (“Inspirándose en las herencias culturales, religiosas y humanistas de Europa, a partir de las cuales se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, la democracia, la igualdad, la libertad y el Estado de Derecho”), resulta oportuno acudir a una de las más claras –si es que no la que más- herencia religiosa europea, la de la Iglesia Católica (citada en la Constitución Española), para apreciar cómo su doctrina y su derecho no es un solo un trasfondo cultural (*background*) del pasado sino que puede ser una futura veta inspiradora de medidas legislativas alternativas al “pensamiento único” y compatibles incluso con el Convenio de Estambul.

5. La perspectiva canónica.

De acuerdo con la doctrina católica, “la verdadera libertad es signo eminente de la imagen divina en el hombre (...). La dignidad humana requiere, por tanto, que el hombre actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido e inducido por convicción interna personal y no bajo la presión de un ciego impulso interior o de la mera coacción externa”²¹. En cuanto al papel que corresponde a los poderes públicos, se afirma que “el valor de la libertad (...) es respetado cuando a cada miembro de la sociedad le es permitido realizar su propia vocación personal; es decir, puede (...) decidir su propio estado de vida (...) en el marco de un sólido contexto jurídico”²².

El Código de Derecho Canónico de 1983 afirma el derecho a la inmunidad de coacción en la elección del estado de vida (can.219), y lo concreta respecto de la vida consagrada proclamando que “esta forma de vida la adoptan libremente los fieles” (can.573.2) y exigiendo para la validez de la profesión religiosa el “que se haya emitido sin violencia, miedo grave o dolo” (can.656.4^o); respecto del estado clerical, estableciendo que “es necesario que quien va a ordenarse goce de la debida libertad” (can.1026); y en cuanto al estado conyugal, prescribiendo que “es inválido el matrimonio contraído por violencia o por miedo grave” (can.1103). Y, sin embargo, esta defensa de la libertad no obsta a la adquisición, en ejercicio precisamente de la libertad, de un compromiso perpetuo (cf. can.607 para los religiosos, can.1008 para el orden sagrado y can.1056 para el matrimonio), sin perjuicio de que puedan existir vías para abandonar el estado religioso (cf. cann.686-704) o el clerical (cf. cann.290-293) o disolver el vínculo conyugal (cf. cann.1141-1150). Por el contrario, ya la Revolución Francesa concibió un sentido de la libertad incompatible con los votos perpetuos del estado religioso y el modo de vida de las órdenes y congregaciones religiosas, que suprimió por decreto de la Asamblea Nacional de 13-2-1790, refutado por el papa Pío VI en el breve *Quod aliquantum* de 10-3-1791.

Ciñéndonos al matrimonio, el Concilio Vaticano II lo llamó “íntima comunidad de vida y amor” (GS 48), un amor que “por ser eminentemente humano (...) abarca el bien de toda la persona y, por tanto, (...) las expresiones del cuerpo y del espíritu (...), lleva a los esposos a un don libre y mutuo de sí mismos, comprobado por sentimientos y actos de ternura, (...) supera, por tanto, con mucho

21. CONCILIO VATICANO II, constitución pastoral *Gaudium et spes*, n.17.

22. PONTIFICIO CONSEJO “JUSTICIA Y PAZ”, Compendio de la doctrina social de la Iglesia, n.200 (ed. BAC-Planeta, Madrid 2005, p.103).

la inclinación puramente erótica, que, por ser cultivo del egoísmo, se desvanece rápida y lamentablemente. Este amor se expresa y perfecciona singularmente con (...) los actos con los que los esposos se unen íntima y castamente entre sí” (GS 49). Y esta comunidad matrimonial “se establece sobre la alianza de los cónyuges, es decir, sobre su consentimiento personal e irrevocable” (GS 48), que “es un auténtico acto común de soberanía de un varón y de una mujer sobre sí, por el que deciden transformar la gratuidad originaria de su amor (la invitación, la tendencia, el deseo y el hecho de estar juntos) en vínculo de justicia, en deuda de amor entre sí”, de manera que “dejan de ser los únicos dueños de sí para constituirse en co-posesión y co-pertenencia” y así, “tras la alianza conyugal, ni el amor, ni el convivir sexualmente son ya un mero hecho, sino una institución o comunidad debida en justicia”²³.

Esta comunidad debida en justicia exige “la fidelidad, que consiste en la lealtad mutua de los cónyuges en el cumplimiento del contrato conyugal, de modo que lo que en virtud de este contrato, sancionado por ley divina, se le debe únicamente al otro cónyuge, no se le niegue a dicho cónyuge ni se le permita a ningún otro”²⁴. El Código de Derecho Canónico de 1917, al precisar en términos jurídicos el contenido del consentimiento al negocio conyugal, lo definió como “el acto de la voluntad por el que ambas partes dan y aceptan el derecho sobre el cuerpo (*ius in corpus*), perpetuo y exclusivo, en orden a los actos de suyo aptos para engendrar prole” (can.1081.2). De ahí que se hablase del “débito conyugal” para referirse al deber de un cónyuge (no solo de la mujer) de aceptar la pretensión del otro de ejercitar su derecho (*ius in corpus* o *ius ad copulam*), sin que su libertad sexual o su dignidad personal –en este caso malentendidas- sean un obstáculo a oponer. Advuértase que este *ius in corpus* no ha sido cuestionado por el vigente Código de 1983, por más que en su definición del consentimiento matrimonial (can.1057.2) ya no lo mencione, prefiriendo una visión más integradora: el consorcio de vida o comunidad matrimonial (*matrimonium in facto esse*) como objeto de la alianza conyugal o acto consensual (*matrimonium in fieri*).

Con todo, históricamente fue una cuestión debatida entre los canonistas la necesidad de consentimiento *ad hoc* a la primera cópula conyugal, que

23. Pedro Juan VILADRICH, “La familia «soberana»”, *L'Osservatore Romano*, ed. lengua española, 9-9-1994, p.488.

24. Pío XI, *Casti connubii* (31-12-1930) n.19 (trad. de Carlos Humberto Núñez en *Doctrina Pontificia III. Documentos sociales*, BAC, Madrid 1959, pp.628-629). Precisamente en esta encíclica (n.52) el pontífice hizo suya la definición del juriconsulto romano Modestino de matrimonio como comunicación de derecho (“*coniunctio maris et feminae, consortium omnium vitae, divini et humani iuris communicatio*”, Digesto 23,2,1).

opera la consumación del matrimonio, con los consiguientes efectos teológicos (sacramentales) y jurídicos, y entre los casos implicados se situaba el de la copulación violenta contra la voluntad de la mujer (además de otros supuestos como el de la coacción, demencia, ignorancia, dormición, embriaguez o afrodisíacos que priven del uso de razón)²⁵. Tras siglos de opiniones contrapuestas, se afirmó claramente a mediados del XX el principio de que una cópula violenta, si era natural y conyugal, consumaba el matrimonio²⁶. Pero el sentido en que la cuestión parecía ya resuelta se mostró incompatible con la doctrina del Concilio Vaticano II de que “los actos con los que los esposos se unen íntima y castamente entre sí son honestos y dignos, y, ejecutados de manera verdaderamente humana (*modo vere humano exerciti*), significan y favorecen el don recíproco” (GS 49), y para que un acto pueda considerarse humano ha de ser consciente y libre. Para poner esto de manifiesto, la Comisión para la revisión del Código decidió hacer explícito en el precepto relativo a la consumación la cláusula “*humano modo*”: “el matrimonio válido entre bautizados se llama (...) rato y consumado, si los cónyuges han realizado de modo humano el acto conyugal apto de por sí para engendrar la prole, al que el matrimonio se ordena por su misma naturaleza y mediante el cual los cónyuges se hacen una sola carne” (can.1061.1). A partir de ahí se ha podido concluir que “no consumaría el matrimonio (...) la cópula carnal realizada: 1º mediante violencia física, 2º mediante violencia moral, 3º

25. Cf. Antonio MOLINA MELIÁ, *La disolución del matrimonio inconsumado. Antecedentes históricos y Derecho vigente*, Univ. Pontificia-Biblioteca de la Caja de Ahorros, Salamanca 1987, pp.133-141. La razón de este debate debe hallarse en que: primero, hasta que Alejandro III (pontífice de 1159 a 1181) resolvió en sentido contrario (decretal *Licet praeter* en X,4,4,3), era opinión de muchos autores que el contrato matrimonial se perfeccionaba por la primera cópula, que por tanto debía ser voluntaria; segundo, desde Inocencio III (1198-1216), la cópula habida tras los esponsales presumía la existencia de un consentimiento matrimonial no verbalizado (decretal *Tuas dudum* en X,4,4,5), hasta que el Concilio de Trento (decreto *Tametsi* de 1563) impuso una forma para la validez; tercero, desde Alejandro III (decretal *Ex publico* en X,3,32,2) y hasta el Código de 1917, existió el derecho a no consumir el matrimonio durante dos meses tras la celebración, por si algún cónyuge prefería hacer profesión religiosa disolviendo así el vínculo conyugal, de manera que durante ese plazo no existía la obligación de prestar el débito; cuarto, que hasta el Código de 1983 el matrimonio inconsumado se disolvía por profesión religiosa de un cónyuge incluso sin consentimiento del otro, lo que mantuvo el Código de 1917 (can.1119) aun cuando no existiera ya bimestre de reflexión; y quinto, que desde Alejandro III y hasta la fecha (can.1142 del Código de 1983), el matrimonio inconsumado puede ser disuelto por el Romano Pontífice.

26. Declaración del Santo Oficio de 2-2-1949; sentencia de la Rota Romana de 26-3-1957 (*Monitor ecclesiasticus* 1957, pp.267 y ss.). Cf. MARCONE, “An matrimonium consummetur actione tantum hominis”, *Monitor ecclesiasticus* 1957, pp.631-650; DEL CORPO, “Actus hominis et actus humanus in consummatione matrimonii”, *Monitor ecclesiasticus* 1958, pp.303-313. Un resumen de la cuestión por Lorenzo MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ en *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, vol.II, BAC, Madrid 1963, p.445.

cum animo fornicario, 4º con odio, venganza o dolo, 5º mediante cópula dolorosa no consentida por la mujer²⁷.

Ahora bien, la fuente (GS 49) de la innovación en el comentado can.1061 no distingue entre el primer acto conyugal (cópula consumativa) y los posteriores cuando proclama su honestidad y dignidad al ser ejecutados de modo verdaderamente humano. Se podría pensar, por tanto, que los tipos copulativos que no consuman el matrimonio no forman parte del débito conyugal. Y con certeza puede sostenerse eso respecto de ciertos coitos que por no ser naturales (vgr. cópula anal) o no ser perfectos (vgr. cópula onanística) no solo no consuman el matrimonio sino que no forman parte del débito conyugal, antes bien, existe el derecho -cuando no la obligación moral- de oponerse a los mismos; la mera inducción a estas prácticas constituye un grave peligro espiritual que es causa de separación temporal²⁸; otros actos, aun no siendo moralmente reprochables, no son obligatorios, como la cópula dolorosa (vgr. inmediatamente tras una cesárea), la cual, por no entrar en el débito, requiere un consentimiento *ad casum*. En cambio, en el supuesto de una cópula natural que puede caber en el ejercicio razonable del derecho al cuerpo, el análisis de la situación que se produzca como consecuencia del rechazo de un cónyuge a prestar el débito debe ser efectuado con cautela, dado que no existe un supuesto derecho a resistencia, puesto que la pretendida autodeterminación sexual ha sido ejercida, en una concepción de la libertad que incluye la adquisición de compromisos permanentes.

Desde el punto de vista canónico, la negativa a la cópula conyugal no puede ser calificada de retractación del consentimiento porque este es irrevocable. Tal negativa podría ser causa de separación temporal si es considerada una sevicia o maltrato o si pone al otro cónyuge en peligro espiritual de incontinencia (infidelidad, masturbación), hasta el punto que -si la negativa es insistente- podría estimarse que hay provocación al adulterio, la cual es causa enervante del derecho de la comparte a la separación perpetua por tal adulterio²⁹. Pero no

27. MOLINA, o.c., p.141. Según las normas de la Congregación para los Sacramentos de 20-12-1986, “para que haya consumación del matrimonio es necesario que el acto sea humano por ambas partes, pero es suficiente que sea virtualmente voluntario, siempre que no se realice con violencia. Los demás elementos psicológicos, que hacen que el acto humano sea más fácil o más apetecible, no se tienen en consideración”. Cf. Janusz KOWAL, “Inconsumación del matrimonio” en *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol.IV, Aranzadi, Cizur Menor 2012, pp.520-525.

28. Cf. Alberto BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de Derecho matrimonial canónico*, 9ª ed., Tecnos, Madrid 1998, p.269.

29. Cf. *ibídem*, p.266. Más ampliamente en IDEM, *Las causas canónicas de separación conyugal*, Tecnos, Madrid 1961, pp.227-233.

es causa de disolución. Podría serlo, en cambio, de nulidad: si en el momento de casarse, un contrayente se reserva el derecho a decidir si copular, el matrimonio sería nulo por exclusión del *bonum prolis* (simulación parcial), si es que no por exclusión del matrimonio mismo (simulación total) al faltar la donación de la persona³⁰.

Por estas razones, no puede aceptarse en Derecho Canónico que un cónyuge que se niega a prestar el débito conyugal cuando es razonablemente solicitado esté ejerciendo un derecho de libertad sexual. Diferente es el supuesto de que se haya producido la separación temporal acordada por la autoridad competente o, en caso justificado de peligro de demora, adoptada provisionalmente por propia autoridad del cónyuge, pues al consistir precisamente esa separación en la suspensión del derecho-deber de convivencia (“lecho, techo y mesa” en terminología tradicional), no hay que prestar el débito conyugal; y, si se ha decretado la separación perpetua (por causa de adulterio), el cónyuge adúltero pierde definitivamente el *ius in corpus* (no así el cónyuge inocente, que puede ejercerlo, pero entonces se presume que perdona al adúltero y se restablece el débito mutuo).

Volviendo a las circunstancias normales (no de pretensión de una cópula inmoral o no obligatoria ni en situación de separación conyugal), hay que hacer notar que una cosa es afirmar el derecho de un cónyuge al cuerpo del otro y el correspondiente débito de este, y otra bien diferente sostener el derecho del cónyuge defraudado a obtener por la fuerza la prestación que ilícitamente se le niega. Un tal acto conyugal no se estaría ejecutando de “un modo verdaderamente humano” (en la citada terminología conciliar). La acción violenta podría fácilmente causar lesiones físicas y psíquicas incompatibles con un recto ejercicio del amor

30. Benedicto XVI, en alocución a la Rota Romana el 26-1-2013, abordó el problema del matrimonio canónico de bautizados sin fe y cómo la carencia de esta puede conducir al contrayente a dejarse llevar por una cultura que no comprende ni acepta la autodonación: “La cultura contemporánea, marcada por un acentuado subjetivismo y relativismo ético y religioso, pone a la persona y a la familia frente a urgentes desafíos. En primer lugar, ante la cuestión sobre la capacidad misma del ser humano de vincularse, y si un vínculo que dure para toda la vida es verdaderamente posible y corresponde a la naturaleza del hombre, o, más bien, no es en cambio contrario a su libertad y autorrealización. Forma parte de una mentalidad difundida, en efecto, pensar que la persona llega a ser tal permaneciendo «autónoma» y entrando en contacto con el otro solo mediante relaciones que se pueden interrumpir en cualquier momento” (<http://w2.vatican.va> consultado el 22-2-2016). En consecuencia, el motu proprio *Mitis Iudex* del Papa Francisco (en vigor desde 8-12-2015) recogió entre los casos que podrían ser considerados de nulidad manifiesta y tramitados por el proceso más breve el de “la falta de fe que puede generar la simulación del consentimiento o el error que determina la voluntad” (art.14.1 de las Normas procesales).

conyugal. Pero es más, el reciente magisterio pontificio permite cuestionar la moralidad intrínseca de dicha acción con independencia del deber de evitar los daños que se pudieran causar o incluso si se tuviera la certeza moral de que no se van a producir.

Juan Pablo II, en sus catequesis sobre la teología del cuerpo, se ocupó del alcance de la reconsideración evangélica del mandamiento de no adulterar, contra el cual advirtió Jesús que falta en su corazón quien mira a una mujer deseándola (Mt 5,27-28)³¹. El pontífice se preguntaba si sería una interpretación lógica entender que Cristo se refiere necesariamente a la mirada concupiscente a una mujer que no es la esposa, ya que “si es el marido, (...) solamente él tiene derecho exclusivo de «desear», de «mirar con concupiscencia» a la mujer que es su esposa, y jamás podrá decirse que a causa de ese acto interior merezca ser acusado del «adulterio cometido en el corazón»”, pues “en virtud del matrimonio tiene el derecho de «unirse a su mujer», de modo que «los dos serán una sola carne»”. El papa responde que tal interpretación, “con toda su objetiva corrección y precisión lógica, requiere una cierta ampliación y, sobre todo una profundización”³². Tras la misma, concluye que “Cristo somete a crítica la interpretación errónea y unilateral del adulterio que deriva de la falta de observancia de la monogamia” y “no toma en consideración solamente el estado jurídico real del hombre y de la mujer en cuestión. Cristo hace depender la valoración moral del «deseo», sobre todo de la misma dignidad personal del hombre y de la mujer; esto tiene

31. Catequesis de 1-10-1980 (JUAN PABLO II, *Hombre y mujer lo creó*, Ed. Cristiandad, Madrid 2000, pp.254-258).

32. Esta profundización –según el Papa– ha de buscarse en la “ciencia sobre el hombre” que está en la base del nuevo *ethos* que emerge de las palabras de Jesús. Es una ciencia que une la consciencia de la pecaminosidad del hombre con la perspectiva de una “redención del cuerpo”. Lo segundo será explicado en catequesis posteriores (como la de 21-7-1982 en que comenta Rom. 8,19-22). Lo primero hace referencia a anteriores catequesis sobre los capítulos iniciales del Génesis. En la de 23-7-1980 leemos: “La concupiscencia en general –y la concupiscencia del cuerpo en particular–, hiere precisamente este don sincero [el significado esponsal del cuerpo]: sustrae al hombre, se podría decir, la dignidad del don, que es expresada por su cuerpo mediante la feminidad y la masculinidad, y en cierto sentido «despersonaliza» al hombre haciéndolo objeto «para el otro». En vez de ser «junto con el otro» –sujeto en la unidad, más aún, en la sacramental «unidad del cuerpo»– el hombre se vuelve objeto para el hombre: la hembra para el varón y viceversa. (...) Queda el cuerpo como objeto de concupiscencia y por tanto «terreno de apropiación» del otro ser humano. La concupiscencia, de por sí, no es capaz de promover la unión como comunión de personas: ella sola no une, sino que se apropia. La relación del don se transforma en relación de apropiación” (*Hombre y mujer*, o.c., p.213). Es importante retomar estas reflexiones aludidas en el concepto de “ciencia sobre el hombre” para comprender cómo llega Juan Pablo II a una conclusión superadora del esquema de mera lógica jurídica sobre el derecho del hombre sobre su esposa con la que no sería posible adulterar.

su importancia, tanto cuando se trata de personas no casadas, como –y quizás incluso más- cuando son cónyuges, mujer y marido”. De esta manera, Juan Pablo II llega a formular un juicio moral sobre el “adulterio en el corazón” más severo cuando se da entre cónyuges que entre personas no casadas.

Como aplicación de esta doctrina magisterial, podríamos apreciar que cuando un cónyuge pretende ejercer su *ius in corpus* y encuentra la injustificada negativa del otro, el cuerpo –al menos en ese momento- deja de ser expresión de la comunión de personas, por lo que si el defraudado insiste hasta el punto de forzar el acceso carnal, no puede considerarse que busca un acto de amor debido en justicia, sino que también él, de una manera no menos grave, traiciona ese amor y actúa sin duda movido por una concupiscencia cosificadora, moralmente más reprobable que si no estuvieran casados. Por lo cual, la cópula violenta no solo carece de la dignidad de un acto verdaderamente humano sino que posee conyugalidad desde una óptica jurídica formal, nada desdeñable pero incompleta, pues en el profundo sentido de la teología juanpaulina del cuerpo apenas merece el título de acto conyugal³³.

Así pues, dado que la cópula violenta entre esposos es acreedora a una reprobación moral a la vez en cuanto acto sexual y en cuanto acción violenta, nos podríamos preguntar si se prevé algún reproche penal. Debemos advertir que el Derecho penal canónico intenta evitar la acumulación de penas (*ne bis in idem*) estatal y eclesial por un mismo hecho, y así el juez puede “abstenerse de imponer una pena, o imponer una pena más benigna o una penitencia (...) si ya ha sido suficientemente castigado por la autoridad civil o se prevé que lo será” (can.1344.2º). En este contexto se sitúa la inaplicación en la práctica del can.1397 que tipifica el homicidio, el rapto o retención con violencia y la mutilación o herida grave. Su antecedente, el can.2354 del Código de 1917, poseía una lista más amplia de acciones tipificadas que incluía “mutilación o herida o violencia graves”, pero además -pese a la existencia de una norma, la del can. 2223.3.2º-3º, que se expresaba en el mismo sentido que luego pasó al can.1344.2º de 1983- en la descripción del tipo delictivo estaba el haber sido legítimamente condenado (se entiende por tribunal estatal) por tales delitos, añadiéndose la pena eclesiástica prevista en el apartado primero del can.2354 para los laicos y en el segundo para

33. El Papa FRANCISCO, en su reciente exhortación apostólica *Amoris laetitia*, ha afirmado que “la violencia verbal, física y sexual que se ejerce contra las mujeres en algunos matrimonios contradice la naturaleza misma de la unión conyugal” (n.54), idea que (con el antecedente de la Encíclica *Humanae vitae* n.13 de Pablo VI de 1968) ha desarrollado extensamente en los nn. 153-156.

los clérigos³⁴. La supresión de este elemento del tipo (la previa condena estatal) en el Código de 1983 refuerza el principio *ne bis in idem* y la reducción del elenco de acciones (desapareciendo la violencia grave) obedece al criterio pragmático de la carencia de medios aptos para investigar el delito³⁵.

6. Conclusiones.

De todo lo expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones:

1º.- El Convenio de Estambul obliga a España a tipificar como delito la violencia sexual y a tomar medidas –no necesariamente legislativas- para asegurar que por esa vía se sancione penalmente a los cónyuges o parejas legalizadas, anteriores o actuales, que sean sujetos activos de tales hechos.

2º.- Sin embargo, el Convenio no obliga a la plena equiparación -en el tipo delictivo y en la pena impuesta- entre la violencia sexual ejercida por un extraño y la ejercida por uno de estos otros sujetos, ni tampoco a igualar el trato dado, dentro de este grupo, al agresor que posee un vínculo jurídico con la víctima consistente en la mutua asunción de compromisos (cónyuge actual) y a quienes no lo tienen (cónyuge anterior, pareja actual y pareja anterior).

3º.- En el estado actual de tipificación penal de los delitos contra la libertad sexual en España y de su aplicación jurisprudencial, no es necesario tomar medidas adicionales para dar cumplimiento al Convenio en lo tocante a la punibilidad de los referidos sujetos, por lo que el cambio legal que eventualmente se produjera sería consecuencia de una opción de política legislativa legítima pero no obligada por el Convenio.

4º.- El Convenio, cuyo objeto es la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, no puede tomarse como justificación para realizar una redefinición del contenido del negocio conyugal o institución matrimonial, tal como sí ha ocurrido en la jurisprudencia penal mayoritaria del Tribunal Supremo español o en algunos ámbitos americanos.

34. Cf. Tomás GARCÍA BERBERENA en *Comentarios al Código de Derecho Canónico*. Vol.IV, BAC, Madrid 1964, pp.514-516.

35. Según el *Coetus de re poenali* (subcomisión encargada de redactar el libro de Derecho penal del nuevo Código), “*talia delicta recenseri non posse in iure poenali canonico, sive quia iam damnatur et puniuntur a iure civili, sive quia in Ecclesia caret mediis pro apta inquisitione*” (*Communicationes* 9, 1977, p.318). Cf. Francisca PÉREZ-MADRID, sub can.1397 en *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, 2ª ed., Vol.IV/1, EUNSA, Pamplona 1997, pp.585-588.

5º.- En cuanto a la tradición espiritual europea de más sólida elaboración jurídica y amplia mayoría religiosa en España:

a) Sostiene que la autodeterminación sexual se ejerce al prestar el consentimiento nupcial, del cual se deriva la existencia de un débito que no es incompatible sino precisamente fruto de la libertad sexual.

b) No reconoce la violencia sexual en el matrimonio como sustentada en el ejercicio legítimo de un derecho sino que realiza de tal conducta una reprobación moral de profundo contenido teológico.

c) No se pronuncia, sino que remite a la competencia de la autoridad secular o estatal, el reproche penal que dicha conducta pueda merecer tanto cualitativamente (tipo delictivo) como cuantitativamente (gravedad de la pena).

6º.- La intelección del Convenio en clave de vaciamiento de la institución matrimonial no es en modo alguno una interpretación neutral y obligada del mismo, sino fruto de una posición que, aunque parezca ser el espíritu que “aletea sobre las aguas” (cf. Gen 1,2) del Convenio, no puede ser tomada como ideología oficial del Consejo de Europa.

7º.- Como consecuencia de todo ello, podemos responder a la pregunta contenida en el título que rotula las presentes reflexiones en el sentido de que el Convenio de Estambul no tiene por qué constituir un paso más en el avanzadísimo proceso de deconstrucción legal del matrimonio en España, y que lo será dependiendo de las opciones que tomen los poderes públicos de nuestro país, pudiendo el Convenio incluso ser compatible con una eventual reversión de dicho proceso.