

REPUBLICA DE COLOMBIA.

CORPORACION MAYOR DEL  
DESARROLLO SIMON BOLIVAR.

"EL DELITO DE VIOLENCIA  
CARNAL".

TESIS DE GRADO PARA OPTAR  
EL TITULO DE "ABOGADO"-

Barranquilla.

1.980-

U N I V E R S I D A D S I M O N B O L I V A R !

F A C U L T A D D E D E R E C H O .

D E C A N O . . . . E D U A R D O P U L G A R L E M U S .

S E C R E T A R I O . . . . C A R L O S D A N I E L L L A N O S .

P R E S I D E N T E D E T E S I S . . . . M O I S E S H . J U L I A O .

D E D I C A T O R I A.

"A mis padres por su gran ayuda y  
constantos estímulos".

"A mi hermana Elvira, quien supo  
guiarme para salir avante en  
mis estudios".

"A mi compañera, quien en todo  
momento supo comprender mi  
situación como estudiante". N. E. M. R.



I N D I C E

C A P I T U L O I

Páginas.....

G E N E R A L I D A D E S

I.- Noción Histórica .....	1.
II.-La Violencia Carnal en el Derecho Penal. ....	4
III. Aproximación al Tema .....	6

C A P I T U L O II

T I P I C I D A D

I.- Descripción legal del Delito de Violencia Carnal. ....	8
II. Sujetos de esta Infracción. ....	9
III. Clasificación del Delito de Violencia Carnal. ....	11

C A P I T U L O III

D E L B I E N J U R I D I C O

I.- La Libertad Sexual. ....	13
II. Porque se protege la Libertad Sexual. ....	15
III. Se ofende verdaderamente la Libertad Sexual. ....	16
IV.-El Honor Sexual. ....	18
V.-El Honor como Objeto Jurídico. ....	19

C A P I T U L O IV

D E L A C C E S O C A R N A L

I.- Noción del Acceso Carnal. ....	23
II./Sometimiento al Acceso Carnal. ....	24
III. Consumación del Acceso Carnal. ....	27

CAPITULO V

Págs.

DEL SONNETIMIENTO

I.- La Violencia Física. ....	29
II. Violencia Moral. ....	33
III. Relación de Causalidad entre la violencia y el Acceso. ....	36
IV.- Falta de Consentimiento. ....	38

CAPITULO VI

DE LA VIOLENCIA CARNAL

IMPROPIA NATURAL

I.- Su ubicación e incriminación. ....	42
II. Incongruencia Legislativa. ....	45
III. Elementos de esta Figura. ....	47

CAPITULO VII

DE LA VIOLENCIA CARNAL

POR INCONCIENCIA PER-

BOCADA.

I.- Su ubicación e incriminación. ....	48
II. Medios para colocar a la persona en estado de... Inconciencia. ....	50

CAPITULO VIII

VIOLENCIA CARNAL ENTRE CONYUGES. ....	54 -
---------------------------------------	------

CAPITULO IX

CONCURSO. CONSUMACION.

TENTATIVA

I.- Concurso entre Violencia Carnal y otros Delitos. ....	60
II. Tentativa del Delito de Violencia Carnal. ....	62
III. Consumación de la Violencia Carnal. ....	64

C A P I T U L O X

Págs.

D E L A S A G R A V A N T E S

I.- Agravante por Virgindad de la Víctima. ....	65
II. Agravante por Irreprochable Honestidad. ....	68
III. Agravante por Coparticipación. ....	71
IV.-Agravante por factores de Autoridad y Confianza. ....	72
V.- Agravante según el Resultado. ....	73

C A P I T U L O X I

A T E N U A N T E S Y E X I M E N T E S

I.-Atemante por Meretricio de la Víctima. ....	76
II. Exención de pena por matrimonio posterior con la.. ofendida. ....	78

RESUMEN Y CONCLUSIONES. ....	82
------------------------------	----

## I N T R O D U C C I O N

El tema escogido para la elaboración de esta monografía forma parte de un grupo de delitos que nuestro legislador los ha denominado con la rúbrica común de "Delitos contra la libertad y el Honor sexuales". Por lo tanto al tratarlo en forma aislada de los otros delitos que en una u otra forma tengan relación con el sexo, puedo dejar sin mencionar algunas particularidades, que siendo propias de alguno de los otros delitos, tengan relación con el delito que vamos a estudiar.

Pero desde el punto de vista del cual enfoco mi tema, ya que este trabajo no será un tratado sobre la materia, sino como dije al comienzo una monografía; trataré de demostrar que, en cuanto a la ubicación de los delitos "contra la libertad y el honor sexuales," el legislador colombiano no ha sido muy afortunado. Y al considerar ciertas conductas como "violencia carnal," tal como en aquellos casos en que el acceso se realice sobre un "menor de catorce años," o sobre persona a la cual el agente "haya puesto en estado de inconciencia," comete una incongruencia respecto a la ley Civil y a la misma ley penal.

Es difícil encontrar en todo el campo jurídico-penal, un tema que esté sujeto a mayor diversidad de influjos extrajurídicos que el tocante a la punición de determinadas conductas sexuales. Si se exceptúa la unanimidad que se observa sobre la necesidad de castigar la violencia carnal, los legisladores del mundo no se han puesto de acuerdo sobre la punibilidad de otros actos de carácter sexual, y sobre su dosimetría. Para regular la punibilidad de tales acciones influyen en la mente del legislador muchísimos factores: sociológicos, culturales, económicos y hasta políticos.

El exámen de los aspectos jurídicos en las relaciones sexuales tiene que ser iniciado estableciéndose su alcance y significado, para delimitar y caracterizar en forma precisa el objeto de nuestro trabajo.

La vida sexual ha de estudiarse con franqueza pero sin complaciente absoluciones, con naturalidad pero sin desplegadas vulgares. Y los delitos que la perturban tienen que describirse, investigarse y juzgarse despojándolo de la trascendencia infundida por los arcaísmos síquicos que hicieron de la reproducción una actividad de misterios. Las conductas criminosas que se desenvuelven con agresividad o con

satisfacciones fraudulentas del apetito sexual, o que son frutos de la anormalidad, fomentaron complicados estudios y particularidades jurídicas que comurmente se pervirtieron en textos pornográficos, cuando no en eufemismos opuestos a la llaneza científica.

La violencia carnal es quizás uno de los primeros delitos que se reprimieron en época pasada, y en el presente se han seguido reprimiendo por todas las legislaciones del mundo en forma indistinta, protegiéndose, en esta forma, los atentados contra la libertad sexual de la persona humana. Todos los pueblos antiguos se preocuparon por el castigo que se le debía imponer al violador, pero con el correr del tiempo, la punibilidad de esta infracción a pesar de ser una de la más importante en esta categoría, ha ido suavizándose. En época pasada el tratamiento fué distinto y se llegó a confundir el sexo con el pecado.

Este delito ha perdido la importancia y gravedad que tenía en aquella época, debido a la transformación que ha sufrido la sociedad y con ella los patrones culturales.

Se pregona que nos encontramos en una época de revolución sexual. No puede negarse que a partir de la mitad del siglo XX, en ciertos países occidentales y en determinadas clases sociales, surgió una ola de liberalidad en las costumbres sexuales.

Analizando las cosas a través de una visión histórica, debe aceptarse que también en esto las costumbres sufren extraños vaivenes: épocas de dominante puritanismo, o simplemente de circunspección, se oponen a tiempos de relajación o descaros en las costumbres sexuales. Los temas sexuales que hasta hace algún tiempo eran rehuidos por ciertos sectores estudiosos, hoy se tratan con serenidad científica. Así se han ocupado de este tema la Medicina, la Psicología, la Psiquiatría, la Sociología, etc.

Nuestro trabajo es más que todo una recopilación de datos obtenidos en la Universidad y los que he logrado recoger de las obras consultadas. Por lo tanto es un trabajo más teórico que práctico.

Es este quizás uno de los delitos que el nuevo Código Penal ha de tratar con mayor intensidad, debido a la exigencia de los cambios sociales. Por lo tanto, estando próximo a regir el nuevo estatuto, nos adelantamos a mencionar alguna de sus modificaciones que sin duda

estaban exigiendo una mejor ubicación, porque tales conductas no deben describirse como delito de "violencia carnal".

Así analizado nuestro tema, lo expongo a consideración de los estudiosos del derecho penal. Y me hago responsable de los errores que sin duda deben existir por no ser el autor un erudito en la materia, pero que con la venia de estos juristas me inscribo desde ya como un compatriota más en tan ardua tarea como es el ejercicio de nuestra profesión en esta rama del derecho.

EL AUTOR !

C A P I T U L O I

G E N E R A L I D A D E S

I. NOCION HISTORICA.

La violencia es una de las más antiguas represiones, ya que data de las primeras normas punitivas que se conocen. Particularmente en el derecho romano, que se castigó este delito con el último suplicio, lo mismo que el rapto con el cual lo confundie, .Esta modalidad se haya incluida como crimen vis, en la Lex Julia de vis pública. Los germanos la sancionaban cuando concurría con el rapto, con la célebre compositio.

Entre los hebreos, si la víctima era mujer prometida en matrimonio, la violencia se castigaba con pena de muerte; si nó estaba en tales circunstancias, la penalidad era pecuniaria, y se imponía la obligación de casarse. Los griegos que comenzaron con simples multas terminaron imponiendo la pena de muerte. Entre los egipcios se castraba al violador. Lo que más influyó en esos tiempos, en las normas penales sexuales, fué la identificación entre la religión y el sexo. Al advenimiento del cristianismo en Roma reinaba un desequilibrio sexual producto del poder y la opresión sobre casi todo el mundo conocido. Las gentes esclavas, los miembros de los pueblos sojuzgados eran verdadero objeto de goce sexual.

La calidad del poder que el vencedor sobre todo su lider tenía sobre el vencido, se demuestra recordando aquello que cantaban los soldados de Julio César, cuando entraban tiunfantes a alguna ciudad: "Romanos, esconded vuestras mujeres y vuestros hijos, que viene el divino calvo". (I).

Los ritos religiosos en Grecia tenían como principal aspecto la realización de las orgías más desenfrenadas; los dioses menores emulaban a zeus en sus desenfrenos. Tal manera de actuar de los divinos era admirada e imitada por los humanos.

Si bien es cierto, que generalmente se castigaba la violencia carnal y el adulterio, en todo reinaba un desequilibrio clasista y la absoluta sujeción de la mujer al hombre. Los poderosos eran omnipotentes en materia sexual.

En aquella época la confusión entre violencia y estupro era frecuente. La violencia era considerada como una especie de estupro. Por ejemplo, entre los romanos se hablaba del "estumprum cum musculo," sin

(I). Lisandro Martinez Z. Derecho Penal Sexual!. Bogotá. Edit. Temis.

que ello significara necesariamente la configuración de la violencia.

En la edad media se hablaba de "estupro violento", para denominar a la violencia carnal y la pena era la de muerte.

En el derecho español antiguo fué sancionada con gran rigor esta infracción. Conforme al Fuero Juzgo (Ley XIV, título V, libro III), si el "omne que fiziere por fuerza fornicio..... con mujer libre" era a su vez libre, debía recibir cien azotes y ser dado por siervo a la víctima; si era siervo, debía ser quemado en fuego". A la ofendida le era prohibido casarse con su forzador, bajo pena de pasar a ser sierva con todas sus cosas, de los herederos más propincuos" (2)

En el Código de Don Alfonso el Sabio, la diferencia de castigo se establecía en atención a la calidad de la mujer ofendida: si se trataba de viuda de buena fama o virgen o casada o religiosa, el hecho de yacer con ella "por fuerza era reprimido con la muerte y los bienes del culpables pasaban a ser de la violada, haciendose extensiva la sanción a los que le ayudaron, a sabiendas, a forzarla; mas, si la víctima era alguna "muger otra, que non fuese ninguna de estas sobredichas; quedaba sujeta a pena arbitraria, que el juez debía aplicar "catando quien es aquel que fizo la fuerza, e la mujer que forzó, e el tiempo, e el lugar en que lo fizo". También se prohibía allí casarse con su ofensor, so pena de los bienes de éste pasasen a poder del padre o madre de aquella, si no habían consentido en el matrimonio y, en el caso contrario, a la cámara del rey. Si la perjudicada era una monja, los referidos bienes se incorporaban al patrimonio de su convento.

La punibilidad establecida en muchas legislaciones, abrumó a los tribunales de denuncias verdaderas o fingidas. Ya para el siglo XVII se reaccionó contra tal abuso y en la inquieta Nápoles se estatuyó que las denunciantes permanecieran en la cárceles mientras se adelantaban los procesos. Fernando I, rey de Nápoles el doce de Febrero de 1.779, limitó la acción judicial en el estupro a cuando existiese violencia verdadera, real y efectiva. Sin embargo, durante mucho tiempo en la historia de la humanidad se ha tolerado la violencia carnal cometida por los vencedores en las guerras como una especie de derecho.

(2). Pedro Pacheco Osorio. Derecho Penal Especial. Edit. Temis. tomo II Bogotá, 1.970. pag, 284.

También entre algunas tribus indígenas que habitaron nuestros territorios, la violencia se castigó con la pena de muerte. Así, entre los Cunas, si la víctima era mujer casada, al violador se le enterraba vivo. Los Chibchas castigaban este delito con la pena de muerte para el soltero, mas, para el casado se usaban un curioso e imaginativo castigo: hacían que su esposa cohabitara con dos solteros, para someterlo a la pública afrenta. Entre los Caribes, el castigo para la violencia carnal en doncellas era de inaudita crueldad; el solo evocar que se le introducía al violador una vara por la uretra, es algo que impresiona. Entre los Incas, se hacía una discriminación clasista respecto al sujeto pasivo de la violencia carnal; si la violada era mujer noble, se le aplicaba la pena de muerte, pero si era plebeya, dicha sanción solo era aplicada en caso de reincidencia.

El Código español de 1.922, no establece una clara distinción entre la violencia y el rapto, sino que entrelaza estos delitos en forma que el propósito de cometer el primero suele ser presupuesto del último, el cual se reprime en forma agravada cuando se intenta o consuma aquel. Este sistema fué seguido por el legislador colombiano de 1.837; el código de la Nueva Granada conservó el nombre tradicional de violación, que acarrearía pena de trabajos forzados y de destierro.

El Código de los Estados Unidos de Colombia de 1.837, consideró la tentativa de violencia carnal como rapto, y así al autor del delito consumado continuaba llamándolo raptor. A la violencia carnal impropia accidental, le endilgó la peculiar denominación de coito alevoso que además incluía algunas formas de estupro. El código de 1.890, siguió los lineamientos del anterior, continuó con la inclusión del rapto; la violencia carnal impropia accidental cometida en mujer casada se tenía como estupro alevoso. Este código también empleaba el término tradicional de violación.

Con el correr de los tiempos el delito de violencia carnal ha ido perdiendo la importancia que tenía anteriormente y la severidad de la pena ha ido suavizándose.

## II. L A V I O L E N C I A C A R N A L E N E L D E R E C H O P E N A L.

La circunstancia de pertenecer la criatura humana a cualquiera de los dos sexos, tiene profunda repercusión jurídica durante toda su existencia y a veces desde antes de nacer.

La libertad sexual como todas las libertades, representa una conquista permanente y una elevación del ser humano, en especial del femenino. Así encontramos que en derecho público, el hecho de pertenecer la persona al sexo llamado débil, fué razón suficiente para negarle el derecho de elegir y ser elegida. Solo en el siglo XX, fué eliminada esta discriminación de los derechos políticos, atribuible únicamente a la diferencia de la estructura sexual. Entre nosotros solo en el año de 1.954, mediante el acto legislativo número 3, se le otorgó a la mujer el derecho al voto. También encontramos que en derecho civil, durante largo tiempo se le negó a la mujer la capacidad para celebrar determinados actos o contratos; así por ejemplo, la mujer casada requería la autorización del marido para enajenar bienes inmuebles. La diferencia fisiológica entre los sexos también tiene consecuencias en Derecho Penal.

Tradicionalmente se ha pensado que la libertad, el honor, el pudor, la honestidad, la moral o cualquier otro valor similar merecen mayor protección en la mujer que en el hombre.

Por otra parte, la ley defiende la libertad sexual de los varones, cualquiera que sea la edad o condición, de modo que si fuera válido el argumento de la inferioridad como explicación de la norma, habría que extenderlo a los individuos del sexo masculino, lo cual aparece negado por los hechos.

En el campo del derecho penal, no encontramos un tema que esté sujeto a mayor diversidad de influjos extrajurídicos, que el tocante a la punición de determinadas conductas sexuales.

Por lo general siempre se encuentran discrepancias fluctuantes de pareceres a cerca de los límites de la intervención penal en materia sexual, o sea, que los criterios relativos a lo lícito y a lo prohibido, al lo que es punible y no punible, son distintos en este ámbito, inclusive entre los pueblos y las épocas. Pero es bueno anotar, que uno de los factores extrajurídicos que mayor influjos ha te

nido siempre sobre la conducta sexual humana ha sido el religioso. Debido a que los sembradores de la fé religiosa han considerado siempre como uno de sus principales deberes, regular la conducta sexual de sus seguidores, por un lado, y por otro, que la posición de la mentalidad religiosa prevaleciente en un país, en un momento dado, influye o trata de influir en grado sumo sobre la normatividad jurídica en materia sexual. Todo esto, debido al amplio campo de la moral, ya que el hombre cristiano y occidental de nuestro siglo, formado bajo influjos religiosos, asocia instintivamente el concepto sexo, al concepto pecado.

La tipificación del acceso carnal violento figura en legislaciones de todos los países civilizados. La autodeterminación sexual como la de la persona en cualquier otro campo, se afecta por cualquiera de estos dos medios; la violencia y el fraude, esto es, la acción que domina toda resistencia y la acción encaminada a engañar.

El legislador colombiano para tal tipificación tiene en cuenta diversos factores, a saber: la manera como el agente ataca el bien jurídico tutelado, la edad y la condición moral de la víctima, en cuanto a su vida sexual se refiere. Las figuras principales del Título XII, son la violencia carnal y el estupro, tienen un presupuesto común la realización del acceso carnal, pero el medio para obtener el resultado en el delito de violación, debe ser la violencia, y para obtener ese fin en el estupro, el medio empleado es el engaño. En lo que se refiere a la violencia, no solo debe tenerse en cuenta el constreñimiento físico que doblega la voluntad de la víctima, sino también las presiones morales dirigidas a obtener el mismo fin. La ley y la doctrina uniforman los dos procederes fílicitos. Pero hay otros medios que se equiparan a los descritos cuando la conducta delictiva recae sobre incapaces de consentir. La incapacidad invalida el consentimiento. Esta falta se considera: a) respecto de los menores de edad, b) respecto de las personas de cualquier sexo y edad, que hayan sido puestas en estado de inconciencia.

El delito de violencia carnal, ha sido tratado con el más sumo interés por los defensores de la sociedad, en todas las épocas y por todas las leyes dictadas, en salvaguarda de las libertades humanas.

### III. A P R O X I M A C I O N A L T E M A .

El delito de violencia carnal, no ha tenido uniformidad en su ubicación por las legislaciones contemporaneas, y el sistema más difundido es el que ubica estos delitos "contra la libertad y el honor sexuales;" al lado de otros; tal como lo hacen entre otras, las legislaciones de Argentina, (Ley 15567, lib 2o, cap 2o, arts II9 y s, s.) España (código español, arts 429. s, s) Salvador (arts 388. s, s) y Guatemala (arts 325 y s, s, ), que los cataloga como "delitos contra la honestidad".

El código italiano involucra los delitos que tengan relación con el sexo, bajo la rúbrica común de los "delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres;" pero al hacer la división en capítulos, contempla como "delitos contra la libertad sexual;" la violencia carnal con casi todas las modalidades de nuestro estupro y las de abusos deshonestos que contempla nuestro estatuto penal, o sea los actos violentos de lujuria, y la seducción mediante promesa de matrimonio, cometida por persona casada y como "ofensa contra el pudor y el honor sexuales;" (además de nuestros "delitos contra la moral pública"), la corrupción de menores, varias figuras relativas a la investigación a la prostitución y el favorecimiento de ésta, la explotación de prostitutas y la trata de mujeres y menores.

Siguiendo en parte el sistema italiano y variando la ubicación que de este delito hace nuestro legislador, la mayoría de los países latinoamericanos tipifican este delito de manera diferente, así tenemos que: Brasil, utiliza la denominación de estupro y su objetividad jurídica es la de "Crímenes contra las buenas costumbres y Crimen contra la disponibilidad sexual;" (Cód. Penal. Decreto-Ley 1004/I.969), el núcleo del verbo utilizado es conjunción carnal. Chile, lo denomina delito de violación y lo ubica entre los delitos de "Crímenes y delitos contra el orden de las familias y de la moralidad pública. Costa Rica, Ecuador y México, dan a nuestro delito de violencia carnal la denominación común de delito de "Violación;" y lo ubican entre los delitos sexuales. Así tenemos también que las legislaciones de Venezuela y Panamá, también utilizan la denominación de delito de "Violación" y lo ubican entre los delitos "contra las buenas costumbres y el orden de las familias".

La denominación de ilícitos sexuales la utilizan muchas legislaciones porque incluyen todos los delitos que en una u otra forma tengan relación con el sexo, sin hacer discriminación de ninguna clase entre ellos.

Los códigos del mundo para designar lo que nosotros llamamos "delitos contra la libertad y el honor sexuales"; usan variadisimas expresiones. No hay pues, ni siquiera un principio de acuerdo sobre el bien jurídico protegido. Sin embargo, el término libertad figura en algunos códigos, como el peruano, el brasileño, el soviético y el italiano. Pero la palabra honor, para referirse al aspecto sexual, es menos frecuente, la emplean las legislaciones peruana y la italiana. Todas las denominaciones respecto del bien jurídico protegido, han sido criticadas por los doctrinantes de los respectivos países, con razones generalmente valederas. La denominación delitos contra la honestidad, ha sido objetada principalmente por su fuerte sabor canónico, pero el error radica en parar mientes solo en el impulso del agente y no en el daño que la acción ejercida infiere al derecho".(3) El considerar la "moralidad o las costumbres" como bien jurídico protegido, es describirlo en forma incompleta, exageradamente genérica. Al emplear algunos códigos la denominación "delitos sexuales"; consideran algunos autores, que estos son únicamente los delitos "contra la libertad y el honor sexuales"; cobijados por nuestro estatuto penal en el Título XII, libro segundo. Y tal expresión es criticada por no encajar dentro de la clasificación que la mayoría de los códigos hacen en virtud de la estructuración del bien jurídico tutelado. Pero la denominación "delitos sexuales", es de origen doctrinario o jurisprudencial, y no legal, por lo tanto resulta innegable que existen determinadas clases de delitos en los cuales, aún cuando el legislador no use para determinarlos el término sexual, mal puede negarse que en ellos exista o una finalidad o un interés o un subfondo sexual directo o indirecto. Pero ciertos delitos sexuales tienen más relación con el sexo que otros. Al respecto, nuestro legislador de 1.936 adoptó un sistema diferente a los anteriores, al proteger en títulos diferentes delitos que tienen relación con el sexo, pero, teniendo en cuenta que algunos delitos tienen mayor relación con el sexo que otros, y que un delito puede ofender distintos bienes jurídicos. Los ubicó en títulos diferentes, independientes y autónomos,

(3). Lizandro Martinez, ob, cit, pag, 101.

así por ejemplo: la "moral pública," o buenas costumbres," (Título VII). La "libertad y el honor sexuales", (Título XII), y la "familia" (Título XIV)! En cuanto a la denominación genérica del delito en estudio, no existe uniformidad, utilizan indistintamente la denominación de "violencia carnal," "conjunción carnal violenta," etc.

## C A P I T U L O II

### T I P I C I D A D

#### I.-DESCRIPCION LEGAL DEL DELITO DE VIOLENCIA CARNAL .

Esta figura jurídica se encuentra ubicada en el Título XII, libro segundo, capítulo I, artículos 316 al 318 del Código Penal.

Artículo 316: "El que someta a otra persona al acceso carnal, sin consentimiento de ésta y mediante violencia física o moral, estará sujeto a la pena de dos a ocho años de prisión".

A la misma sanción estará sujeto el que tenga acceso carnal con un menor de catorce años de edad, o con persona a la cual haya puesto o por cualquier medio en estado de inconciencia".

Esta norma describe dos figuras distintas como integrantes del delito. Por una parte, la llamada violencia carnal propia o real; esto es, el verdadero ilícito consistente en el acceso carnal mediante auténtica violencia física o moral sin consentimiento de la víctima, y por otra parte (inc. 2o), tipifica conductas que no son exactamente actos de violencia pero que, por razones especiales, el legislador las asimila a ella; es la denominada violencia carnal impropia o presunta, esta a su vez, puede ser, ficta o ficticia u ope legis, cuando es una circunstancia de la naturaleza la que sirve para calificarla, tal como la edad (menor de catorce años), y accidental cuando el acceso se realiza con persona a la cual el agente haya puesto por cualquier medio en estado de inconciencia.

Los elementos estructurales del delito de violencia carnal propia son: a) someter a una persona al acceso carnal, b) que el agente em

plee para ello la violencia física o moral, y c) que el acceso se efectúe sin el consentimiento de la víctima.

La conducta realizada por el agente está determinada por el verbo rector "someter", que significa "reducir a la obediencia," pero la escueta enunciación del verbo empleado en la norma, sin aditamento alguno, sería de por sí insuficiente para aproximarse a la descripción de una conducta objetiva. El verbo enunciado carece de contenido sexual. Se necesita una vinculación de él, que no solo le dé ese colorido, sino capacidad de nutrir ontológicamente una conducta típica. Por lo tanto este verbo lo vincula el legislador a un acceso carnal. En el caso concreto de los verbos vinculados con el acceso carnal, (someter, obtener, consumir), la frase así redondeada y complementada es sinónimo de palabras singulares que otros legisladores emplean: yacer, copular, etc. Visto así tal núcleo del tipo, a pesar de su contenido sexual, no basta por sí solo, es necesario referirlo a otras circunstancias señaladas en el mismo tipo.

## II. S U J E T O S D E E S T A I N F R A C C I O N .

Para determinar los sujetos que integran el delito de violencia carnal, no hay en derecho escrito y en la doctrina uniformidad. Por este aspecto hay dos tendencias en las legislaciones contemporáneas. Algunos códigos como el español, el alemán, el danés, el sueco, el portugués, el holandés, el chileno, el brasileño, y el de defensa social de Cuba, señalan específicamente a la mujer como sujeto pasivo del delito de violencia carnal.

Otros códigos como el argentino, el uruguayo, el italiano y el colombiano, establecen que tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos pasivos de violencia carnal. "Tal afirmación, respaldada en la ley es teóricamente inobjetable, pero en la práctica lo corriente es que el sujeto activo sea el hombre, porque si el delito de violación presupone como acción típica característica una actividad viril copulativa es lógica que solo el hombre esté en condiciones de poder practicar el acceso carnal por medios violentos. Sin su colaboración síquica y fisiológica el acceso carnal es impracticable". (4).

Pero no es imposible que la mujer pueda ser sujeto activo de violen

(4)! Antonio V. Arenas. Comentarios al Código Penal y al Proyecto de Reforma. Edit. Temis. Bogotá. I. 979. Tom. II, pag. 131.

cia carnal, ya que se puede dar el caso de que una mujer, seduzca a un niño de trece años, y lo ponga en posición de practicar el acceso. Lo que se requiere es la introducción del miembro viril del niño, en el genital de la seductora, para que se configure el acceso carnal. En nuestro caso concreto, el legislador colombiano no determina específicamente que persona puede ser sujetos de esta infracción, y utiliza para determinar el agente, la expresión "el que" (indeterminado), lo que ha dado lugar a que se discuta si la mujer puede ser sujeto activo de violación.

La violencia ejercida para lograr el acceso carnal, no puede tener lugar, sino entre el hombre y la mujer, cuando hay el propósito de realizar la cópula. Por lo tanto, la mujer también puede ser sujeto activo de violencia carnal, pero, solo cuando practica el acceso carnal con un hombre, mas, no cuando tiende a tener contacto sexual con otra mujer, pues en este caso se configuraría otro delito, tal como los "abusos deshonestos".

Esto es así, porque el delito de violencia carnal requiere para su perfeccionamiento la introducción del órgano genital de una persona en vaso de otra.

En cuanto al sujeto pasivo, este puede ser hombre o mujer, ya que la introducción del miembro viril del hombre, puede ser en genital femenino o en la apertura anal del mismo o de diferente sexo. En vista de lo anterior, y de que el código Penal dice: "El que someta a otra persona", y no dice: "El hombre que someta a una mujer", y en el inciso segundo dice: "El que tenga acceso carnal con un menor de catorce años", y no, "El hombre que tenga acceso carnal con una mujer menor de catorce años". Se debe colegir que tanto el hombre como la mujer pueden ser, indistintamente, sujetos tanto activo, como pasivo, del delito de violencia carnal.

Epuesto lo anterior, sobra advertir que el sujeto pasivo, si bien puede ser cualquier persona, hombre o mujer, debe ser persona viva. Porque el acceso carnal practicado en el cuerpo de un difunto, no constituye delito de violación, sino, un delito "contra el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos", y el hecho se denomina "necrofilia".

De otra parte, nuestro legislador no exige una cualidad especial pa-

ra el sujeto agente, por lo tanto puede ser cualquier persona (hom - bre o mujer), pero, determinadas calidades especiales, son estimadas como circunstancias agravantes de la infracción. Así por ejemplo, la circunstancia de tener el responsable cualquier carácter posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima. (art 317, num, 3o).

En cuanto a la calidad de la persona ofendida es indiferente para la esencia del hecho delictuoso, que la acción recaiga sobre persona honesta, o sobre persona disoluta, o de muy temprana edad, o anciana y encontrarse o no en pleno goce de sus facultades síquicas, para que se estructure el delito de violación. Solo que tratándose de un menor de catorce años, o de quien haya sido puesto por el agente en estado de inconciencia, no es menester el empleo de la violencia física para lograr el acceso. Pero nuestro legislador considerando a la mujer como sujeto pasivo la clasifica en tres grupos: a) mujer virgen o de irreprochable honestidad; según esta circunstancia, se agrava el delito de violencia carnal (art 317, num 1o), b) Meretriz o mujer pública. Según nuestro estatuto penal, esta simple condición moral producto de nuestro sistema de gobierno, sirve para atenuar el delito de violación (art, 321), c) mujer que no pertenece a ninguno de los dos grupos anteriores, es decir, que no es virgen ni de irreprochable honestidad, ni meretriz o mujer pública. Es la mujer que está en un grupo de moralidad intermedio. La penalidad para este grupo es normal, sin agravantes ni atenuantes.

### III.- CLASIFICACION DEL DELITO DE VIOLENCIA CARNAL.

A). EN CUANTO A LA ESTRUCTURA. El artículo 316 contiene un tipo penal BASICO o FUNDAMENTAL, porque se aplica sin sujeción a ningún otro tipo, ya que describe de manera independiente un modelo de comportamiento humano. Tiene vida propia, existencia jurídica por si solo.

COMPLETO, porque describe el precepto y la sanción.

COMPUUESTO, porque describe dos o más conductas y cada una de las cuales puede formar un tipo distinto.

AUTONOMO, porque describe un modelo de comportamiento al cual puede adecuarse la conducta del actor directa o indirectamente sin acudir al mismo estatuto penal, ni a ningún otro ordenamiento jurídico para completar su significado.

B) EN CUANTO AL SUJETO. Es: MONOSUBJETIVO, porque la conducta descrita puede ser realizable

por una sola persona. Pero esto no descarta la posibilidad de la coparticipación.

INDETERMINADO, porque no se requiere una cualidad especial por parte del sujeto activo para ejecutar la conducta. Pero, si concurre una cualidad ya sea natural o jurídica, el delito se agrava, tal como sucede en el supuesto de que este tenga cualquier carácter, cargo o posición que le dé particular autoridad sobre la víctima. (art 317 num 3o.).

C). EN CUANTO AL BIEN JURIDICO TUTELADO!. El delito de violencia carnal ampara dos bienes jurídicos,

como son la Libertad y el Honor Sexuales; por lo tanto es un delito COMPLEJO o PLURIOFENSIVO.

DE LESION, porque los bienes jurídicos protegidos sufren mengua, con la conducta realizada por el agente.

D) SEGUN EL CONTENIDO. El delito de violencia carnal según su contenido es: DE RESULTADO, porque exige expresamente

que la conducta descrita produzca un efecto o resultado. Este se da por las alteraciones en los órganos genitales del sujeto pasivo.

DE CONDUCTA INSTANTANEA, porque la realización del comportamiento se agota en un solo momento. No se requiere que el acceso carnal sea completo, basta la simple introducción.

DE ACCION, porque describe un comportamiento positivo, un hacer, que se exterioriza mediante actos sensorialmente perceptibles.

CERRADO, porque concreta las circunstancias de modo, tiempo y lugar, en que la conducta debe realizarse, y señala no solamente el resultado del comportamiento escrito, sino, la forma como debe producirse.

DARRANQUILLA

C A P I T U L O   I I I  
D E L   B I E N   J U R I D I C O

I. - L A   L I B E R T A D   S E X U A L .

No están superadas las dificultades para determinar exactamente la naturaleza del bien jurídico protegido por esta sección de los delitos contra la "libertad y el honor sexuales". Los teorizantes de todas las ramas jurídicas y los filósofos del derecho en todos los tiempos han mostrado su perplejidad frente a este problema, y eso ha influido en el ámbito legislativo, al resolver con diversa fortuna, el alcance de las acciones atentatorias de la libertad. Todo depende del desarrollo histórico y de las etapas por las cuales atraviesan los pueblos en un mundo evolutivo, ya que las libertades se conquistan con el trabajo y van apareciendo más nítidas a medida que las clases sociales superan la servidumbre de la naturaleza y el despotismo de los otros hombres.

Desde el punto de vista de la teoría del derecho, el término libertad admite una pluralidad de sentidos, pero restringiendo un poco el asunto, se observa que todavía en el lenguaje jurídico-penal dicha expresión se usa en dos acepciones muy distintas: "por una parte se indica la facultad que tiene una persona de determinarse conforme a los dictados de su propia voluntad; es decir el libre albedrío; y por la otra parte se expresa el poder que se reconoce al individuo para actuar en él, sentido que le plazca o abstenerse de hacerlo dentro del ámbito de su propio derecho".

El problema mayor radica en la conceptualización de la libertad, propicia a desfigurar esa garantía básica de la persona frente al hecho que llamamos libertad y que es el precedente inevitable de todos los demás derechos. Todo delito ataca este bien y no solo los incluidos en el título XII al violar el ejercicio de, un derecho.

Para designar cual es en sí el bien jurídico violado por la comisión de la violenci carnal, no ha habido unanimidad, sino por el contrario imprecisiones y constantes disputas. Algunos autores tal como el maestro Carrara, sostienen que el bien jurídico lesionado por la violenci carnal, es la "pudicia individual"; lo cual es inexacto, ya que el mismo autor admite que la violación puede cometerse en la persona de una meretriz o mujer pública, quien como es obvio, carece de di

cha virtud".(5).

El delito de violencia carnal, encabeza los delitos que conforman el Título XII, denominados "Delitos contra la Libertad y el Honor sexuales", de donde se colige que son dos los bienes protegidos por este Título, o sea la Libertad y el Honor.

La expresión penológica "Libertad Sexual", utilizada por nuestro legislador, tuvo su origen en Italia con el ministro Rocco, quien en el informe sobre el proyecto italiano demostró su desacuerdo con la expresión libertad carnal, acogida por la comisión parlamentaria al negar la existencia del primero de los conceptos, pero el ministro italiano consideró que: "si se dijera también delitos contra las relaciones sexuales, se sacaría el problema de donde debe estar, sin resolverlo y sin indicar el objeto jurídico de tales delitos, presuponiendo además relaciones sexuales que pueden aún no existir".(6).

El código de 1.899, rehuye el problema, puesto que no dice a cuál es la objetividad jurídica de los delitos de que se habla y se limita a indicar el "nomen juris" de cada uno de ellos.

El delito de violación se caracteriza por la violencia o por el engaño. Ahora bien, tanto aquella como esta lesionan la libertad, que consiste en la facultad que tiene todo individuo para satisfacer sus deseos erótico-sexuales. Y en verdad la existencia de tal libertad entre los bienes jurídicos de la persona no puede ser negada. Como todas las libertades la sexual representa una conquista permanente y una elevación del ser humano, en especial el femenino, sobre los viejos formalismos represores.

Si los patrones sociales y jurídicos impiden la autodeterminación sexual de la mujer, no puede decirse que tales patrones sean soporte de la libertad. Sociedades libres son las que emancipan las clases, las razas y los sexos. "Pero esta emancipación no vendrá, según la vistosa propuesta de Hebert Marcuse, como algo que ya tienen merecido los grupos actuales en los cuales los individuos no puede seguir sacrificando su tiempo, su conciencia, sus sueños, en los que debe gozar de la felicidad a costa del trabajo". No! El hombre tendrá que trabajar siempre, resolver conflictos aunque estos cambien su esencia. Tendrá que luchar mientras exista, y no porque le alcance la maldición bíblica, sino porque en su actividad incesante reside el éxito

(5). Pedro P. Osorio. ob, cit. pag, 275.

(6). Luis Carlos Pérez. "Tratado de Derecho Penal". Edit. Temis.

de los cambios que se operen en el mundo exterior, el trabajo es con sustancial con su naturaleza y es una virtud, sin trabajo no hay desarrollo social.

## II.-PORQUE SE PROTEGE LA LIBERTAD

### SEXUAL?

No existe en la doctrina fuertes corrientes que tra ten de negar la protección a la libertad a que quieran negar que las acciones sexuales obtenidas mediante fuerza o error vulneran la libertad sexual.

La libertad en general y la sexual en particular son bienes consti tucionalmente garantizados por el magisterio punitivo. Pero, nose que dan en esta esfera, sino que gozan de ambiente dinámico hasta el ext-remo que son defendidos directamente por el atacado. Las libertades son bienes jurídicos indispensables para el progreso social y perso nal. Son condiciones esenciales del mismo, y, las leyes penales ha - brán de tutelarlos como hasta ahora han tutelado las libertades sin garantías del individualismo.

Aunque la ley no menciona las libertades expresamente, en sus múlti ples manifestaciones, como don susceptible de autodefensa, no solo no queda excluida del instituto, sino que concurre principalmente a su integración. La libertad es el ambiente social de la persona. Sin la posibilidad de disfrutar de él, queda reducida poco menos que a la esclavitud. Si la norma tutela el Honor y los bienes materiales con excepcional energía está obligada mayormente a defender aquel dere cho básico, sin cuya existencia ningún otro atributo de la persona puede tener validéz en el ámbito jurídico, ni en ningún otro.

No solamente el Título XII, del Código Penal, utiliza la expresión "libertad", ya que su fundamento jurídico lo encontramos en nuestra Carta Constitucional, que en el Título I, habla extensamente del tér mino libertad, por lo tanto su base fundamental es la Constitución. Además la "libertad y el honor sexuales", son derechos personalísi- mos de cada individuo, cuya violación afecta, también es cierto, a la sociedad en la forma de daño mediato. La noticia de una violencia carnal, por ejemplo, produce alarma en todos los ciudadanos, tal como

se dá tal alarma en la comisión de un Homicidio o un Hurto, pero, no porque sientan que ha sido atacado un derecho suyo o de la comunidad sino por el temor de que esos delitos se repitan en perjuicio de sí propios, o de sus queridos, si se les deja impunes.

Los bienes jurídicos de la "libertad y el honor sexuales", atañen de manera directa al individuo titular de esos derechos, pero producen alarma social y como tal deben ser protegidos por el Estado.

Ninguno de los derechos es objeto de protección porque se menosprecien socialmente, sino por el contrario, porque merecen el interés común y la guarda contra la minoría delincuente. Por otra parte, la ley defiende también la libertad sexual de los varones, cualquiera que sea su edad y condición, de modo que si fuera válido el argumento de la inferioridad como explicación de la norma, habría que extenderlo a los individuos del sexo masculino, lo cual aparece negado por los hechos. En efecto, ha sido aceptado por la doctrina, que debe protegerse la libertad sexual, "porque ella hace parte de las más íntimas y esenciales dignidades y noblezas humanas, como son los actos de disposición por parte de otro del mismo cuerpo, de manera tal que las relaciones sexuales no son cumplidas frente al propio desentimiento". (7).

### III.- S E O F E N D E V E R D A D E R A M E N T E L A L I B E R T A D S E X U A L ?.

Como sostuvimos anteriormente, no existen sólidas corrientes que traten de negar que las relaciones sexuales obtenidas mediante fuerza o error, vulneran la libertad sexual. Pero, entre las corrientes que niegan la vulneración de tal libertad, tenemos las que sostienen que con la violencia carnal no se protege la libertad sexual, sino, su aspecto negativo, es decir, la virtud, que consiste en privarse total o parcialmente de satisfacer los apetitos sexuales. "Pero esto, no se llama libertad, sino, abstinencia sexual, la cual es un precioso don de la persona del que ha menester para su propia satisfacción ya para hacerse acreedora al respeto y estima de los demás. Esta abstinencia es derecho personalísimo del individuo y lo poseen aunque en distintos grados, desde las personas más

(7). Luis C. Pérez. ob. cit. pags 419, 420.

honestas hasta las más humildes, lo que quiere decir, que puede ser titular de tal derecho, el individuo aunque no tenga conciencia de ello, como ocurre con los de la vida y la integridad personal. Y tanto el Estado como la sociedad les interesa preservarlos, porque ese derecho contribuye a realzar la dignidad humana, a mantener la sanidad y pureza de la estirpe y a dar solidez a las buenas costumbres". (8).

Solo un malentendido y abuso de la palabra libertad, permiten creer que por ejemplo, la violencia o la amenaza, menoscaban la libertad, mientras solamente disminuyen la posibilidad de hacer o no alguna cosa, que no es para 'el la libertad, sino simplemente el uso del propio cuerpo, concepto éste que trata de diferenciar el sentido espiritual de la libertad. Según estos conceptos, la libertad sexual no es un bien jurídico objeto de tutela, porque si los fines del derecho no se identifican siempre con los de la moral, como parece incuestionable; no es admisible que entre uno y otra pueda existir tal divorcio que autorice al primero para fomentar y defender la inmoralidad. No le es dable al ordenamiento jurídico, sin traicionarse así mismo, consagrar como un derecho inviolable la facultad que tiene una persona de llevar una vida disoluta, de corromperse y protistuirse sexualmente. Entonces la libertad sexual, en cuanto puede conducir al vicio y los desenfrenos de los apetitos, no es más que una simple tolerancia de la sociedad y de la ley, y no un derecho resguardado por el magisterio penal. "La libertad de la persona no es susceptible de ser lesionada; la persona violada, vervigracia, no puede gozar de sí como gozaría al entregarse libremente, o como si no le fuese causado ese daño; pero el espíritu, y por lo tanto la persona que es esencialmente libre, no es ni podrá ser golpeado". (9).

Para otros el bien jurídico protegido por la violencia carnal, es el Pudor, y no la libertad sexual.

Pero todas esas argumentaciones se destruyen, si se recuerda el postulado fundamental de que la libertad propia tiene su límite para disponer del propio cuerpo sexualmente, no significa que se tenga derecho a disponer de los ajenos contra el extraño consentimiento. Ahora bien, no es la honestidad el bien jurídico tutelado por la ley penal, porque este delito puede cometerse en la persona de mu-

(8) Pedro Pacheco Osorio, ob. cit. pag. 279.

(9) Lisandro Martínez Z. ob. cit. par. II 2

eres honestas, o en mujeres deshonestas o meretríz.

No existe duda pues de que el bien jurídico tutelado por este delito, es la libertad sexual, es decir, el derecho que la persona humana tiene para disponer libremente de su cuerpo en lo que a las relaciones sexuales se refiere.

Pero, podría decirse que los niños impúberes no tienen noción de esa libertad, como no la tienen del pudor, pero en esos casos la violencia carnal existe no en sentido estricto, sino por equiparación. Ya que la víctima carece de disentimiento o no puede prestar su consentimiento. Lo mismo ocurre cuando a la víctima se la pone en estado de inconciencia, obteniendo de este modo el acceso carnal contra la voluntad del sujeto pasivo.

En todos los casos se irroga ofensa gravísima a la libertad sexual. En cada una de las clases de violencia carnal, está ausente o fundamentalmente viciada y no siendo voluntaria la entrega carnal, la ofensa a la libertad carnal es indisputable.-

#### IV.-E L H O N O R S E X U A L .

El honor sexual es el otro bien jurídico lesionado por el delito de violencia carnal.

En sentido general el honor se divide en : honor subjetivo y honor objetivo.

El honor subjetivo o simplemente honor, es entendido como sentimiento íntimo de estimación y respeto por la propia dignidad. Este honor es de naturaleza personal y está ligado a las concepciones éticas que cada uno tiene según su posición y responde a sus sentimientos, más o menos variables según la personalidad.

El Honor Objetivo es identificado con el concepto de honra, y consiste en la buena fama o reputación de que goza una persona ante los demás; éste es ascendiente social y predominantemente externo, se refiere a la valorización del individuo y de sus actos, hecha por los otros y puede prolongarse a través de las generaciones y los grupos, siendo por consiguiente, tan cambiante como estos.

La doctrina francesa estableció perfectamente la diferencia entre uno y otro concepto, llamando reputación a las cualidades provenientes de la honra o estimación social.

El honor subjetivo no puede ser arrebatado, porque la ofensa no quita a nadie su propio honor, cuando este existe en el sentido espiritual de la palabra. Solo el honor objetivo o externo puede ser ofendido y destruido también.

El vulgo ha llegado a confundir ambos términos y la confusión se ha generalizado tanto, que ha invadido el campo de las legislaciones. Por eso se llama tribunales de honor los que son de honra; se dice honores militares, honores fúnebres, en vez de decir honras militares y honras fúnebres. Consecuencia de esto es a su vez la falta de precisión al hablar de deshonra. Esta es, en rigor, la desconfianza en el ámbito de nuestros semejantes, por actos fílicitos o inmorales.

El honor, la honra en sentido estricto, es en el fondo una cuestión más subjetiva que objetiva, hace relación a la persona, a su educación, profesión u oficio y aún a las circunstancias peculiares de la vida social, porque la diversidad de condiciones sociales implica una diversidad de condiciones de existencia física y moral. Por esta razón el juicio general sobre el honor varía de manera indefinida, según el sexo, la edad, el lugar y el tiempo.

#### V.-EL HONOR COMO OBJETO JURIDICO.

No existe entre los doctrinantes uniformidad de conceptos respecto de la denominación del honor como bien jurídico tutelado por el delito de violencia carnal, y así tenemos las siguientes opiniones respecto a tal problema:

1o) Para muchos expositores el honor sexual no es un bien jurídico independiente y autónomo. Si por él se entiende la conciencia y buena opinión que un sujeto tiene de sus propias virtudes, relacionadas con la vida sexual (honor sexual subjetivo), y la fama que la sociedad le dispensa por sus buenas conductas en tales materias (honor sexual objetivo), no es más que una secuela de la abstinencia erótico--sexual. "Quien practica ésta, es

para sí mismo y para los demás una persona pública, sexualmente honrada y honesta. El sujeto en quien se echa de menos dicha virtud, al contrario carece de honor sexual".(9)

Sostienen estos doctrinantes que consagrar, pues, el honor sexual como bien jurídico es reflejo de una mentalidad individualista que a veces subsiste tímidamente en nuestro Código y no el resultado de una preocupación más amplia con mira a la protección por parte de la sociedad de un fenómeno que le puede ser perjudicial. El legislador colombiano no ha sido muy afortunado en la determinación del honor como bien jurídico protegido. Ningún traumatismo habría sufrido la ley se hubiera prescindido de tan hermoso pero relativo e inoportuno vocablo y en cambio si se han creado dificultades con su utilización.

2o) Existe un segundo grupo de doctrinantes que niegan el honor sexual como bien jurídico tutelado por el delito de violencia carnal, porque sostienen que el Código Penal distingue claramente cuales delitos tutelan la libertad sexual y cuales el honor, y afirman que el delito de violación tutela la libertad sexual, pero no el honor sexual.

3o) Para otros doctrinantes el honor sexual es un bien jurídico tutelado por la ley y que la violencia carnal lo protege en su doble aspecto; el honor interno, el honor como sentimiento que dirige los actos y la conducta de una noble vida humana, puede ser ofendido, pero, no puede ser arrebatado porque la ofensa no quita a nadie su propio honor; cuando este existe en el, significado espiritual de la palabra. Solo el honor objetivo o externo, puede ser ofendido y destruido también. Además los defensores de esta tesis, sostienen que los dos bienes jurídicos tutelados por el Título XII, la libertad y el honor sexuales, referidos al sexo se combinan y compenetran inseparablemente".(10)

Cuando el ultraje al honor sexual no concurre con la violencia a la libertad de determinación, actúan las previsiones de los artículos 316 y s.s. Lo cual comprueba que no debe considerarse las lesiones al honor en cualquiera de sus dos aspectos: como sentimiento y como estimación social, aisladamente de la libertad de decirse carnalmente, pues cuando eso ocurra la protección de dicho

(9). Pedro Pacheco Osorio. ob. cit. pag. 280.

bien se entiende ejercida según las descripciones de este Título. Pero la protección de los bienes jurídicos indicados no solo se ejerce en las condiciones del presente Título, sino también mediante el instituto de la legítima defensa, de modo que cualquiera puede reaccionar, inclusive dando muerte al atacante, cuando quiera que el patrimonio físico y moral de las personas se encuentre en injusto peligro. El honor sexual subjetivo equivale al pudor sexual, y el honor objetivo equivale a la honestidad.

El derecho al honor es la facultad que tiene todo ser para reclamar un tratamiento digno. Tal derecho presupone la existencia de un honor determinado, pues bien, puede ocurrir que el acreedor del derecho carezca de honor.

Pero el honor en su doble aspecto, subjetivo y objetivo, no es un bien que interese al derecho penal. El principal papel de la ley en esta materia es la protección de este derecho particular que se denomina derecho al honor, del cual son titulares todos los componentes de la sociedad por el solo hecho de existir. Una protección adecuada a este bien traerá como consecuencia lógica la protección del honor mismo. Ahora bien, el honor debe ser descrito, pues es un bien jurídico protegido normativamente, y no sería correcto abandonarlo a extrañas geminaciones conceptuales, cuando la ley los acoge, advirtiéndole que incurre en pena quien los desconoce o lesiona. Además el código no incluye la seguridad sexual como bien objeto de tutela, de manera que no puede violarse tal bien, simplemente, porque jurídicamente no existe. Cualquiera que sea el nombre con que se le designe en los códigos, es necesario precisar su dimensión, comenzando por aceptarlos como derechos a la persona, a fuerza de atributos inherentes a su dignidad. Y esto es así porque nuestra Carta Constitucional en su artículo 16 instituye la autoridad del Estado "para proteger a las personas residentes en Colombia en sus vidas, honras y bienes, como se desprende de tal norma, nuestra Constitución especifica los bienes fundamentales, conjuntamente con el de los "deberes sociales del Estado y de los particulares", a fin de robustecer la energía con que deben ser defendidos", y su inevitable existencia en el ser, y no solo en ciertas esferas humanas. Por lo tanto el honor también tiene su fundamento jurídico en elementales preceptos constitucionales.

por otra parte, debemos tener en cuenta que en ciertos ambientes rura-  
les y provinciales de los países subdesarrollados, el honor sexual de  
la mujer está identificado con el problema de la virginidad, y se tie-  
ne el himen como un tabú, considerando a una simple membrana como sím-  
bolo de virtud y quien lo ha perdido sufre en su fama.

Sin embargo, con el desarrollo social ese culto va disminuyendo y ca-  
da día es mayor entre nosotros, el número de varones que contrae ma-  
trimonio con mujeres que han tenido previa experiencia sexual con  
uno o con varios hombres. Se ha ido aboliendo ese perjuicio social de  
que la mujer perdía el honor cuando perdía el himen.-



## C A P I T U L O I V

### D E L A C C E S O C A R N A L .

#### I. - N O C I O N D E L A C C E S O C A R N A L .

Acceso carnal significa unión, penetración. Conjunción significa unión, vale decir reducir dos cosas a una sola; la unión de dos cosas acaece aún con la introducción parcial de una de ellas en la otra y por ello hay conjunción carnal aunque sea parcial la introducción del órgano genital masculino en el femenino.

Acceso, según el diccionario de la Real Academia, es acción de llegar o acercarse, entrada o paso, en dos de sus significaciones, y en otra es sinónimo de ayuntamiento, y ayuntamiento es sinónimo, es equivalente de cópula carnal, la cual se define como "juntar o unir una cosa con otra; unirse o juntarse carnalmente". Así las expresiones acceso o acceso carnal, cópula o cópula carnal, unión carnal, concubito, ayuntamiento, etc, se identifican entre sí para expresar la acción de unirse o juntarse carnalmente.

El acceso carnal es el elemento diferencial entre la violencia carnal y los abusos deshonestos, llamados en otras legislaciones atentados contra el pudor. Por tanto, si quien ejerce violencia física o moral sobre otra persona, lo hace para obtener el acceso carnal y lo obtiene, consuma una violación; pero, si lo hace para ejecutar actos eróticos-sexuales diverso del acceso carnal, no comete este delito, sino que su conducta se adecúa a la descripción que hace el legislador de los abusos deshonestos.

Para poder hablar de acceso, la primera consecuencia es la necesidad de que haya conjunción entre los actores; esto es, que se junten o compenetren formando a manera de un todo inseparable, mientras aquel subsista; cuyo fin sea proporcionar deleites carnales a los partícipes, o siquiera a uno de ellos y aunque el otro solo experimente molestia, dolor o repugnancia. Por lo tanto, el simple acercamiento o aproximación sexual no alcanza a constituir el acceso característico de esta figura. Podría eventualmente configurar abusos deshonestos o corrupción de menores, según el caso.

El órgano de acoplamiento carnal o el objeto capaz de ligar entre sí los cuerpos de dos personas y de percibir y comunicar a la vez

las sensaciones que producen el desahogo de los apetitos carnales, es el miembro viril en erección, por lo cual parece indispensable que éste penetre en el cuerpo del otro sujeto, para poder afirmar que se está en presencia de un acceso carnal. La introducción de otras partes corporales tales como, los dedos, pueden servir de vínculos de unión físicas entre los dos individuos, pero no carnal, en el sentido en que emplea esta palabra el legislador colombiano, por cuanto ellos no tienen la virtualidad de percibir las sensaciones que conducen a la satisfacción de los deseos sexuales. Los frotamientos de un clítoris hipertrofiado en los genitales de otra mujer son susceptibles de causar placeres carnales a quien los realiza, y aún a quien los recibe, pero, esto no constituye unión y por lo tanto no se conforma el acceso carnal. En consecuencia tales actos tampoco podrían configurar el delito de violencia carnal, sino que con esos elementos se tipificaría un abusos deshonestos o una corrupción.

Por otra parte, el acceso carnal configurativo del delito de violación, no es solo el que se realiza en forma regular, sino que también lo constituye la introducción del miembro viril por vaso indebido, como el ano. Según esto podemos decir que el acceso carnal es el hecho en virtud del cual el órgano de una persona, es introducido en el cuerpo de otra, por vía normal o anormal, en forma tal que haga posible el coito o un ayuntamiento anormal de él.

## II. SOMETIMIENTO AL ACCESO CARNAL.

La norma penal consagra la coacción de dos formas: como sometimiento y como violencia. Pero el empleo del verbo someter lleva insita la idea de sujeción, de dominio, de vencimiento, de obediencia; es claro que quien someta a otro debe coaccionar física o moralmente, sugiere la necesidad de que se emplee la violencia por parte del agente y la falta de consentimiento de la víctima para el ayuntamiento. Es decir, que es inconcebible este dominio sin utilizar la fuerza de los musculos o el poder de la intimidación síquica. Sin embargo, la ley exige de manera explícita la concurrencia de estos dos elementos constitutivos del delito. Lo que dá a entender según

la repetición del concepto, que es necesario perder la libertad a fin de producir el avasallamiento completo de la víctima por la a jena libídine.

Para explicar el concepto de "acceso carnal," no ha existido unanimidad sino por el contrario disputas entre los entendidos en esta materia. Existen al respecto dos grandes corrientes doctrinarias: 1a). Quienes sostienen que el acceso carnal (o unión carnal, como dicen los italianos), consiste en el simple contacto externo del genetal masculino con las partes pudendas de la mujer o de la víctima. Tales partes son la vulva y el ano; no la boca, por lo cual el impropiamente llamado coito oral, no es otra cosa que una forma de masturbación, que no puede constituir violencia carnal, sino un acto erótico-sexual diverso del acceso carnal o acto libidinoso. Es esta una noción restringida del acceso carnal. 2a) Para la mayoría de los doctrinantes, el acceso carnal requiere su perfeccionamiento la introducción del asta viril en el cuerpo de otra persona. Pero algunos consideran que tal acto solo se presenta cuando la referida introducción se efectúa por vía normal, vale decir, en los órganos gésicos de una mujer.

Y quienes consideran que el hecho se integra cuando la realización se efectúa por vaso indebido, limitando algunos este último concepto al esfínter anal, y otros haciéndolo extensivo a la boca. Esta es la teoría lata o extensa a cerca del acceso carnal y la aceptada ante el espíritu y la letra del legislador colombiano. Así el Dr Carlos Lozano y Lozano miembro de la comisión redactora del Código Penal, fué el encargado de preparar el anteproyecto de este artículo y al presentarlo ante la comisión explicó claramente lo que el legislador quería significar con "acceso carnal" y las razones, inclusive, de elegancia que existía para usar esa expresión". Para la comisión, con la voz acceso se significa, el acto que se efectúa por alguno de los efínteres, de manera que abarca algo más que la simple cópula". Por lo tanto, las expresiones que venimos analizando tienen una acepción más amplia que el vocablo coito, con el cual se indica el acceso carnal del hombre con la mujer, los únicos seres que están en capacidad de copularse normalmente. Si el legislador se abstuvo ex-profeso de emplear dicho término, para acogerse a la locución más lata que figura en el texto, es

preciso colegir que el acceso carnal de que aquí se trata, no es solo el que se realiza en forma regular, sino que también lo constituye el que se realiza contra natura, es decir, la introducción del miembro viril en el cuerpo de otra persona cualquiera que sea su sexo; siempre que ello implique unión y sea idóneo para saciar siquiera en uno de los participantes sus apetitos carnales, lo cual puede hacerse utilizando además del esfínter anal, la boca.

La mayoría de los tratadistas de medicina legal restringen la expresión acceso carnal a sus similares para referirse a la introducción del genitab masculino en el femenino; pero la tesis extensa ha tenido aceptación entre los juristas. Dentro de tal orden de ideas, en el sentido jurídico como se ha usado por nuestro legislador dicha expresión. Si se estudia la normatividad jurídica en conjunto y no aisladamente, debe concluirse que es obvio e indiscutible que nuestro legislador considera el coito anal como forma de acceso. Así lo ha sostenido nuestra Corte Suprema de Justicia; El artículo 316 del C.P., al decir acceso carnal se refiere en este título no solo a la conjunción normal de los dos sexos, sino también al coito "per anum" con hombre o con mujer". Esta idea expresada por uno de los miembros que elaboró el código, está de acuerdo con la doctrina penal positivista para la cual la materialidad del delito de violencia carnal consiste en la introducción del aparato genital masculino en el genital femenino, o en la apertura anal del mismo o de diferente sexo; vale decir, la penetración física del órgano viril en cualquiera de aquellas partes corporales. Si desde el punto de vista fisiológico es indudable que el acceso carnal puede efectuarse en una de esas cavidades, tampoco hay en el campo jurídico razón alguna para excluir el acto que mediante ellas se realiza; del concepto de violencia carnal, a fin de estructurarse con él los delitos más leves de abusos deshonestos o corrupción de menores. Porque siendo, como es, mucho más grave la violencia carnal de mujer por vaso indébido, que la practicada por vía normal, o natural, resultaría un contrasentido que la primera fuese reprimida con más benevolencia que la última.

Respecto de la determinación del coito como forma de acceso, se han planteado algunas dudas acerca de su aceptación. Para algunos, se trata de una cuestión de apreciación, pero ello ninguna solución

aporta al problema, porque en el campo jurídico muchas tesis son cuestión de apreciación.

Quienes niegan el acceso oral se basan en la redacción de nuestro código, de que "el acceso debe realizarse por alguno de los esfínteres," y la boca no es un esfínter, por lo tanto le quitan al acceso oral tal calidad. Afirman que se trata de "una simple forma de masturbación, por lo tanto, debe catalogarse como acto erótico-sexual diverso del acceso carnal". (II).

Pero desde el punto de vista de que el acceso unió, y se requiere de una satisfacción de los apetitos sexuales, siquiera en uno de los participantes, la boca es una cavidad que facilita la ejecución de tal satisfacción.

Dentro del orden de ideas expuesto, resulta claro que por no existir penetración a esfínteres, no es acceso la introducción del asta viril en una cavidad quirúrgica o en la producida por una puñalada. Los actos eróticos-sexuales diversos al acceso carnal que axiomáticamente no pueden catalogarse como acceso. Además, no se puede considerar como acceso la inseminación artificial, porque a pesar de ser un acto de consecuencias sexuales, no hay introducción del miembro viril. No puede considerarse como acceso la introducción de ciertos implementos en los esfínteres de otra persona, por ejemplo, el individuo que bajo su impotencia, coloca un consolador en la vagina de una mujer, con el fin de satisfacerla sexualmente, tal hecho puede considerarse como abusos deshonestos, pero no como acceso carnal.-

### III.- CONSUMACION DEL ACCESO CARNAL!

Respecto al momento consumativo del acceso carnal, también se ha presentado algunas discrepancias.

Algunos requieren la perfección total fisiológica del acto, para que se configure el delito de violencia carnal. Es decir, que exigen la introducción completa del miembro viril en la vagina, eyaculación y goce sexual recíproco; y ahí quienes exigen un elemento más, la desfloración del sujeto pasivo.

Otros consideran que la cópula se consuma desde que el miembro viril penetra en el orificio vulvar, es el llamado coito ves-

tibular.

La tesis más generalizada y aceptada por la doctrina y la jurisprudencia colombiana, es la de que, el delito de violencia carnal se consuma con la simple introducción del órgano genital, aunque sea en grado mínimo en el orificio vulvar. Es decir que no es necesario el coito vaginal. Basta el vestibular, siempre que en él, haya comienzo de penetración. Por lo tanto, si no hay más que colocación del miembro entre las partes que constituyen la abertura externa de la cavidad respectiva, como son la vulva, los labios y las posaderas, no hay acceso por falta de conjunción. Por su puesto que cuando ha habido introducción del asta viril, al menos parcial, en alguna de las cavidades del cuerpo de la otra persona; pues desde entonces, y solo entonces, puede decirse, que se ha producido la unión carnal.

Así tenemos que el acceso carnal para que pueda configurar el delito de violencia carnal, puede ser normal o anormal, pero requiere introducción, no importa si completa o incompleta del miembro viril, tan solo se requiere que tal miembro haya penetrado unos milímetros en la vagina o el ano del sujeto pasivo. No se exige que el acceso carnal llegue a su perfeccionamiento fisiológico, es decir que no se haya agotado. Lo que da a entender que puede haber o no eyaculación, pero esto no influye para la perfección del delito. Tampoco se requiere desfloración del sujeto pasivo, en caso de que éste sea mujer virgen, para la consumación del acceso; pero si esta se da, concurre la causal cuarta del artículo 317 del C.P, por lo cual el delito se agrava.

Ahora bien, lo que distingue el acceso carnal de los demás actos efóticos-sexuales como constitutivo de violencia en sus elementos materiales, es el propósito dirigido a la unión carnal de los cuerpos, aunque esta no se perfeccione fisiológicamente.

Así de esta forma el delito se consuma aunque no se agote.

C A P I T U L O V  
D E L C O N S E N T I M I E N T O .

I. - V I O L E N C I A F I S I C A .

Según se desprende de la lectura del artículo 316 del C.P, el sometimiento al acceso carnal puede obtenerse mediante "violencia física o moral".

Violencia en su acepción genérica significa la fuerza o el ímpetu en las acciones y referido el término a la persona humana, significa fuerza con que a uno se le obliga a hacer o soportar lo que no quiere, por medios a los cuales no puede resistir.

En nuestra normatividad como en muchas otras, la violencia se divide en física o moral.

La violencia física según la definición del Dr Antonio Vicente Arenas; "son los actos de fuerza material que, ejecutados sobre el cuerpo del ofendido, anulan, superan o vencen su resistencia; obligándolo a tener acceso carnal contra su voluntad. (12). Lo que significa, que existe violencia física sobre una persona, cuando se ejerce sobre su cuerpo la fuerza humana.

La violencia física como medio empleado para el sometimiento al acceso carnal, debe ejercerse sobre el propio sujeto pasivo, con quien se pretende tener acceso carnal y no sobre un tercero.

Cuando la violencia física se ejerce sobre una tercera persona, diferente al presunto sujeto pasivo, a fin de que éste acceda carnalmente, intimidado por el mal grave que pesa sobre aquella tercera persona (que puede ser un ser querido), no se configura violencia física propiamente dicha, sino, violencia moral o amenazas, porque el acceso se obtiene mediante engaño o amenazas, y en esas circunstancias la víctima se somete al acceso para evitar el mal, pero no por que se le haya privado de sus movimientos. Sin embargo, es admisible la violencia física empleada por una persona en beneficio de otra, para obtener el acceso carnal, es decir, que el texto legal no demanda que la fuerza sea empleada por el mismo que realice el acceso, que es lo que ocurre a menudo, por ejemplo cuando un individuo va por un camino solitario y encuentra una mujer maniatada, y abusando de esta circunstancia, la posee sin utilizar él mismo violen-

(12). Antonio V. Arenas. ob. cit. pag, 135

cia alguna, ya que desde luego no es necesario, porque se aprovecha de la empleada por otro.

La violencia empleada sobre las cosas, con el fin de obtener el acceso carnal con una persona, no constituye violencia física; por ejemplo, quien rompe las puertas de una casa donde se encuentra la mujer que lo espera para yacer con él. Pero, si por ejemplo, se intimida a la persona con la amenaza de que si no accede carnalmente, se le quemará la casa donde reside, y ésta en vista del peligro que corre y para evitarlo yace con el agresor, se configuraría violencia moral.

Si la fuerza o violencia se ejerce en el desarrollo de la actividad copulativa libremente consentida, no se configura delito de violencia carnal propiamente dicho, porque en este caso la entrega no está determinada por la conducta drástica del agente, sino que es voluntaria.

La fuerza empleada por el agente para vencer la resistencia del presunto sujeto pasivo debe ser suficiente o seria. Si tal fuerza no reviste tal carácter es obvio suponer que la supuesta víctima accedió voluntariamente a la realización del acceso y no hubo sometimiento. Fuerza suficiente es aquella por medio de la cual se vence la resistencia de una persona normal, o sea que la suficiencia debe referirse a la coerción de la voluntad. Los criminalistas prácticos decían que era suficiente que la víctima cediera un poco, para que no pudiera configurarse el delito de violación. Pero no es posible aceptar este principio en la forma rígida en que ha sido sentado, pues la fatiga muscular, el agotamiento de la víctima, debido a la resistencia intensa que ha puesto a dicho sometimiento, la hacen ceder un poco y sin embargo, existe el delito. La ley no exige actitudes heroicas, basta que se imponga un resultado no consentido y rechazado. Debe atenderse a lo común y corriente y no a lo excepcional.

La referencia a la persona normal, a su voluntad, es una regla que se fundamenta en el enfoque de las condiciones generales y no a las excepcionales, por lo tanto se admite como regla general con sus inherentes secuelas. Pero la suficiencia de la fuerza no es una institución absoluta, como la mayoría de los de la violencia física,

como elemento para el sometimiento carnal; es relativa, por lo tanto no puede descartarse como excepción el que ciertas condiciones, el estado psicológico de la víctima le haya hecho sucumbir contra su voluntad a una violencia que en otras circunstancias quizás no hubiera sido suficiente. El acto de violencia que es in suficiente para atemorizar a una mujer en las calles de su propio pueblo que le es familiar, puede ser suficiente para paralizar su voluntad en las barriadas de una gran ciudad desconocida para ella. En estos casos siendo normal la persona varían las condiciones ambientales que le refluén sobre su conducta posible.

Se requiere además, que la fuerza o violencia empleada por el agente sea idónea y continuada. La idoneidad de la violencia consiste en aquella particular intensidad que puede vencer en cada caso concreto la intensidad de la resistencia propuesta por la víctima.

La idoneidad de la violencia depende de un análisis matemático que debe hacer el juez para determinarla en cada caso concreto, ya que la idoneidad como la mayoría de las cosas de este tema es relativa por lo tanto, no se puede hablar de ella como de una institución absoluta, y depende no solo de la fuerza empleada y del influjo síquico variable según los casos, sino de la relación o el nexo entre causa y efecto; es decir, el nexo de causalidad que debe existir entre la violencia empleada y el sometimiento al acceso.

La resistencia real o posible mide la idoneidad de la violencia, y si el presunto sujeto pasivo resistió débilmente, o no lo hizo pudiendo hacerlo para salvar el honor o para evitar el apetito del agresor, no se configura este delito. La violencia presunta no constituye este elemento estructural de la violencia carnal. Pero puede ocurrir el caso de que la simulación de una violencia objetiva baste para configurar violencia física efectiva, si se indujo en error a la persona ofendida. Ya que concurren todas las condiciones de la violencia física. Porque la víctima ve ante sí el despliegue de una fuerza, y no solo la conjetura como sucede con la violencia presunta; y el delincuente emplea intencionalmente un medio destinado a neutralizar la acción de la víctima. Por ejemplo, una persona porta un arma y comienza a descargar los proyectiles que contiene esta, con el fin de someter al acceso carnal a la mujer que tie-

ne al frente.

Partiendo de la base de que la violencia física para ser tenida como elemento estructural del delito de violación, debe ser efectiva, es decir, consistir en el uso real de coercitivos destinados a impedir o vencer la resistencia de la víctima. Además debe ser seria o suficiente e idónea; por lo tanto, la violencia grata a las muchachas o "Vis grata puellis," no es configurativa de esta infracción, porque en estos casos no hay sometimiento por parte del agente, sino, que la mujer está dispuesta a entregarse carnalmente, pero aparenta no querer; ya sea para que el sujeto agente se altere más o para fingir una honestidad o para ser considerada como no fácil. En estos casos la negativa es convencional y formalista, lo mismo que la aparente resistencia; la fuerza que emplea el sujeto agente tiene las mismas características y es muchas veces mínimas. Dícese por lo tanto, que en estos casos "no hay contricción sino conquistas". Por otra parte, se exige que la violencia física sea continua o constante, pero esta continuidad no es imprescindible, porque no se requiere que la violencia efectiva se mantenga hasta el momento consumativo del acceso, basta que la fuerza sea determinante del sometimiento al acceso, aunque adolezca de interrupciones y no resulte por lo mismo más que continuada. Si la violencia se ejerce antes de comenzar el acceso y luego continúa mientras se introduce el miembro viril en el esfínter y de un momento a otro cosa tal violencia, y la mujer en ese momento siente el placer y prosigue el acto, se configura el ilícito, porque la violencia fué ejercida antes de la introducción y la víctima no prestó su consentimiento, sino, que no pudo resistir más y hubo así relación de causalidad entre la violencia y el acceso. Otra cosa es que el acceso se ejerza antes de la introducción, pero el sujeto agente siente agotamiento o cansancio, y decide alejarse del lugar, porque cree que su esfuerzo es inútil, pero el presunto sujeto pasivo ha sido alterado en su libido y cambió su actitud negativa, decide entregarse carnalmente; en este supuesto caso, no se configura el delito, aunque hubo violencia física, pero el nexo de causalidad no existió, ya que si se llega a efectuar el acceso, ha sido en forma voluntaria.

"Aceptándose la violencia física anterior o coetánea al acceso como alternativa, queda descartada la violencia subsiguiente por no

BIBLIOTECA  
BARRIO...  
estructurarse la relación de causalidad. Lo que debe permanecer al iniciarse la conjunción carnal, es el estado psicológico de atemorización, el fruto de la coacción, o sea, el nexo de causalidad existente entre la violencia y el acceso". (13).

Hay quienes ponen en duda que el acceso carnal pueda practicarse mediante violencia física muscular solamente, ya que la mujer o el hombre en su caso, por medio de movimientos de rechazo pueden hacer impracticable el ayuntamiento. Pero no debe perderse de vista que los actos de violencia pueden producir y producen en la víctima reacciones de cansancio que la obligan a rendirse, cuando ve que toda resistencia es inútil, y entonces la violencia carnal se consume, aunque en definitiva la víctima por relajación de sus fuerzas físicas, cese en la resistencia que no está en condiciones de seguir oponiéndose, sea por agotamiento o por miedo.

Si la violencia no se desata como medio dirigido a someter a la víctima al acceso carnal, sino a manera de manifestaciones sádicas para hacerlo posible o aumentar el placer mientras se realiza con persona consentidora, no se dá este elemento estructural del delito que estudiamos.

## II.- V I O L E N C I A M O R A L.

Se entiende que hay violencia moral cuando la víctima es obligada al acceso carnal mediante amenazas capaces de producir en ella una intimidación que alcance a vencer su voluntad de resistencia, pues ésta y la falta de consentimiento han de ser correlativos.

La violencia moral, al igual que la violencia física debe ser seria, efectiva, suficiente, y continuada, y emplearse como medio para someter a la víctima a la realización del acceso carnal. Pues no basta un miedo ridículo ante una amenaza insignificante. La intimidación moral, debe ser de las que recaiga sobre personas comunes ya que un miedo ridículo, la fuerza empleada por un niño de corta edad no son justificables; cualquiera que las alegare como prueba de ésta, dará a entender que solo buscaba un pretexto para disfru

(13). Lisandro Martinez. ob. cit. pag 228.

zar su debilidad o satisfacer su capricho. La violencia moral no es tampoco una institución absoluta, sino por el contrario relativa, porque la amenaza que en unas personas puede ser seria o suficiente, dada la calidad de la víctima; en otros deja de serlo por la misma razón. Lo que para un hombre de cultura puede ser ridículo, para una muchacha inexperta puede ser móvil suficiente que la induzca a realizar un acto contra su voluntad. Así por ejemplo, la amenaza de una maldición o de un maleficio puede constituir intimidación moral bastante en una persona rústica e ignara, pero no en una persona culta. Por lo tanto la amenaza hay que valorarla en cada caso para probar la eficacia que puede producir sobre la víctima.

La violencia moral se confunde con la amenaza de un mal próximo grave e inevitable, dirigido contra la víctima o contra persona ordinarily ligada a ella por vínculos afectivos, de modo que entre más estrechos sea la proximidad, más obligada se vea a evitar el peligro anunciado por el violador. De esto se deduce que la amenaza puede ser directa o indirecta. Se da la primera, cuando el daño o peligro tiene como destinatario a la propia víctima, y la segunda cuando la víctima solamente lo es de la amenaza, pero el daño o peligro se dirige a un tercero, es decir, que no es indispensable que la amenaza se dirija directamente a la persona a quien se pretende violar. La amenaza puede referirse a personas ligadas a la víctima por lazos de afectos.-

No es indispensable que la fuerza moral aniquile por completo la posibilidad de elección de la víctima. Por muy grave que sea la amenaza, siempre habrá posibilidad de escoger. Basta que la amenaza actúe en forma tan grave que la víctima se vea precisada a escoger el mal menor.

La amenaza tiene como finalidad crear un estado psicológico que influye sobre el raciocinio, sobre la capacidad de elegir y la serenidad, coartando la voluntad. El amenazado por lo común, obra bajo constrictión psicológica, temor o miedo. Por lo tanto, el miedo es un requisito de la amenaza por quitarle libertad al acto.

El daño con que se amenaza puede ser físico, moral o de cualquier otra índole.

El mal debe ser grave, esto es, que produzca un daño relativamente grave, así sea material o moral. Algunos doctrinantes sostienen que para calificar la gravedad del mal, este debe ser determinando. El daño determinado amenazado en lo material, puede ser no solo contra la integridad física, sino contra el patrimonio, por ejemplo; a la mujer que se le amenace con incendiarle su casa.

En cuanto a los daños de carácter moral, consisten generalmente en la amenaza de revelar públicamente un hecho deshonesto, criminal o un secreto; por ejemplo, si a una mujer se le hace conocer el firme propósito de denunciar un delito cometido por ella o poner al corriente a su marido de las infidelidades conyugales en que ha incurrido. En este caso la víctima para evitar un mal mayor, como sería su deshonra y la casi segura ruina de su hogar, accede carnalmente; se configura entonces este elemento estructural de la violencia carnal.

La violencia moral tiene cierta similitud con el chantaje. Su diferencia radica, en cuanto a los bienes jurídicos tutelados y a las finalidades perseguidas; ya que el chantaje es un delito contra la propiedad y su finalidad es de lucro. En cambio en la violencia carnal, el bien jurídico es diferente, y su finalidad es sexual.

El mal con que se amenaza debe ser futuro. No se estructura una amenaza cuando se hace remembranza de un mal ya pasado, salvo que exista la posibilidad futura de su repetición. Algunos afirman que ese futuro debe ser próximo, otros llegan a sostener que debe ser inmediato y se habla también de que debe ser actual o inminente". (14). Pero no es indispensable para integrar la ilicitud de la amenaza que el mal amenazado sea próximo, inmediato y muchas veces actual, aún cuando esto sea lo ordinario. Puede ocurrir que un mal futuro no se pueda evitar, porque todas las veces el mal futuro no es evitable. Ejemplo, si una mujer tiene su hijo secuestrado y se le amenaza con darle muerte en caso de que ella no acceda carnalmente con un sujeto estipulado por los secuestradores. Me parece que en este caso el mal futuro no es evitable, porque si la mujer de este ejemplo avisa a las autoridades, su hijo corre el peligro de morir, y ante esta grave amenaza se somete al acceso, un mal menor para ella y evita de esta forma el mal peor, cual es la muerte de su hijo .

(14). Antonio V. Arenas. ob. cit. pag. 138.

Parece que es mejor hablar de la inevitabilidad del mal, ya que se configura violencia moral cuando se amenaza con un mal inevitable. Esto porque el término irreparabilidad no es ajustado, lo único irreparable es la muerte; de los demás males solo se puede dar un concepto relativo de su reparabilidad; porque si se piensa que se ejecuta el acceso carnal sometido por violencia moral, con la idea de que el mal amenazado era irreparable; pero el acceso en esa forma no lo puede reparar la víctima.

La violencia moral no siempre deja manifestaciones externas; algunas veces se produce histerias, neurosis y otros fenómenos traumáticos. Su efecto inmediato es de miedo, angustia, de acción mental compresora y absorbente que priva o perturba la autonomía volitiva y reduce las posibilidades de resistir, sin que se produzca en la víctima un estado de inconciencia, pues entonces el delito tiene otra modalidad operativa; violencia presunta.

El mal amenazado no solo debe ser posible en su realización, verosímil en su cumplimiento, sino de relativa eficacia intimidatoria.

### III. RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE LA VIOLENCIA Y EL ACCESO.

Nuestro legislador al utilizar el término "mediante.....", vincula en esa forma la violencia por un lado y el acceso o cópula por otra parte. De donde se desprende que entre la violencia empleada y la entrega carnal, debe existir una relación directa de causa a efecto de modo que el consentimiento aparezca nítidamente viciado por esta causa y solo por ella; es decir, que el acceso carnal se haya obtenido como consecuencia inmediata, directa y única de la fuerza empleada como medio.

No vale para exculpar el delito que el violentado se haya unido después al violador en forma espontánea o voluntaria, ya que hubo empleo de violencia y la persona se opuso seriamente, o sea que la infracción inicial fué perfecta, aunque posteriormente se haya llegado a un entendimiento sexual. Para que la relación de causalidad aparezca es menester un presupuesto cronológico; o sea que la violencia debe ser anterior o coetánea al sometimiento al acceso carnal, pero nunca posterior.

La relación entre causa y efecto puede ser: de simple causalidad material, de simple causalidad síquica o de ambas formas de causalidad unidas. Esto se da porque la violencia física cuando existe, puede producir constrictión física únicamente o constrictión física y moral; entonces, la causalidad es material o material y síquica a la vez. En cambio cuando el medio empleado es la violencia moral, hay simple causalidad síquica. Esto se explica porque la violencia física puede tener diversos efectos sobre la voluntad del ofendido; unas veces es tan absoluta que la anula totalmente, o sea, hay constrictión física. Por ejemplo, cuando el sujeto agente golpea a su víctima hasta hacerle perder el conocimiento. En estos casos la voluntad se pierde, se anula totalmente y la relación de causalidad es simplemente material. Otras veces, aún existiendo violencia física, no se anula la voluntad totalmente. Solo se coarta, ya que el presunto sujeto pasivo puede seguir oponiéndose al sometimiento. En este caso la violencia física ha actuado parcialmente sobre la resistencia o fuerza física que ha opuesto la víctima, pero también ha causado en el ofendido un fundado temor de que los actos violentos continúen tal vez en forma creciente. En tales supuestos, coexiste tanto la fuerza física como el temor infundado, es decir, la violencia moral, por lo tanto la relación de causalidad es no solo material sino síquica. Por ejemplo, el individuo que somete a una mujer al acceso carnal, para lo cual desenfunda un filoso cuchillo y en medio de la lucha (ya que la víctima opone resistencia), la hiere en un brazo, y el occiso la amenaza con cortarle la garganta, al ver ésta que su vida corre peligro, atemorizada por el hecho, accede a la intención del sujeto agente. De aquí se deduce que cuando hay empleo de violencia física, no solo se debe analizar el aspecto de la fuerza y la resistencia sino si la voluntad fué coartada o si la víctima quedó convertida en un instrumento o en algo parecido. Cuando únicamente actúa la violencia moral, la relación de causalidad es síquica, ya que la constrictión moral es solo de índole moral. Para determinar la relación de causa a efecto, debe tenerse en cuenta si la amenaza actúa sobre la voluntad del individuo únicamente, es decir sobre el proceso síquico de su determinación.

que la mujer puede tener el himen intacto (signo de la virginidad), y ser no obstante deshonesto, sea porque realice actos eróticos diverso al acceso carnal, o porque su himen es elástico y le permite realizar toda clase de actos sexuales.

La honestidad hay que referirla a un particular concepto de la mujer en relación con el sexo y al concepto que la sociedad tenga de su conducta sexual. Por lo tanto es la sociedad que en un momento dado puede calificar la conducta sexual de una mujer como reprochable o irreprochablemente honesta.

La conducta sexual irreprochable es aquella que se realiza sin reproche social, es decir, la que se aparta de toda maldad, de todo vicio o perjuicio para el conglomerado social. Es la que sigue rumbos de bondad, amistad y no ocasiona sufrimiento a los demás.

Dícase que una mujer es irreprochablemente honesta desde el punto de vista sexual, cuando es casta, pura, tratándose o no de mujer virgen; cuando no haya tenido relaciones sexuales fuera del matrimonio. El concepto de honestidad es relativo y cambia según la persona a que se refiera, según los sexos y el nivel socio-político que ocupe dentro del conglomerado social al cual pertenece. Porque no es lo mismo referir la honestidad sexual de una campesina, a la de una jovencita de la burguesía reinante en nuestra sociedad; porque aunque la campesina nunca haya realizado el acceso carnal, al llegar a una ciudad más desarrollada, no es tenida en seno de la sociedad como honesta. Pero una hija de un gamonal perteneciente a la burguesía, que realiza el acceso a espaldas de su padre, o de su marido si es casada, es tildada de irreprochablemente honesta.

La honestidad es por lo tanto, de carácter sexual y consiste: "No solo en la abstinencia corporal de los placeres libidinosos ilícitos, sino en su correcta actitud moral y material en lo que se relaciona con lo erótico. No obstante la abstinencia de acciones físicas de lubricidad, la mujer no es honesta si revela en su conducta un estado de corrupción moral o síquica, como cuando se dedica a lucrar con el lenocinio, o cuando ingresa voluntariamente al prístibulo en espera de postor para su virginidad, o cuando se presta a exhibiciones impúdicas" (34).

La honestidad en el sentido que la emplea nuestro legislador se re -

fiere a la buena fama de que goza una mujer ante la sociedad en cuestiones sexuales. Así por ejemplo, una mujer ha perdido la virginidad como resultado de un acto no querido o que fracasó con su esposo en un momento dado, pero toda su conducta posterior y anterior a tal suceso, ha sido intachable, que la redime de la falta cometida; es lógico que debe considerarsele como mujer de irreprochable honestidad; por lo tanto, quien obtiene el acceso carnal violento sobre ella, adecúa su conducta a la abstracta descripción que el legislador hace de esta circunstancia de agravación del delito de violencia carnal. No se necesita pues que la mujer sea immaculada. Basta que en la sociedad goce de buena fama, aunque en su vida haya cometido un error por sí solo insuficiente para estimar su honestidad digno de reproche. La sociedad reputa deshonesto a la mujer que mantiene relaciones sexuales transitorias con un hombre distinto de su marido, sobre todo cuando no tiene en mira los altos fines de la aproximación sexual. Una mujer que realiza esa conducta sexual, aunque sea reservada y discreta, puede gozar de relativo aprecio social, sin que por eso se pueda decir que su honestidad es irreprochable. Por lo mismo quien la viole no debe cargar con la agravante en estudio. Sin embargo el derecho es de clase, y si tal mujer llega a pertenecer a la clase dominante y el violador es un triste y mísero campesino, sufre éste los rigores de la ley penal. Así como sostuvimos anteriormente la honestidad es relativa, y las mujeres pertenecientes a la capa social alta, son las más deshonestas; pero si son violadas por un individuo no perteneciente a esa esfera social, sucede lo que cotidianamente vemos en relación con estos hechos, el sujeto es condenado por el delito de violación agravado. Cosa diferente sucede si la mujer pertenece a la clase baja, y el violador es miembro de la burguesía dominante; en este caso no se tiene en cuenta tal causal y tal vez no llegue ni a configurarse el delito simple de violencia carnal.

### III.-A G R A V A N T E P O R C O P A R T I C I P A C I O N .

El artículo que venimos analizando, contempla como circunstancia de agravación, de que el hecho se cometa con el concurso de dos o más personas.

El código penal en sus artículos 19 y 20, consagra la figura de la coparticipación o complicidad. Por lo tanto es necesario saber si el delito de violencia carnal se agrava cuando él o los partícipes, participan en la ejecución del hecho o prestan al autor ayuda para la realización del acceso, o se dá tal agravante con la sola ayuda posterior en cumplimiento de promesas anteriores al mismo.

Como se desprende de la abstracta descripción que el legislador hace de esta circunstancia de agravación; se requiere que el concurrente tome parte en la ejecución del hecho, porque es lógico que el fundamento de agravación radica en la mayor intimidación que se dá en síquis del sujeto pasivo, con la presencia de dos o más personas que se prestan a violarla. Pero no es necesario que el acceso lo realice todos los participantes; basta que lo realice uno solo de ellos con el consentimiento de la víctima, ya que el consentimiento de ésta está anulado por la fuerza o violencia que uno de ellos con el concurso del o de los otros, han empleado para la consecución del fin propuesto. Se entiende también que la ayuda del cooperador se mantenga durante la ejecución del acceso, por lo tanto no basta "una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo". (art. 20). La ayuda debe estar encaminada a vencer la resistencia de la víctima a fin de que uno de ellos, o todos ejecuten el acceso carnal.

Por lo tanto, El o los que ejecuten el acceso carnal violento responden conforme al inciso segundo del artículo 317 del C.P. Los partícipes o concursantes responden conforme a los artículos 19 y 20 C.P, a fin de considerarlos cooperadores necesarios o cómplices según la clase de actos que hayan realizado. La ley se refiere a cualquier clase de unión, es decir, el acceso normal o anormal, sea que se realice entre personas de distintos sexos, o se configure actos homosexuales. La agravación se dá pues por acción material o moralmente encaminada a vencer la voluntad y la resistencia de la víctima.

El fundamento en sí de esta agravante radica en la mayor facilidad con que puede cometerse el delito cuando concurren por lo menos dos

personas a someter a la víctima al acceso carnal contra su voluntad empleando además medios violentos que vencen totalmente su oposición.-

#### IV.-AGRAVANTE POR FACTORES DE AUTORIDAD Y CONFIANZA.

Esta es la cuarta causal de agravación contemplada por el artículo 317 en su numeral 3o. Y procede cuando "el responsable tuviere cualquier caracter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza". Es claro que cuando el sujeto activo de violencia carnal influye de manera especial sobre el sujeto pasivo, ya sea por la autoridad que ejerza sobre él, ora por la confianza que este le merezca, radica la mayor facilidad para la comisión de esta infracción; de donde resulta necesario compensar el debilitamiento de la resistencia que pueda ofrecer la víctima con el mayor rigor de la represión penal. El caracter que reviste el agente, es aquella condición especial que se deriva de las relaciones naturales entre las personas es decir, que impone a la víctima relaciones de obediencia o consultas; como ser aquel padre de ésta, hermano mayor, maestro, patrono, sacerdote, etc Pero si el responsable tiene la calidad de descendiente o ascendiente aún ilegítimo, de afin en línea directa o de hermano o hermana del sujeto pasivo, no opera la agravante, porque el hecho de tener acceso carnal con él constituye delito de incesto, previsto y sancionado en forma autónoma por una norma específica como lo es el artículo 357; en tal supuesto habría concurso formal de violencia carnal y de Incesto. "En esta hipótesis la sanción es la que corresponde a la violencia carnal simple aumentada hasta en una tercera parte" (art 31. C.P), en atención al delito de incesto. Pero si se llegare a deducir la agravante que estamos estudiando, entonces el enjuiciamiento y la condena solo puede referirse a una violencia carnal agravada y no a dos delitos en concurso formal, porque se violaría si se tuviese dos veces en cuenta la misma circunstancia del parentesco, el principio non bis in idem" (35). Por lo tanto la particular autoridad sobre la víctima debe referirse a personas distintas de las enume -

radas en el artículo 357 del C.P.

La posición, es decir la gerarquía del agente respecto del sujeto pasivo y en virtud de la cual éste mira en aquel a un director o guía digno de acatamiento y respeto. El cargo es la dignidad el empleo u oficio merced al cual el sujeto activo mantiene bajo su autoridad o subordinación al ofendido, como en el caso del sacerdote que prevaleciendo de su condición, comete este delito. La condición de sacerdote debe haber sido utilizada por el actor, para que pueda ser aplicada la agravante. Lo cual significa que es indispensable también que "haya logrado el consentimiento de la víctima prevaleciéndose de su ministerio que le otorga un influjo indudable". (36).

Algunas legislaciones consideran como violencia moral presunta el abuso de estas condiciones de superioridad. Pero el estatuto colombiano solo los toma en cuenta como agravantes de la acción descrita en el artículo 316, siguiendo las previsiones del artículo 1513 del C.C, según el cual: "el mero temor reverencial no basta para viciar el consentimiento; y también que la fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta a ella, su consorte o alguno de sus descendientes o ascendientes a un mal irreparable y grave.

#### V.-AGRAVANTE SEGUN EL RESULTADO.

Esta modalidad que completa la figura compleja de violencia carnal propia, la describe el artículo 318 del C.P, en los siguientes términos: "Si los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaren la muerte o grave daño en su salud, la pena será de tres a doce años de presidio".

Generalmente de la ejecución del delito de violencia carnal sobreviene una serie de secuelas constitutivas de lesiones personales leves, que tienen su origen en el empleo del medio específico para la obtención del fin propuesto por el agente, pero estas lesiones son absorbidas por el delito mismo, es decir, que son consecuencias del sometimiento al acceso carnal. Pero cuando dichas secuelas, como las

escoriaciones, esquimosis, los ligeros trastornos del sistema nervioso; adquieren mayor entidad, ya sea porque el estado síquico-físico de la persona sea deficiente, o porque el miembro viril sea desproporcionado en relación con la cavidad donde es introducido, o en virtud de haberse complicado con procesos infecciosos. En estos casos puede presentarse una lesión grave o como consecuencia se dé el deceso de la víctima, entonces se configura violencia carnal agravada por el resultado, consistente como lo hemos dicho, en un grave daño en la salud del sujeto pasivo o en su muerte.

La norma establece como condición para que se estructure esta figura delictiva, "que los actos ejecutados sobre la víctima, es decir, los constitutivos de violencia carnal; no hayan sido queridos por el violador en forma intencional, no fuese parte de los designios del agente causar la muerte o el grave daño en la salud del sujeto pasivo; sino que el resultado ha excedido la voluntad del culpable, dando así lugar a que se configure la circunstancia de agravación que estudiamos, es pues un resultado preterintencional, por cuanto el resultado va más allá del resultado único del agente, o sea, el de emplear los medios necesarios para someter al presunto sujeto pasivo al acceso carnal. Debe existir pues un nexo de causalidad directo e inconfundible entre las consecuencias y la violencia empleada. Pero si el agente procedió con la intención de lesionar o de causar la muerte, es decir, que el agente quiso el resultado, asumió el riesgo de producir la consecuencia más grave, no se estructura la agravante en estudio, sino que estaríamos en presencia de un concurso material de violencia carnal simple y de homicidio o lesiones personales, cuyo tanto de pena ha de fijarse teniendo en cuenta la gravedad del resultado querido o previsto por el culpable, conforme a lo dispuesto por los artículos 33 y 36 C.P." (37)

"En el caso concreto de la muerte no puede decirse que ella cuando se busca intencionalmente sea medio idóneo para obtener el acceso, pues paradójicamente está impidiendo la obtención de la propia finalidad. Solo un sádico refinado puede querer matar a alguien para conseguir fin libidinoso. Y en tal supuesto no estaríamos ante violencia carnal, sino ante profanación de cadáveres". (38).

Puede suceder que los actos violentos ocasionen la muerte de la víctima antes que el agente logre el anhelado acceso carnal y en

vista del resultado letal se abstenga de ejecutar su propósito. Esta hipótesis en nuestro código es tentativa de violencia carnal en una de sus formas agravadas. También puede suceder que el victimario después de muerta la víctima como resultado de la violencia, efectúe el acceso carnal en el cadáver. En este caso habría concurso de homicidio y profanación de cadáveres o delito imposible de violencia carnal". (39). Discrepa de esta posición el Dr. Luis C. Pérez, quien sostiene que: "No puede decirse que esta norma consagra una violación preterintencional, en que el propósito queda rebasado por consecuencias no queridas, como serían el homicidio o el daño en la salud, pues se trata de acciones distintas en su origen, que por eso mismo adquieren cada una su fisonomía específica. Tan cierto es esto, que si imaginariamente se borra la violación, queda el resultado culposos con toda su fuerza incriminatoria y habría que atribuir al agente el homicidio o las lesiones causadas por él". (40).

El grave daño en la salud no es un concepto muy bien interpretado por nuestro legislador, ya que según muchos doctrinantes, este concepto es una copia del antiguo Código Penal de 1.890. Porque aquel código no usaba el sistema de la incapacidad para trabajar, que consigna el actual, sino que dividía las lesiones personales en graves, leves y levísimas. Como el acceso violento siempre ocasiona en la víctima lesiones leves, pero estas hacen parte del delito mismo, y por lo tanto solo se tienen en cuenta para calificar la agravación, cuando el daño en la salud haya sido grave. El grave daño en la salud no es un concepto que se asimila exactamente al de lesiones personales graves o gravísimas no definidas de modo expreso en nuestro código, sino una situación de hecho, que debe ser apreciada por el juez con el auxilio de los peritos médicos. Siendo el concepto de lesión grave o leve eminentemente médico legal, son los médicos legistas o sea los peritos en esta disciplina los únicos llamados a clasificarla como tal, independientemente del libre arbitrio judicial o de las variables normas sobre competencia. La contaminación venerea es siempre un mal grave, pero es difícil determinar la gravedad del mal.

Esta modalidad de agravación no será contemplada por el nuevo Código Penal, tan solo quedará formando parte de las agravantes el contagio venereo. Pero no la muerte de la víctima.

## C A P I T U L O X I

### A T E N U A N T E S Y E X I M I E N T E S

#### I. A T E N U A N T E P O R M E R E T R I C I O D E L A V I C T I M A .-

Siendo la libertad el bien jurídico protegido penalmente por el delito de violencia, es admisible que esta infracción se puede cometer también en mujeres públicas llamadas meretrices o prostitutas. Si la mujer es virgen o irreprochablemente honesta el delito se agrava, pero si es pública o meretriz, el hecho causa menor alarma social y por lo tanto se atenúa la pena para el sujeto agente.

Esta figura la contempla el código penal como disposición común tanto para el delito de violencia carnal como para el de estupro; en el artículo 321. "Las penas señaladas en los capítulos anteriores será disminuida hasta en la mitad si la víctima de los delitos allí previstos, fuere meretriz o mujer pública. En este caso no se podrá proceder sino a virtud de petición o querrela de parte".

Para los efectos jurídicos el vocablo meretriz no es tan simple como lo es en el lenguaje corriente; para algunos meretriz o mujer pública es aquella que mantiene relaciones sexuales con múltiples hombres a cambio de dinero; otros buscan esta condición de ciertas mujeres en su venalidad, aunque no se dé la múltitud de hombres; existe quienes exigen la venalidad y el acceso con varios hombres y la respectiva inscripción o patente como prostituta; para otros, la condición o calidad de ser la mujer meretriz o ramera la determina el juicio o concepto que la sociedad tenga de su comportamiento sexual. Por lo tanto la sociedad es la que en un momento dado puede calificar a una mujer en prostituta o meretriz según la conducta sexual que mantenga esta dentro del conglomerado social. Pero debemos tener en cuenta que la prostitución tiene su origen en factores económico biológicos o endocrinológicos, por lo tanto la mayoría de las veces, sino todas, es el propio sistema imperante en una sociedad el encargado de someter a una mujer a tal oficio; si así puede llamarse a este medio de subsistencia para muchas mujeres de la clase baja, que no encuentra otro lugar de trabajo, debido al desempleo reinante. La atenuación de la pena está pues fundada en la prostitución de la

víctima, es decir en el concepto negativo o en la notoriedad de ser conocida como mujer pública.

Quienes justifican esta atenuante se fundamentan en que: "Lo único que se puede quebrantar en la meretriz es su derecho a la abstinencia sexual, en cuanto le permite privarse parcialmente de satisfacer sus apetitos carnales, pues ya no tiene honestidad alguna, ni la media ni mucho menos la irreprochable. En virtud de ello, el daño inmediato que se causa en tal supuesto es menor que el ocasionado por la infracción que vulnera también la honestidad siquiera media del ofendido"(41).

No comparto el planteamiento anterior pues el bien jurídico tutelado es la libertad sexual que se encuentra involucrada en la libertad individual. Es cierto que la mujer pública no tiene ni siquiera el honor medio, pero que decir de la libertad sexual, valga el concepto de la meretriz. Tampoco es la honestidad el bien tutelado, la calidad de ser la mujer honesta la erigió nuestro legislador en modalidad de agravación del delito de violencia carnal simple.-

Entonces porque se le va a negar a una prostituta el derecho a su libertad individual y por consiguiente a la de disponer dentro de ciertos límites de sus inclinaciones carnales y su negativa a yacer con un determinado hombre. Acaso no cuenta su voluntad de elegir al hombre para hacer lo que desee en relación con el sexo?. Y si el problema de la prostitución es esencialmente social y económico y siendo Colombia uno de los países reglamentarista de la misma no se ve el fundamento para que se configure esta atenuante por una condición de la víctima; condición ésta, de la que no es culpable la persona en si sino la subdivisión de la sociedad en clases antagónicas producto del sistema gendarme que impera. Choca esta reglamentación contra todo principio de igualdad jurídica el que haya bienes defendidos drásticamente y bienes sin tutela adecuada solo por la condición de sus depositarios.

Exige además la norma en estudio que: "En este caso no se podrá proceder sino a virtud de petición o querrela de parte". Esta exigencia según opinión del Dr. Antonio V. Arenas, "se justifica plenamente en atención al menor grado de las fuerzas físicas y moral, objetivamente consideradas, o sea el menor daño sufrido por la víctima y la socie -

dad".(42).No es cierto que para someter a una prostituta al acceso carnal,el empleo de la fuerza sea menor,cuando siendo como debe serlo una persona normal físicamente no oponga una resistencia seria y suficiente en caso de que no concienta el acto.Además el Dr.Arenas da a entender que es la meretriz la que en un momento dado debe medir el daño,ya que como ésta ha perdido la fama o reputación ante la sociedad,no existe otra prueba para deducir la veracidad del hecho,sino el dicho de la ofendida.Pero resulta que en la mayoría de los casos y por evitar perjuicios sociales,los parientes de la víctima no interponen la respectiva denuncia cuando aquella no puede o no quiere hacerlo tampoco;quedando impune así conductas delictivas,debido al imperio clasista del derecho;tal como ocurre cuando a consecuencia de los actos ejecutados sobre la meretriz,sobrevenga el deceso.(art 518).

## II.-EXENCION DE PENA POR MATRIMONIO

### CON LA OFENDIDA .-

Esta causal específica de exención de pena la consagra nuestro estatuto penal en forma común tanto para el delito de Estupro,como para el de violencia carnal,en el artículo 322:"El responsable de los delitos de que trataan los dos capítulos anteriores,quedará exento de pena si contrajere matrimonio con la mujer ofendida".

Es sabido que estos delitos producen un daño privado y un daño social.El primero lo sufre la víctima;y el segundo la sociedad por la alarma entre las gentes honradas y el mal ejemplo entre las personas inclinadas al delito.Ambos daños quedan suficientemente reparados y neutralizados con el matrimonio posterior,es decir,es un indulto que se le dá al agente en relación con el hecho realizado sobre la víctima.

Tratándose de la Violencia Carnal,el problema no ofrece dificultad alguna,pues la realización del hecho se violentó la voluntad del sujeto pasivo,y el matrimonio viene a ser una especie de perdón que la víctima dá a su victimario.La dificultad se presenta en cuanto al delito de Estupro,especialmente en la promesa de matrimonio;en la

Corrupción de Menores y en el Rapto consentido.

Si el que promete matrimonio está dispuesto a cumplir su palabra, no ha engañado y por lo tanto es jurídica la afirmación de que la promesa de matrimonio no incumplida por parte del sujeto agente, lo exime de la pena.

Ahora bien; "El que tenga acceso carnal con una mujer mayor de catorce años y menor de diez y seis con su consentimiento, delito de Corrupción de Menores contemplado en el artículo 326, queda o no exento de pena, contrayendo matrimonio con la ofendida?. Si nos atenemos al texto legal del artículo 322, es claro que no, ya que lo que dispone esta norma, no cobija la Corrupción de Menores. Así se ha interpretado por algunos comentaristas del Derecho Penal. Pero, para nuestro concepto si quedaría exento de pena el agente de un delito de Corrupción que contraiga matrimonio con la ofendida; porque el matrimonio es por si mismo suficiente para detener a la víctima en el camino de la corrupción. Además debe tenerse en cuenta que el acceso carnal con menor de diez y seis años, es punible, según algunos autores para preservarlas por este medio de la prostitución a que pudiera ser llevadas a causa de su inexperiencia, y el matrimonio evita el peligro que en realidad es el que se sanciona según dichos autores. Es que la ley debe interpretarse en beneficio de la sociedad a quien le interesa el resarcimiento del daño y no puede atenderse únicamente a los caprichos de quien persiste en continuar por los caminos de la perdición.

Para que la norma cumpla los fines de la justicia ha de interpretarse en el sentido de que los Abusos Deshonestos y la Corrupción de Menores son susceptibles de impunidad en virtud del matrimonio posterior del responsable con la ofendida, para así llenar un vacío dejado por nuestro legislador. Parece que con el nuevo código penal se hace extensiva la exención de la acción penal a estos delitos.

En nuestro caso concreto del delito de violencia carnal, la condición puesta por la norma para eximir de pena al responsable es clara; "Si contrajere matrimonio con la mujer ofendida". No es suficiente que el agente prometa casarse y manifieste estar dispuesto a ello con la víctima para que pueda eximirse la pena. Es indispensable eso si que el matrimonio se celebre. Porque puede suceder que la víctima

se niegue a aceptar la propuesta matrimonial de quien la sometió al acceso que ella no consentía, o que el matrimonio no pueda celebrarse por ser la ofendida mujer casada o impúber. Nuestra ley no hace exigencia alguna en cuanto a la validez del matrimonio posterior. Por consiguiente, basta la presentación de la prueba de haberse contraído el vínculo matrimonial para que la excusa sea operante, sin ser permitido al juez penal analizar posibles nulidades que afecten el contrato respectivo, para llegar a la conclusión contraria.

Cualquiera que sea la causa por la cual no se llegue a aceptar la propuesta matrimonial, es improcedente decretar la exención de pena. La pena en estudio consagra la exención de pena en forma exclusiva en favor del hombre que contraiga matrimonio con la mujer ofendida; y no la hace extensiva a la mujer como sujeto agente del delito de violencia carnal. Lo cual como lo explicamos anteriormente es posible, ya que la violencia carnal puede cometerla una mujer (sujeto activo), sobre un hombre (sujeto pasivo). Parece que la norma parte de la regla general ya que lo común y corriente es que este delito lo cometa un hombre; pero, no es imposible el sometimiento por parte de una mujer, por lo tanto a esta norma es preciso interpretarla en el sentido de que la impunidad favorece siempre al responsable, cualquiera que sea su sexo.

Otro vacío que se nota en la descripción que el legislador hace de la norma en estudio; es la omisión de los copartícipes o coautores del delito de violencia carnal, ya que no se autoriza el indulto para los que toman parte en la ejecución del hecho, en el supuesto de que el delito se cometa con el concurso de dos o más personas (art. 317, num. 2o).

Para abordar este árido problema que se desprende de la descripción del artículo 322, muchos autores sostienen que tal comportamiento debe ser transcrito en forma amplia y mencionarse expresamente quienes gozan de este perdón, si el autor principal o si por el contrario, con el matrimonio posterior de uno de los autores, los demás también quedan eximidos de pena.

Ha sido doctrina generalizada en nuestro Derecho Penal que la exención de pena por medio de matrimonio posterior no tiene carácter personal sino real y ampara por igual al autor y a los copartícipes.

Esta norma responde a una concepción del legislador, de carácter general, que tiende a evitar la trascendencia y el escándalo en esta clase de delitos y que una vez subsanado el mal dentro de lo humanamente posible, con el casamiento, ningún interés conlleva la prosecución de la acción contra los demás imputados con idéntico escándalo. Si se favorece al autor principal con la exención de pena por el hecho de casarse con la ofendida, tal medida ha de cobijar también a quienes de una u otra forma facilitaron la consumación del acceso o sea a aquellos que menos se aprovecharon del acto sexual. Ahora bien, si actuaron varios autores en concurso recíproco en la comisión del delito de violencia carnal es lógico que todos se encuentren en pie de igualdad criminal y no sería equitativo eximir de pena solo al que pudo casarse y no a quienes se vieron impedidos para hacerlo por el hecho de estar prohibida la poligamia.

Nosotros sostenemos que la acción debe ser paralizada para todos. Las figuras delictivas describen conductas que deben ser exteriorizadas mediante actos. De la extensión de esos actos depende el grado. De tal manera, no es posible admitir que un hecho externo que está fuera de la figura delictiva y que es independiente de la voluntad y la acción del imputado, tal como la elección de marido por parte de la ofendida, pueda colocar a los procesados en distinta situación. No existiendo entre nosotros norma legal que resuelva el problema, es la jurisprudencia la que debe dirimirlo cuando se presente. Pero tal controversia a cerca de la interpretación de esta norma, será resuelta con gran fortuna por el nuevo código penal ya que en el capítulo pertinente a la extinción de la acción penal, describe expresamente quienes gozan del indulto y lo hacen extensivo a los autores y a los partícipes.





## B I B L I O G R A F I A

- 1.- EL DELITO SEXUAL EN LA LEGISLACION COLOMBIANA.  
Por. Antonio Arcila Gonzales.
- 2.- "DERCHO PENAL SEXUAL!"  
Por. Lisandro Martinez Z.
- 3.- "DERECHO PENAL ESPECIAL". Tomo II.  
Por. Pedro Pacheco Osorio.
- 4.- "COMENTARIOS AL CODIGO PENAL Y AL PROYECTO DE REFORMAZ"  
Por. Antonio Vicente Arenas.
- 5.- "TRATADO DE DERECHO PENAL" Tomo IV.  
Luis Carlos Pérez.
- 6.- "DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA".  
Revista del INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES de la UNIVERSIDAD  
EXTERNADO DE COLOMBIA.
- 7.- "EL ORIGEN DE LA FAMILIA LA PROPIEDAD PRIVADA Y EL ESTADO"  
Federico Engels. Obras Escogidas Tomo II.