

T
364.153
R.696

PASTA

EL DELITO DE LA VIOLENCIA CARNAL

GLADYS DEL CARMEN RODRIGUEZ GAITAN

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA, NOVIEMBRE DE 1.986

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
4034425
No. INVENTARIO 298
PRECIO
FECHA 25 FEB. 2008
GANJE DONACION

877
Dr
#0983

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
CARACAS

Barranquilla, Noviembre 6 de 1.986

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
ATTE: Dr. CARLOS LLANOS
Decano Facultad de Derecho
E. S. D.

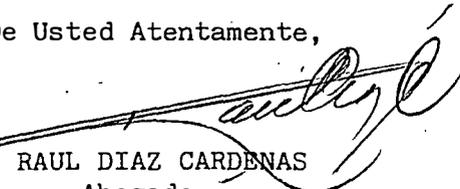
Estimado Doctor:

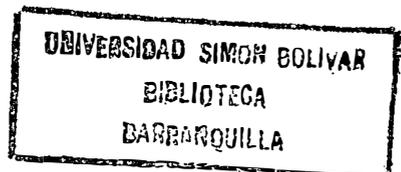
En cumplimiento a la labor que me ha encomendado presidiendo la elaboración del Proyecto de la Monografía preparada por la egresada de ésta Facultad Señorita GLADYS DEL CARMEN RODRIGUEZ GAITAN, trabajo titulado " LA VIOLENCIA CARNAL ".

Al respecto me permito manifestarle que la egresada desarrolla el trabajo analizando la violencia carnal desde el aspecto histórico ya que desde la edad media se habla del Estupro violento, haciendo un enfoque de la violencia carnal en el Derecho penal ya que es un delito que no ha tenido uniformidad en su ubicación por las legislaciones contemporánea y el sistema más difundido es el que ubica estos delitos como una conducta que atenta contra la Libertad y el Honor sexual. Hace una descripción Legal del delito, los sujetos y su clasificación afirma que el delito de violencia carnal no admite tentativa, Termina su exposición refiriéndose a la consumación del delito de violencia carnal culminando con los agravantes y atenuantes de este.

El proyecto cumple con los requisitos exigidos por la Universidad para optar el Título en Derecho, por lo tanto cuenta con mi aprobación.

De Usted Atentamente,


RAUL DIAZ CARDENAS
Abogado



EL DELITO DE LA VIOLENCIA CARNAL

GLADYS DEL CARMEN RODRIGUEZ GAITAN

Trabajo de grado presentado
como requisito parcial para
optar el título de Abogada.

Director: Dr. RAUL DIAZ
CARDENAS

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA, NOVIEMBRE DE 1.986

NOTA DE ACEPTACION

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Noviembre de 1.986

C U E R P O D I R E C T I V O

DIRECTOR : JOSE CONSUEGRA

SECRETARIO GNAL : RAFAEL BOLAÑOS

DECANO : CARLOS LLANOS

SECRETARIA ACDMICA: BLANCA FRANCO DE CASTRO

DIRECTOR C. JURIDICO: ANTONIO SPIRKO C.

A G R A D E C I M I E N T O

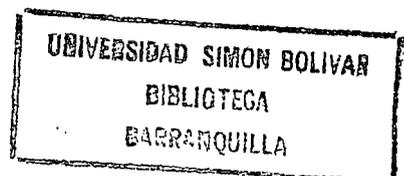
A mis Profesores : Expreso sinceramente mi eterna gratitud por haberme trasmitido sus sabios conocimientos a través de estos años y con base en ellos pude lograr mi meta fijada.

DEDICATORIA

Le dedico mi Carrera a mis Hermanos quienes me apoyaron moralmente en mi deseo de superarme.

A mi amiga Dorcas A. de Rodriguez quien comprendiò mi calidad de estudiante y me ayudò en mis labores, para poder realizar mis estudio.

A mi Esposo Sr. Manuel Orlando Quiñonez R. quien con su empeño e insistencia logro que yo culminara mi carrera.



T A B L A D E C O N T E N I D O

C A P I T U L O I

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

	Página
I. 1. NOCIO HISTORICA	21
I. 2. LA VIOLENCIA CARNAL EN EL DERECHO PENAL	26

C A P I T U L O II

T I P I C I D A D

II. 1. DESCRIPCION LEGAL DEL DELITO DE VIOLENCIA CARNAL	30
II. 2. SUJETOS DE ESTA INFRACCION	33
II. 3. CLASIFICACION DEL DELITO DE VIOLENCIA CARNAL ...	35

C A P I T U L O III

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

III. 1. LA LIBERTAD SEXUAL	38
III. 2. PORQUE SE PROTEGE LA LIBERTAD SEXUAL	41
III. 3. EL HONOR SEXUAL	43
III. 4. EL HONOR OBJETO JURIDICO	45

CAPITULO IV
DEL ACCESO CARNAL

		Página
IV .	1. NOCION DEL ACCESO CARNAL	50
IV.	2. SOMETIMIENTO AL ACCESO CARNAL	51
IV.	3. CONSUMACION DEL ACCESO CARNAL	57

CAPITULO V
DEL SOMETIMIENTO

V.	1. VIOLENCIA FISICA	60
V.	2. VIOLENCIA MORAL	66
V.	3. RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE LA VIONECIA Y EL ACCESO	71
V.	4. FALTA DE CONSENTIMIENTO	74

CAPITULO VI
DE LA VIOLENCIA CARNAL
IMPROPIA NATURAL

VI.	1. SU UBICACION E INCRIMINACION	79
VI.	2. INCONGRUENCIA LEGISLATIVA	83
VI.	3. ELEMENTOS DE ESTA FIGURA	88

CAPITULO VII
DE LA VIOLENCIA CARNAL
POR INCONCIENCIA PROVO
CADA

	Página
VII. 1. SU UBICACION E INCRIMINACION	89
VII. 2. MEDIOS PARA COLOCAR A LA PERSONA EN ESTADO DE INCONCIENCIA	92

CAPITULO VIII

VIII. 1. VIOLENCIA CARNAL ENTRE CONYUGES	99
--	----

CAPITULO IX
CONCURSO CONSUMACION
TENTATIVA

IX. 1. CONCURSO ENTRE VIOLENCIA CARNAL Y OTROS DELITOS	109
IX. 2. TENTATIVA DEL DELITO DE VIOLENCIA CARNAL ..	112
IX. 3. CONSUMACION DE LA VIOLENCIA CARNAL	115

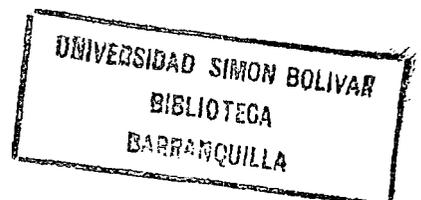
CAPITULO X
DE LAS AGRAVANTES

X.	1.	AGRAVANTES POR VIRGINIDAD DE LA VICTIMA	117
X.	2.	AGRAVANTES POR IRRESPROCHABLE HONESTIDAD	122
X.	3.	AGRAVANTE POR COPARTICIPACION	125
X.	4.	AGRAVANTES POR FACTORES DE AUTORIDAD Y CONFIANZA	127
X.	5.	AGRAVANTES SEGUN EL RESULTADO	130

CAPITULO XI

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

XI.	1.	ATENUANTES POR MERETRICES DE LA VICTIMA	134
XI.	2.	EXENCION DE PENA POR MATRIMONIO POSTERIOR CON LA OFENDIDA	137
		RESUMEN Y CONCLUSIONES	143



1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. 1. EL PROBLEMA

El Delito de violencia Carnal

1. 2. DESCRIPCION DEL PROBLEMA

En este analisis estudiamos 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 sexual. Para determinar los sujetos que integran el delito de violencia carnal no hay un derecho escrito y en la doctrina uniformidad, algunos Códigos señalan específicamente a la mujer como sujeto pasivo del delito de violencia carnal, otros Códigos como el nuestro establecen que tanto el hombre como la mujer pueden ser sujeto pasivo del delito de violencia carnal.

La violencia ejercida para lograr el acceso carnal, no puede tener lugar, sino entre el hombre y la mujer, cuando el proposito de realizarlo podemos afirmar que el sujeto pasivo si bien puede ser cualquier persona hombre o mujer, debe ser persona viva, por que el acceso carnal practicado en el cuerpo de un difunto no constituye delito de violencia, sino un delito contra el sentimiento religioso y el respeto a los difunto.

En cuanto a la calidad de la persona ofendida es indiferente por la exencia del hecho delictuoso, que la acción recaiga sobre persona honesta o sobre persona disolucta de muy temprana

edad o anciana y encontrarse o no en pleno goce de sus facultades físicas, para que se estructure el delito de violación.

Solo tratandose de un menor de catorce años o de quien ha-ya sido puesto por el agente en estado de inconciente, no es menester el empleo de la violencia física para lograr el acceso.

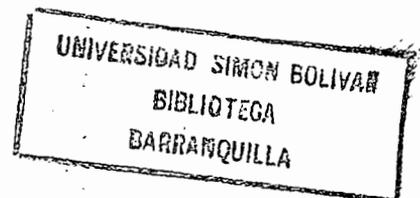
El delito de violencia carnal ampara dos bien jurídicos como son la Libertad y el honor sexual por lo tanto es un delito complejo.

El delito de violencia Carnal según su contenido es de resultado, porque exige representante que la conducta descripta produzca un efecto o resultado, esto se dá por las alteraciones en los horganos genitales del sujeto pasivo.

No esta superada las dificultades para determinar exactamente la naturaleza del bien jurídico protegido por esta exención de los delitos contra la libertad y el honor sexual.

El problema mayor radica en la conceptualización de la libertad propia o desfigura esa garantía basica de la persona frente al hecho que llamamos libertad y que es el precedente inevitable de todo los demás derechos.

Algunos autores sostienen que el bien jurídico leccionado por la violencia carnal, es la pudicia individual lo cual es insecto ya que el mismo autor admite que la violación puede cometerse en la persona de una mujer pública quien como es obvio, carece de cicha virtud



El delito de violación se caracteriza por la violencia o por el engaño, ahora bien tanto aquella como esta lesiona la libertad que consiste en la facultad que tiene todo individuo para satisfacer sus deseos eróticos sexuales. Y en verdad la existencia de tal libertad entre los bienes jurídicos de la persona no puede ser negada.

La Libertad en general y la sexual en particular son bienes constituciones garantizados por el magistado punitivo.

La libertad y el honor sexual son derechos personalísimos de cada individuo cuya violación afecta también a la Sociedad en la forma de daño mediato.

La libertad y Honor sexual, atañen de manera directa al individuo titular de esos derechos pero producen alarma social y como tal debe ser protegido por el Estado.

No existe sólidas corrientes que traten de negar que las relaciones sexuales obtenidas mediante fuerza o error vulnera la libertad sexual.

El Honor sexual es un bien jurídico tutelado por la Ley y que la violencia carnal o protege en su doble aspecto.

El Derecho al honor es la facultada que tiene todo ser para reclamar un tratamiento digno. Tal derecho presupone la existencia de un honor determinado.

2. DISEÑO DE ESTUDIO

2. 1. JUSTIFICACION

La noción histórica de la violencia es una de las más antiguas represiones, ya que data de las primeras normas primitivas que se conocen.

En la edad media se habla de estupro violento para determinar a la violencia carnal y la pena era la muerte.

La punibilidad establecida en muchas legislaciones, abrumó a los tribunales de denuncias verdaderas o fingidas.

También entre algunas tribus indígenas que habitaron nuestro territorio, la violencia se castigó con la pena de muerte.

La circunstancia de pertenecer la criatura humana a cualquiera de los dos sexos, tiene profunda repercusión jurídica durante toda su existencia y habeces 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 especial pertenecer la persona al sexo llamado débil fue razón suficiente para negarle el derecho de elegir y ser elegido.

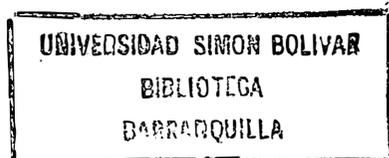
Tradicionalmente se ha pensado que la libertad, el honor, el pudor, la honestidad, la moral o cualquier otro valor similar merece, mayor proyección a la mujer que al hombre.

En el campo del derecho penal, no encontramos un tema que esté sujeta, a mayor diversidad de influjo extrajurídico, que el tocante a la Jurisdicción de determinadas conductas sexuales.

Por lo general siempre se encuentra discrepancia fluctuante acerca de los límites de la intervención penal en materia sexual.

La tipicidad del acceso carnal violento figura en legislaciones de todos los países civilizados.

La autodeterminación sexual como de la persona en cualquier otro campo. se afecta por cualquiera de estas dos medidas, la violencia y el fraude, esto es la acción que determina toda resistencia y la acción encaminada a engañar.



2. 2. OBJETIVO

2. 2. 1 OBJETIVO GENERAL.

La violencia carnal es cuando una persona somete a otra, sin consentimiento de ésta y mediante violencia física o moral, estará sujeto a la pena de dos a ocho años de prisión, la misma sanción será aplicable al 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.

La libertad sexual no es un bien jurídico objeto de tutela, por que si los fines del derecho no se identifican siempre con los de la moral.

Por otra parte estas argumentaciones se destruyen, si se recuerda el postulado fundamental de que la libertad propia tiene su limite para disponer del propio cuerpo sexualmente, no significa que se tenga derecho a disponer de los agenos contra el estroña consentimiento.

2. 2. 2. OBJETIVO ESPECIFICO .

El acceso carnal es el elemento diferencial entre la violencia carnal y los abusos desohnesto llamados en otra legislaciones atententado contra el pudor. Por parte, si quien ejerce violencia física o moral sobre otra persona, lo hace para obtener el acceso carnal y lo obtiene consumo una violación; pero si lo hace para egecutar actos eróticos-sexual les diverso del

acceso carnal, no comete este delito, sino que su conducta sea-
decúa a la descripción que hace el legislador de los abusos deso-
nesto.

3. DISEÑO METODOLOGICO

He seguido el sistema de incontestec, propuesto a la Universidad
por el ICFES, para esta de anteproyectos.

INTRODUCCION

El tema escogido para la elaboración de esta monografía forma parte de un grupo de delito que nuestro legislador los ha de nominado con la rúbrica comun de " Delito 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 tenga relación con el sexo, puedo dejar sin mencionar algunas particularidades, que siendo propias de alguna de otros delitos, tenga 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", 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 a la misma Ley Penal.

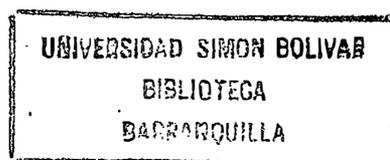
Es difícil encontrar en todo el campo Jurídico- penal, un tema que esté sujeto a mayor diversidad de influjo extrajurídicos que el tocante a la punición de determinadas conductas sexuales. Si se exceptúa la unanimidad que se observa sobre la

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 muchísimo factores: Sociológico, 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. 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 comunmente 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 épocas pasadas, 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 de 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 descargas en las costumbres sexuales.

Los temas sexuales que hasta hace algún tiempo eran rehuidos por ciertos sectores estudiosos, hoy se tratan con seriedad científica.

Así se han ocupado de este tema la medicina, la Psicología, la

Siquiatría, 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 teóricos que práctico.

Es estequizas 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 proximo a regir el nuevo estatuto, nos adelantamos a mencionar alguna de sus modificaciones que sin duda estaba exigiendo una mejor ubicación, por que 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 una compatriota más en tan ardua tarea como es el ejercicio de nuestra profesión en esta rama del derecho.

C A P I T U L O I

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

I. N O C I O N H I S T O R I C A .

La violencia es una de las más antiguas represiones, ya que data de las primeras normas punitivas que se conocen. Particularmente en el derecho Roma, que se castigó este delito con el último suplicio, lo mismo que el rapto con el cual lo confundía. Esta modalidad se haya incluida como crimen vis, la Ley 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 pecunaria y se imponía la obligación de casarse. Los Griegos que comenzaron con simples multas terminaron imponiendo la pena de muerte, Entre los Egipcios se castigaba al violador. Lo que más influyó en esos tiempos, en las normas penales sexuales, fué la identificación entre la religión y el sexo.

El 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 siervos de los pueblos sojuzgados eran verdadero objeto de goce sexual.

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

Los ritos religiosos en Grecia tenía como principal aspecto la realización de las orgías más desenfrenos. Tal manera de actuar de los divinos era admirada a 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 onnipotentes 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 " estrun prun cua musculo", sin 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 a Fuero Juzgo (Ley XIV, titulo V, libro III), si el " Onne que fiziere por fuerza fornicio..... con mujer libre" era a su vez libre, debía recibir cienazotes

y ser dado por siervo a la víctima; si era siervo, debía ser quemado en fuego ". A la ofendida la 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 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 virgen o casada o religiosa, el hecho de yacer con ella " por fuerza era reprimido con la muerte y los bienes del culpable 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" mujer otra que nos fuese ninguna de estas sobre dichas", 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 allá casarse con su ofendida, so pena de los bienes de éste pasen 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

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

estatuyó que la denunciante permanecieron en la cárcel mientras se adelantaban los procesos. Fernando I , Rey de Nápoles el doce de febrero de 1.977, 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.

También entre algunas tribus indígenas que habitaron nuestros territorios, la violencia se castiga con la pena de muerte. Así, entre los cunas, si la víctima era mujer casada, al violador se le enterraba vivo. Lo chibchas castigaban este delito con la pena de muerte para el soltero, mas, para el casado se usaban un curioso e imaginativo castigo : hacian que su esposa cohabitara con dos solteros, para someterlo a la pública ofrenda. Entre los Caribe, el castigo para la violencia carnal en doncella 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 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 primer suele ser presu-
puesto del último, el cual se reprime en forma agravada cuan-
do se intenta o consume 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 acarreaaba pe-
na de trabajo forzados y de destierro.

El Código de los Estados Unidos de Colombia de 1.837, conside-
ró la tentativa de violencia carnal como rapto, y así el autor
del delito consumado continuaba llamándolo rapto. A la violen-
cia carnal impropia accidental, le endilgó la peculiar denomi-
nación de coito alevoso que además incluía algunas formas de
estupro.

El Código de 1.890, siguió los lineamientos del anterior, con-
tinúo con la inclusión del rapto; la violencia carnal impropia
accidental cometida en mujer casada se tenía como estupro ale-
voso. Este Códigotambién empleaba el término tradicional de vio-
lación.

Con el correr de los tiempos el delito de violencia carnal ha
ido perdiendo la importancia que tenía anteriormente y la se-
veridad de la pena ha ido suavizandose.

II . LA VIOLENCIA CARNAL EN EL DERECHO PENAL

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 razon 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 tienen 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 válida 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 influjo 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 influjo ha tenido 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 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 influjo religiosos, asocian instintivamente el concepto sexual, 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 en caminata 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 XIII , 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 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 constriñimiento físico que doblega la voluntad de la víctima, sino también las presiones morales dirigidas a obtener el mismo fin. La Ley y la doctrina uniforma los dos procedimientos ilícitos. 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.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

do de inconciencia.

Los elementos estructurales del delito de violencia carnal propio son: a) someter a una persona al acceso carnal, b) que el Agente emplea para ello la violencia física o moral, y c) que el acceso se efectúa sin el consentimiento de la víctima.

La conducta realizada por el agente está determinada por el evento rector " someter" , que significa " reducir a la obediencia ", pero la escueta enunciación del verbo empleado en la norma, sin aditamento alguno, sería de por si 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 al legislador a un acceso carnal. En el caso concreto de los verbos vinculador con el acceso carnal, (Someter, obtener, consumir), la frase así redondeada y complementada es sinónimo de palabras singulares que otras legisladores emplean : yacer, copular, etc. Visto así tal núcleo del tipo, a pesar de su contenido sexual, no basta por si solo, es necesario referirlo a otra circunstancias señaladas en el mismo tipo.

II. SUJETOS DE ESTA INFRACCION

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 pasivo 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 características una actividad viril copulativa es lógica que solo el hombre esté en condiciones de poder practicar el acceso carnal por medio violentos. Sin su colaboración siquímica y fisiológica el acceso carnal es impracticable ". (4).

Pero no es imposible que la mujer pueda ser sujeto activo de violencia carnal, ya que se puede dar el caso de que una mujer, induzca 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, es 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

(3). Antonio V. Arena. Comentarios al Código Penal. Edit. Temis Bogotá. 1.979. Tomo, II pag. 131.

y utiliza para determinar el agente, la expresión " el Indeterminado ", lo que ha dado lugar a que se discuta si la mujer pueda 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 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 ot .

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 somete a otra persona ", y no dice " el Hombre que someta a una mujer ", y 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 indistintamente, sujeto tanto activo, como pasivo, del delito de violencia carnal.

Expuesto lo anterior, sobre 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 y el hecho se denomina " necrofilia".

De otra parte, nuestro legislador no exige una cualidad especial, para el sujeto agente, por lo tanto puede ser cualquier persona (hombre o mujer), pero, determinadas calidades, son estimadas como circunstancia de agravantes de la infracción. Asi por ejemplo la circunstancia de tener el responsable cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o la impulse a depositar en él su confianza . Art. 306 Num 2o.)

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 no en pleno goce de sus facultades síquicas, para que se estructure el delito de violencia. 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; 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. 32), c) mujer que no pertenece a ninguno de los dos grupos anteriores, es decir, que no es virgen ni 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 Básico o Fundamental, porque se aplica sin sujeción a ningún otro tipo, ya que describe de manera independiente un modelo de comportamiento humano. Tiene propia existencia Jurídica por sí solo.

COMPLETO, porque describe el precepto y la sanción.

COMPUESTO, 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 éste tenga cualquier carácter, o cargo o posición que le dé particular autoridad sobre la víctima (Art. 306 Num 2o).

c.) EN CUANTO AL BIEN JURIDICO TUTELADO. El delito de violencia carnal ampara dos bienes jurídicos como son la Libertad y el Pudor sexuales; por lo tanto es un delito COMPLEJO O PLURIOGENSIVO. 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 dá 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 lu

gar, en que la conducta debe realizarse, y señala no solamente el resultado del comportamiento escrito, sino la forma como debe producirse.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARBARQUILLA

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. LA LIBERTAD SEXUAL.

No están separadas las dificultades para determinar exactamente la naturaleza del bien jurídico protegido por nuestra sección de los delitos contra la " Libertad y el honor sexuales". Los teóricos de todas las ramas jurídicas y los filósofos del derecho en todos los tiempos han mostrado en perplejidad frente a este problema, y eso ha influido en el ámbito legislativo, al resolver con diversa fortuna, el aleance 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 el sentido

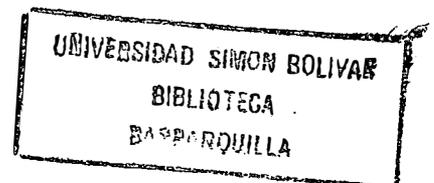
que le plazca o abstenerse de hacerlo dentro del ámbito de su propio derecho ".

El problema mayor radica en la conceptualización de la libertad, propicia a desfigurar era 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 si el bien jurídico violado por la comisión de la violencia 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 violencia 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 dicha 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, presupuniendo además relaciones sexuales que pueden aún no existir" (6). El Código de 1.899, rehuye el problema, puesto que no dice cual 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 eróticos-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, es 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 libre 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

(4) . Pedro P. Osorio. Ob. Cit. Pag. 275.

(5) . Luis Carlos Pérez " tratado de derecho Penal.Edit. Temis. Tomo IV. Pag. 420. 40

ya tiene merecido los grupos actuales en los cuales los individuos no puede seguir sacrificando su tiempo, su conciencia, sus sueños, en los que deben gozar de la felicidad a costa del trabajo" No. El hombre tendrá que trabajar siempre, resolver conflictos aunque estos cambien su exencia.

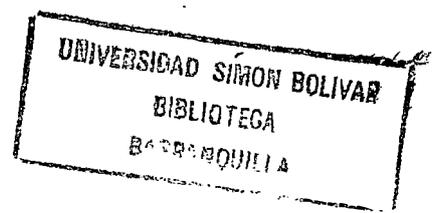
Tendrá que luchar mientras exista, y no porque le alcance la maldición bíblica, sino porque en su actividad incesante reside el éxito de los cambios que se operen en el mundo exterior, el trabajo es consustancial con su naturaleza y es una virtud, sin trabajo no hay desarrollo social .

II . PORQUE SE PROTEGE LA LIBERTAD SEXUAL.

No existe en la doctrina fuertes corrientes que traten de negar la protección a la libertad o que quieren 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 constitucionalmente garantizados por el magisterio punitivo. Pero, no se quedan en esta esfera, sino que gozan de ámbito himánico hasta el extremo que son defendible directamente por el atacado. Las libertades son bien jurídico indispensables para el progreso social y personal. Son condiciones esenciales del mismo, y las Leyes penales hubrán de tutelarlos como hasta han tutelado las libertades sin garantía del individualismo.

Aunque la Ley no menciona las libertades expresamente, en sus mul-



ñen 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 aceptada 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 disentimiento ". (7).

III . EL HONOR SEXUAL

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 respecto 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 su sentimiento, más o menos variables según la personalidad.

El Honor objetivo es idénticamente 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 predominante 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 esto. La doctrina Francesa estableció perfectamente la diferencia entre uno y otro concepto, llamando reputación a la cualidades proveniente de la honra o estimación social.

El Honor subjetivo lo puede ser rebatado, porque la ofensa no quita a nadie su propio honor, cuando este existe en el sentido espíritu 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 de 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. Consecuencias de esto es a su vez la falta de precisión al hablar de deshonra. Este es un rigor la desconcepción en el ámbito de nuestros semejantes, por actos ilícitos 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 la circunstancia pedulias 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.

IV . EL HONOR COMO OBJETIVO 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:

lo . 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 conducta en tales materias (Honor sexual Objetivo), no es más que una secuela de la abstinencia erótica- sexual. " Quien practica ésta, es para sí mismo y para los demás una persona púdica, sexualmente honrada y honesta. El sujeto en quien se hecha de menos dicha virtud, al contrario carece de honor sexual ". (9).

Sostienen estos doctrinantes que consagrar, pues, el honor sexual como bien jurídico en reflejo de una mentalidad individualista que aveces 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 hubiere 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 sexuales, 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 pue-

de ser arrebatado por 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 bienes jurídicos tutelados por el Título XI la Libertad y el Pudor Sexuales, referidos al sexo se combinan y compenetran inseparablemente "(10). Cuando el ultraje al pudor sexual no concurre con la violencia a la Libertad de determinación, actúan las previsiones de los Arts. 301 y s.s. Lo cual comprueba de sus dos aspectos; como sentimiento y como estimación social, aisladamente de la libertad de decidirse carnalmente, pues cuando eso ocurre la protección de dicho bien se entiende ejercida según las descripciones de éste 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 cuando quiera pueda reaccionar, inclusive dando muerte al atacante, cuando quiera 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 re

(6).Pedro Pacheco Osorio OB.Cit. Pag.280

(7).Luis C. Pérez OB Cit. Pag. 425

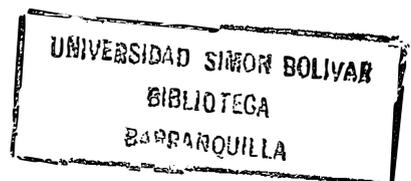
clamar un tratamiento digno. Tal derecho presupone la existencia de un honor determinado, pues bien, puede ocurrir que el acreedor del derecho carezca del honor.

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 extraña germinaciones conceptuales, cuando la Ley los acoge.

Además el Código no incluye la seguridad sexual como bien objetivo 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 aceptar los 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 energia con que deben ser defendidos", y su inevitable existencia en el ser; y no solo en ciertas esferas humanas. Por lo tanto el Honor tambien tiene su fundamento jurídico en elementales preceptos constitucionales.

Por otra parte debemos tener en cuenta que en ciertos ambientes rurales y provinciales de los paises subdesarrollados, el honor sexual de la mujer está identificada con el problema de la virginidad, y se tiene el himen como un tabú, considerando a una simple membrana como simbolo de virtud y quien lo ha perdido sufre en su fama.

Sin embargo, con el desarrollo social ese culto va disminuyendo y cada dia es mayor entre nosotros, el número de varones que contrae matrimonio 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 casos a una sola; la unión de dos casos acaese 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 genitál masculino en el femenino.

Acceso, según el diccionario de la Real Academia, es acción de llegar o acercarse, entreda o paso, en dos de sus signidicaciones y en otra, es sinónimo de ayuntamiento, y ayuntamiento es sinónimo de cópula carnal, la cual se define como " juntar o unir una cosa con otra; unirse o juntarse carnalmmmente ". Asi las espresiones o acceso carnal, cópula o cópula carnal, unión carnal, concúbito, ayuntamiento, etce, se identifican entre sí para expresar la acción de unirse o juntar-se carnalmente.

El acceso carnal es el elementodiferencial entre la violencia carnal y los abusos deshonestos, llamados en otra 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 obntene, consuma una violación; pero si lo hace para ejecutar actos eróticos sexuales diverso del acceso carnal comete este delito, sino que su conducta se adecúa a la descrip-

ción que hace el legislador de los abusos deshonestos.

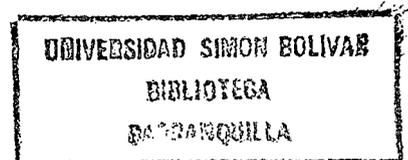
Para poder hablar de acceso, la primera consecuencia es la necesidad de que haya conjunción entre los actores; esto es, que se juntan o compenetren formando manera de un todo inseparable, mientras aquel subsiste; cuyo fin sea proporcionar deleites carnales a los partícipes, o siquiera a uno de ellos y aunque el otro solo experimente molestia, dolor o repugnancia. Por lo tanto, el simple acercamiento o aproximación sexual ni 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 físicos 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 sanciones que conducen a la satisfacción de los deseos sexuales. Los frotamientos de un clítoris hipertrofiado en los genitales de otra mujer son susceptibles de cau-

sar placeres carnales a quien los realiza, 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 abusus 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 paso indebido, como el año. Según este 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 ínsita la idea de sujeción, de dominio, vencimiento, de obediencia; es claro que quien somete a otra 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. Los frotamiento son susceptible de causar



de causar placeres carnales a quien los realiza, aún a quien los recibe, pero, esto no constituye unión y por lo tanto no se conforma el acceso carnal.

Existe al respecto dos grandes corrientes doctrinarias:

Ia. Quienes sostienen que el acceso carnal (o unión Carnal, como den los Italianos), consiste en el simple contacto externo del genital masculino con las partes son la vulva y el ano; no la boca, por lo cual el impropiaamente 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 paso indebido, limitando algunos este último concepto al esfinter 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 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 últimos seres que están en capacidad de copular normalmente.

Si el legislador se obstuvo expresamente 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 carnal, lo cual puede hacerse utilizando además del efínter anal, la boca.

La mayoría de los tratadistas de medicina legal restringen la expresión acceso carnal a sus similares para referirse a la in-

troducción del genital 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 normatibilidad jurídica en conjunto y no aislada mente, debe concluirse que es obvio e indiscutible que nuestro - legislador considera el coito anal como forma de acceso. Así lo ha sostenido nuestra corte de justicia: el artículo 298 del Código Penal, al decir acceso carnal se refiere en este título no solo a la conjunción normal de los sexos, sino también el coito "per ano" con hombre o 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 de diferentes sexos, 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 pueda efectuarse en una de esas cavidades, tampoco hay en el campo jurídico para excluir el acto que mediante ellas se realiza; del concepto de violencia carnal a fin de estructurarse con el los delitos mas leves de abuso deshonestos o corrupción de menores porque siendo, como es, mucho mas grave

la violencia carnal de mujer por paso indévido, que la practicada por vía normal, o natural, resultaría un contrasentido que la primera fuere reprimida con más benévola que la última.

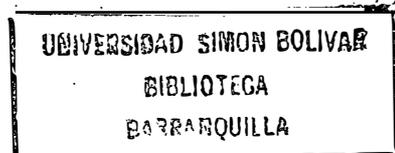
Respecto de la determinación del coito como forma de acceso, se han planteado algunas dudas acerca de su aceptación. Para algunos, se trata de una cuestión de apreciación, pero ello ninguna solución aporta al problema, porque en el campo, jurídico muchas tesis son cuestión de apreciación.

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 unión, 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 esfíntere, 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, por que a pesar de ser un acto de consecuencia 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 configura 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 vestibular. 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 neces-

sario 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 los posaderas, no hay acceso por falta de conjunción.

Por supuesto que cuando ha habido introducción del asta viril, al menor 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.

Asi tenemos que el acceso carnal para que pueda configurar el delito de violencia carnal, pueda 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 una milésima parte en la vagina en el ano del sujeto pasivo.

No se exige que el acceso carnal llegue a su perfeccionamiento fisiológica, des decir que no se haya agotado. Lo que da a entender que pueda haber o no eyaculación, esto no influye para la perfección del delito.

Tampoco se requiere desfloración del sujeto pasivo, en caso de que esta sea mujer virgen, para la consumación del accero, por lo cual el delito se agrava.

Agora bién, lo que distingue el acceso carnal de los demás actos eróticos- sexuales como constitutivo de violencia en sus elemen-

tos 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.

(II). Lisandro Martínez Z. Ob. Cit. Pag. 146.

CAPITULO V

DEL CONSENTIMIENTO

I. VIOLENCIA FISICA

Según se desprende de la lectura del artículo 298 del C.P; el sometimiento al acceso carnal puede obtenerse mediante "violencia física o moral".

Violencia en su aceptación genérica significa la fuerza o el ímpetu 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 puedan 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 ejercer sobre el propio sujeto pasivo con quien se pretende tener el acceso carnal y no sobre un tercero; diferente al presunto sujeto pasivo, a fin de que éste acceso carnalmente, intimidado por el mal grave que pesa sobre aquella persona

cera persona, diferente al presunto sujeto pasivo, a fin de que éstos acceso 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 anal, 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 violencia 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 quema la casa donde reside, y ésta en vista del peligro que corre y para evitarlo yace con el agresor, se configuraría violencia moral.

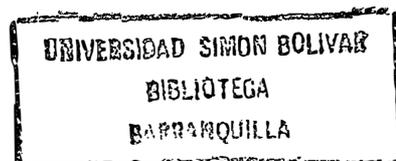
Si la fuerza o violencia se ejerce en el desarrollo de la actividad copulativa libremente dicho, porque en este caso la entrega no está determinada por la conducta drástica del agente , sino que es voluntaria.

La fuerza empleada por el agente para vencer la resistencia del presunto sujeto pasivo debe ser suficiente o seria. Y tal fuerza no reviste tala 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 criminalista prácticos decían que era suficiente que la víctima cediera un poco, para que no pudiera configurarse el delito de violación. Pero que no es posible aceptar este principio en la forma rígida en que ha sido sentado, pués la fatiga muscular, el agotamiento de la víctima, debido a la resistencia intensa que ha puesto a dicho sometimiento, la hace ceder un poco y sin embargo, existe el delito. La Ley no exige actitudes heróicas, 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 con sus inherentes sexuales. Pero la suficiencia de la fuerza no es una institución absoluta, como la mayoría de los de la vio-

lencia física, como el elemento para el sometimiento carnal, es relativo, 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 otra circunstancia quizás no hubiera sido suficiente. El acto de violencia que es insuficiente para atemorizar a una mujer en las calles de su propio pueblo que le es familiar, puede ser suficiente para realizar su voluntad en las barridas de una gran ciudad desconocida para ella. En estos casos siendo normal persona varía las condiciones ambientales que le refluían 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 pueda vencer en aquella particular intensidad que pueda 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, si no 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 exaltar 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 basta para configurar ofendida. Ya que concurren todas las condiciones de la violencia física. Por que la víctima ve ante si 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 tiene al frente. Partiendo de la base de que la violencia física para ser tenida como elemento estructural del delito de violencia, debe ser efectiva, es decir, consistir en el uso real de coercitivos destinados a impedir o vencer a resistencia de la víctima. Además debe ser seria o suficiente e idonea; por lo tanto, la violencia grata a la muchaca "o Vis grata puellis", no es configurativa de esta infracción, porque en estos casos no hay sometimiento de esta infracción, porque en estos casos no hay sometimiento por parte del agente, sino, que la mujer está dispuesta a entregarse carnalmente, pero aparente no querer; ya sea para que el sujeto agente se altera más o para fingir una

honestidad o para ser considerada como no fácil.

En estos casos la negativa es convincional y formalista, lo mismo que la aparente resistencia; la fuerza que emplea el sujeto agente tiene las mismas características y es muchas veces mínima. Dice 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, por que 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, basta que la fuerza sea determinante del cometimiento al acceso, aunque adolezca de interrupciones y no resulte por lo mismo más que continuada. Si la violencia se ejerce antes de introducir el miembro viril en el esfínter y de un momento a otro cesa 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 presunto sujeto pasivo ha sido alterado en si líbido 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 lle-

ga 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 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).

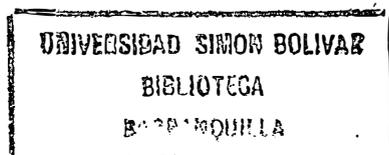
Hay quienes pone en duda el acceso carnal pueda practicarse mediante violencia física muscular solamente, ya que la mujer o el hombre en su caso, por medio de movimiento de rechazo pueden hacer impracticable el ayuntamiento. Pero no debe perderse de vista que los actos de violencia pueden producir y 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 medio.

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. VIOLENCIA MORAL

Se entiende que hay violencia moral cuando la víctima es obliga-

gada 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 persona 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 disfrazar su capricho : La violencia moral no es ta,poco 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. Asi por ejemplo, la amenaza de una maldición o de un maleficio puede constituir intimidación moral bastante en una persona rústica e ignora, 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 ordinariamente ligada a ella por vínculos afectivos, de modo que



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 dá 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 persona ligadas a la víctima por lazos de afectos.

No es indispensable que la fuerza moral inane 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 sea 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 el acto.

El daño con que se amenaza puede ser físico, moral o de cualquier. El mal debe ser grave, esto es, que produzca un daño relativamente gravamen, así sea material o moral. Algunos doctrinantes sostienen que para calificar la gravedad del mal. Este debe ser deter-

minando. El daño determinado amenazado en lo material, puede ser no sólo contra la integridad física, sino contra el patrimonio por ejemplo; la mujer que se le amenace con incendiarle su casa.

En cuanto a los daños de carácter moral, consiste generalmente en la amenaza de revelar públicamente un hecho deshonoroso, 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, como sería su deshonra y la casi segura ruina de su hogar, accedecarnalmente; se configura entonces este lemento estructural de la violencia carla.

La violencia moral tiene ciertas 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 essexual.

El mal conque se amenaza debe ser futuro. " No se estructura una amenaza cuando se hace remembranza de un mal ya pasado, salvo que existe la posibilidad futura de su repetición. Algunos afirman que ese futuro debe ser preoximo, 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 puede 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 accede carnalmente con su sujeto estipulado por los secuestrado y se le amenaza con darle muerte en caso de que ella no acceda carnalmente con su 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 evitar a esta forma el mal peor, cual es la muerte de su hijo.

Parece que es mejor hablar de la evitabilidad del mal, ya que se configura violencia moral cuando se amenaza con un mal inevitable. Esto porque el termino 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 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;al-

(8). Antonio Vicencia Arenas. Ob. Cit. Pag. 138.

gunas 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 posteriormenete se haya llegado a un entendimiento sexual. Para que la relación de causalidad aparezca es menester un presupuesto cronológico;

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 dá porque la violencia física cuando existe, puede producir constricción física únicamente o constricción física y moral; entonces, la causalidad en materia 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 estan absoluta que la anula totalmente, o sea , hay constricción física. Por ejemplo, cuando el sujeto agente golpea a su víctima hasta hacerla 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. Solo se coarcta, ya que el presunto sujeto pasivo puede seguir oponiéndose al sometimiento. En este caso la violencia física ha ctuado 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 continuan 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 slo material sino síquica.

Por ejemplo, el individuo que someter a una mujer al acceso carnal, para lo cual desenfunda un filoso cuchillo y 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 en 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 constricción moral es solo de índole moral.

Para determinar la relación de causa a efecto, debe tenerse en cuanto si la amenaza actúa sobre la voluntad del individuo únicamente, es decir sobre el proceso síquico de su determinación.

LA RELACION DE CAUSALIDAD debe ser inmediata, o sea que la violencia física o la amenaza deben actuar con la finalidad inmediata del acceso y no para obtener determinadas condiciones favorable.

El nexos de causalidad entre la violencia, la amenaza y el acceso debe ser una relación inmediata, en el sentido de que no basta que la violencia o la amenaza se efectúan para constreñir a alguno ponerse en condiciones en que con libre determinación de la voluntad e independientemente de los medio empleados, consiente a la unión carnal.

Pero esta inmediación no es general, sobre todo en el caso de que el medio sea la violencia física, en caso de la amenaza, es más aceptable, porque con el empleo de este medio, se obtiene una constricción psicológica, pero a pesar de ello resiste. En caso de disentimiento por parte del sujeto pasivo y posteriormente la víctima se entrega voluntariamente, no se estructura la infracción.

IV . FALTA DE CONSETIMIENTO

Nuestro Código Penal exige en forma expresa la falta de consentimiento para la configuración del delito de Violación. Pero esta forma se encuentra implícita en el texto legal, al decir " quien somete a otra persona al acceso carnal sin consentimiento de esta y mediante violencia física o moral", se está indicando que el empleo de la violencia anula el consentimiento.

Pero tal fórmula no me parece redundante y le dé mayor claridad a la norma? POR LO TANTO NINGUN OBSTÁCULO trae su redacción, por que ni sobra, ni hace daño. Además hay casos en que es necesario exigir la falta de consentimiento por parte del sujeto pasivo.

El consentimiento para que la violencia se ejersa puede prestarse no solo para complacer a un sadista, sino por propia deleitación masoquista de la persona con quien se practica el acceso carnal, pero las consecuencias jurídicas con las mismas.

Desde que las violencias hayan sido consentimiento, cualquiera

que sea las causas o los motivos para haber dado el consentimiento, no hay violencia carnal, porque no ha existido atentado contra la libertad sexual. La Ley habla de ausencia de consentimiento lo cual no obstante, puede presentarse casos en los cuales, a pesar de existir violencia efectiva, hay consentimiento de la víctima y por tanto no se tipifica el delito.

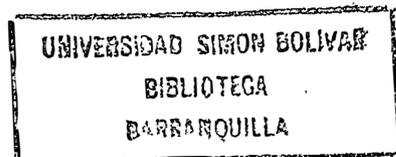
No basta, pues, la fuerza, sino que debe acreditarse la falta de consentimiento.

Para que se pueda hablar de falta de consentimiento debe existir por parte del presunto sujeto pasivo una repulsa O RESISTENCIA seria, es decir, no fingida para desimular honestidad, sino que sea la expresión de una voluntad inequívocamente adversa. No es suficiente para estimar la resistencia, una simple negativa. Las condiciones de la resistencia deben ser de la misma índole que la violencia empleada, es decir, que esta debe ser seria, idónea para la repulsa, y constante o continuada. Para algunos tratadistas de derecho penal, la constancia de la resistencia significaba que ésta debía mantenerse hasta el final, hasta el último momento; no comenzada y luego abandonada para dar a concurso en el goce mutuo; este requisito ha sido criticado duramente, afirmando que debía hablarse mejor de continuidad, o sea de resistencia continuada en lugar de constante. Pero estos términos no deben ser exigible, lo que importa es que al momento de realizarse el acceso no haya un verdadero consentimiento. Debe remplazar-

se pués el criterio físico y cronológico de lo constante y continuo, por uno sociológico y realista que parte de la base de que la resistencia ha de ser expresa de la ausencia de consentimiento, existir hasta cuando las condiciones físicas del sujeto pasivo o la condición de los hechos sea posible, y aparecer o durar ratos, para luego continuar hasta donde crea el presunto sujeto pasivo como oportuno. Pués el cansancio muscular, el temor, la fatiga, agotamiento para recuperar energía que faciliten continuar la lucha o esperar de que ganado tiempo pueden presentarse terceros y socorrerla. Pero si después de haber resistido victoriosamente y pudiendo seguir haciéndolo, desiste voluntariamente y se entrega al agresor, debe admitirse que otorgó consentimiento, aunque en principio viciado por la fuerza, pero no se alcanza a configurar la infracción. Ahora puede ocurrir que en virtud de los frotamientos y caricias que el presunto sujeto pasivo haya percibido durante la contienda, se le haya estimulado su apetito sexual y acceda a la cópula; en este caso tampoco se configura el delito, porque la víctima presta su consentimiento.

En ocasiones puede ocurrir que la víctima no se le dé oportunidad de resistencia y sin embargo se configura la infracción.

El no ejercicio de la resistencia no desdibuja la infracción, cuando ella no es posible. Por ejemplo, un boxeador espera a una colegiada en la esquina donde cogerá el bua a las 6 A. M. (la calle está solitaria), y cuando la joven llega a la esqui-



na, éste la noquea fulminante. En esas condiciones no hay oportunidad de resistir. A veces por razones psicológicas la resistencia no surge inicialmente.

Ordinariamente la resistencia se traduce en hullas y lesiones sobre el cuerpo, desgarramiento de las ropas, desórdenes en la habitación o en el lugar donde se produce; gritos de protesta o de auxilio, sea acciones homicidas o suicidas, trastornos mentales por dolor, indignación o vergüenza. Pero estos signos no concurren siempre, bien porque no se haya producido o porque se han borrado.

No basta decir la de la víctima resistió sería y constantemente debe haber alguna prueba de ello, bien sea por la actitud asumida por la víctima, bien por la desigualdad de condiciones con él o con los forzadores. Por eso el juez debe tener presente al valorar la conducta ajena y determinar la posibilidad de resistencia y su correlativa posibilidad, ciertas condiciones subjetivas; como constitución física, personalidad, etc; y otras objetivas, como las condiciones de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los hechos. El consentimiento no desempeña papel preponderante en la tipificación delictiva, solo tiene inferencia como excepción.

En la mayoría de las normas de la parte especial, no interesa el consentimiento del titular del derecho; solo hay referencia a ese tenor en unos pocos artículos y, por consiguiente, solo en ellos desempeña papel tipificador su existencia o su inexistencia. " El consentimiento del ofendido no excluye la antijuridicidad,

sino cuando la Ley lo permite expresamente , por afirmarlo en forma directa o por constituirlo en elemento del delito, bajo la forma negativa " Sin consentimiento del Título del derecho " (16).

En los delitos donde el problema del consentimiento tiene mayor importancia en los ilícitos " contra la libertad y el honor sexual."

Para la clasificación del consentimiento o ausencia de consentimiento en el estudio del delito ha originado numerosos problemas; especialmente en los ilícitos en los cuales la norma exige expresamente la ausencia de consentimiento, tales como, en la violencia carnal. Partiendo de la base de que la ausencia de consentimiento en un fenómeno de índole síquica; pero a pesar de ello no es atribuible al sujeto activo, sino al pasivo.

Por lo tanto mal puede clasificarse de lo injusto , ya que ello solo hacen relación al sujeto activo.

Algunos autores sostienen que se trata de un presupuesto del delito, otros que de un elemento del concomitante a ella y necesario para que exista la conducta delictiva; elemento del tipo pero como presupuesto de la acción.

El consentimiento, tal como lo ubica nuestro legislador, es un ingrediente normativo de la figura, porque su determinación depende de una especial valoración jurídica; por lo tanto debe ubicarse en la tipicidad.

(9). Lisandro Martinez Ob. Cit. Pag. 156.

C A P I T U L O VI

D E L A V I O L E N C I A C A R N A L I M P R O P I A

I. SU UBICACION E INCRIMINACION

Esta modalidad del delito de violencia carnal, la contempla nuestro estatuto Penal en la primera parte del capítulo tercero del artículo 303, cuando dice: El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, "incurrirá en prisión de - uno a seis (6) años".

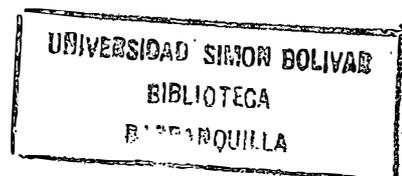
Ha sido tradicional entre penalistas Colombianos sostener que el Código Penal, en el artículo mencionado consagra una presunción de derecho, basada en la ausencia de consentimiento en los menores de catorce años que admiten el acceso carnal. No es que se oresume la violencia sino la falta de consentimiento basta - probar el acceso carnal y la edad para que el delito se considere consumado y perfecto. Esta norma penal tiene su origen en un viejo capricho, derivado a su vez de nociones eróticos- sexuales retrasadas y en parte reparadas por las mismas conductas realizadas en épocas diferentes por los jóvenes aún menores de trece años de edad.

No se trata de esta modalidad de la violencia física efectiva o de la VIOLENCIA MORAL. En este caso entra en juego la doctrina de la voluntad que - se encuentra viciada por ausencia de discernimiento. En la violencia "OPE LEGIS", o sea propia Ley, presupuesta por la Ley.

El artículo en mención no consagra expresamente ninguna presunción

ción, pues su texto no habla de presunción de derecho legal. Las presunciones según la técnica legislativa corriente, debe crearse de manera expresa; esta norma únicamente señala de manera general los requisitos o condiciones de una violencia carnal especial. Lo que ocurre es que el legislador para dictar dicha disposición seguramente tuvo en cuenta o se inspiró en la presunción humana de que el menor que no ha cumplido la edad que fija la Ley en este caso, no ha alcanzado el grado de conocimiento o de madurez necesarios para obrar libre y conscientemente en la práctica de los actos sexuales. Pero es que la Ley parte de la ficción creada por ella misma, de que los menores de catorce años son absolutamente incapaces de otorgar consentimiento o poner disenso para la realización del acceso carnal, es algo nada fácil de probar y aún más en una época en que se pregona la igualdad de sexo. Hay que considerar que las épocas son diferentes y desde cuando se promulgó la Ley 45 de 1.936, hasta nuestro días, la inquietud de los jóvenes ha encontrado otros campos referentes al amor, diferentes a los que tenía un joven de catorce años en esa época.

Una persona de cuarenta y cinco años o cincuenta de edad, en estos días puede tener menos experiencias en cuestiones sexuales que un joven de catorce años de edad no cumplidos en esta época. En que en realidad bajo la experiencia de la castidad, se ejercen toda clase de prácticas sexuales. Hombres u mujeres



han practicado durante años una masturbación inconciente. No existe prueba de la imposibilidad de que un varón una vez llegado a la adolescencia, y no incapacitado fisiológicamente puede desenvolverse sin algún tipo de descarga erótica regular hasta que los años lleguen a reducir su potencia.

Los jovenes a partir de los trece años responden más frecuentemente y con mayor intensidad y resistencia, que muchos de los que han cumplido los veintiun años. Por lo tanto, no existe razón para incorporar en un texto legal tal PRESUNCIÓN sobre inmadurez del consentimiento y peor aún para negarlo. Lo que sucede es que el legislador artificiosa y convencionalmente se engaña así mismo y fija un limite conforme a una estimación arbitraria de la edad en torno a la cual cree que el menor requiere una protección especial. No es cierto que todos los menores de catorce años sean incapaces de consentir, como tampoco todos los que cumplan dicha edad adquieran una completa plenitud que les permita un juicio de discernimiento sobre el acto que realizan.

Eso es relativo, tampoco es cierto que el acceso con ellos verificado sea violento. El legislador lo admira a tal y la doctrina continúa considerando esa violencia como impropia. El hecho de que se sancione esta conducta porque se presume incapacidad de consentimiento o por falta de madurez sico-fisica o sexual, o porque se crea que la persona consiente pero su consentimiento está viciado, o por todos esos argumentos unidos, resulta secundario

ante la unanimidad de las Leyes, de los biólogos y de los juristas, en aceptar que la verdadera voluntad de comprender y captar el alcance del acto sexual, solo gurge después de determinada edad. Es difícil pensar, que por faltar unos días o unas horas, una acción en o deja de ser delictiva. Por ejemplo, si un individuo se acuerta con una mujer en la noche en que cumple catorce años, comete delito en ese acto, pero si al amanecer esta infracción.

Por otra parte, como afirmamos anteriormenete, la edad de catorce años es relativa, porque es más fácil encontrar en una provincia a una joven de catorce años ingenua y sin ningún conocimiento en el año, que encontrar en una ciudad desarrollada a una joven de esa misma edad, falta de ese conocimiento. Por lo tanto si un individuo tiene acceso carnal con una joven menor de catorce de edad, que ejerce el oficio de meretríz; pero aparentemente la mencionada jovencita revela una edad mayor; de buena fé, con la plena convicción de que está realizando el acto con un ser que legalmente tiene capacidad para hacerlo.

Se adecúa su conducta a la descripción legal que hace el legislador en el respectivo tipo penal, La mujer obviamente tiene acceso carnal con otros hombres, su apariencia física, su conducta, su manera de vestir, la circunstancia de encontrarse en ese lugar, hacen creer al individuo con plena buena fé, sin negligencia, que dicha prostituta tiene más de catorce años. Esta decide denunciarlo. En tales condiciones, probada la edad (Menor de catorce años), y el acceso, es decir, el elemento normativo y el objetivo, podemos

afirmar que no existe delito.

Además el sujeto agente se encuentra amparado por la exención de responsabilidad contemplada en el artículo 23 num. 2o. del C. P. y conocida como error esencial de hecho. Esta exención de responsabilidad es general y cabe en todos los delitos donde su aplicación no contradiga a la institución. Pero ocurre el caso contrario. Que el individuo conozca la verdadera edad de la meretriz. Algunos autores sostienen que no se configura delito de violación, por que la mencionada joven en acceso anteriores habría consentido y solo por capricho o por desamor con el último sujeto, se decidió a denunciarlo. Pero lo que ocurre es que la Ley no exige consentimiento generales, sino que parte de una ficción; por lo tanto en esta 'último supuesto, el delito se puede tipificar y no cabe la exención de responsabilidad. Además la ramera puede ser sujeto pasivo del delito de violencia carnal, porque lo que se protege es la libertad y no la honestidad sexual.

II. INCONGRUENCIA LEGISLATIVA

Según nuestra legislación Civil una mujer de doce años y un varón de catorce años pueden prestar su consentimiento para contraer matrimonio. Pero la legislación penal en el artículo que venimos analizando, no admite validéz en el consentimiento prestado por una persona menor de catorce años. Por lo tanto se vé ninguna razón para que una joven de trece años de edad que haya contraído

matrimonio válido, y posteriormente realice el acceso carnal con otro hombre, diferente a su esposo, aquel responda como sujeto activo del delito de violencia carnal, impropia. Parece a simple vista que existe una incongruencia entre las dos legislaciones.

El Código Civil en su artículo 140 num 2o, contempla con causa de nulidad del matrimonio: " Cuando éste se ha contraído entre un varón menor de catorce años y una mujer menor de doce años o cuando cualquiera de los dos sean respectivamente menor de aquella edad". Esto quiere decir, que si la mujer que ha cumplido doce años puede otorgar válidamente su consentimiento para el matrimonio, debe darlo también para el acceso carnal que es uno de sus fines.

Quines niegan esta incongruencia, sostiene que, la legislación Civil y la Penal parten de distintos punto de vista. Ya que el Código Penal en el Art.298, no hace distinción de sexos, ni parte del supuesto de falta de madurez sezual, sino de falta de madurez intelectual y volitiva, y por eso si la víctima del delito hombre o mujer menor de catorce años, se presume la falta de consentimiento.

Pero, según el Código Civil una mujer joven de doce años no es apta para contraer matrimonio válido porque desde esa edad es púber, tiene aptitudes proceadores, ha llegado a la madurez sexual necesario.

Además las dos legislaciones enfocan la posibilidad de fijar sus respectivas edades, con razonez que fundada o infundadamente se pueden suponer diversas; pero que de -

sembocan en una conclusión. " El limite es aquel en el cual se cree que existe una incapacidad para darse cuenta del acto que se realiza y consentir en él, esto es, hasta el cual no hay libertad ". " La mentalidad penal no contradice esencialmente a la Civil".

(10). Lo que sucede es que para el legislador Civil, la mujer llega más rápidamente a la pubertad que el hombre, o sea que su desarrollo fisiológico se dá a más temprana edad y por lo tanto las bases de la capacidad para consentir advienen primero en ella que en él. Entonces si la joven de trece años pueden consentir válidamente en el acceso continuado dentro del matrimonio, por tener libertad para hacerlo, por qué no en uno ocasional fuera de él, si el primero implica mayores cargas y responsabilidades que el segundo.

Para confirmar la contradicción existente entre las dos legislaciones basta recordar los argumentos expuestos por el Dr. Humberto Barrera Domínguez. Este autor hipotetiza la posibilidad de que una mujer casada menor de catorce años, pero mayor de doce realiza el acceso carnal con persona distinta de su marido. El acceso matrimonial resultaría lícito y el extra matrimonial delictivo, siendo delincuente, por lo tanto su ocasional compañero de conjunción carnal. Y puede aceptarse que una mujer casada (pregunta el Dr. Domínguez), mayor de doce pero menor de catorce años, resulte impúber para cuando tiene relaciones extramatri-

moniales y, en cambio, deba tenérsela como púber si ese trato erótico lo cumple con su marido. O puede admitir que la misma mujer tenga capacidad para consentir en materia sexual, si de relaciones sexuales con su esposo se trata y en cambio se suponga (Violencia pregunta), que no la tiene cuando presta su consentimiento para relaciones sexuales extramatrimoniales. Acaso el matrimonio puede tener semejante poder de convertir en púber a la mujer que el Código Penal considera impúber; o de hacerlo capaz de prestar consentimiento en materia erótica, cuando según algunos (los que sostienen la tesis de la violencia presunta), no tiene capacidad antes de cumplir catorce años de edad" (11) .Supone además dicho autor, que si la mencionada mujer enviuda antes de cumplir los catorce años: La viudés la convierte de impúber". O le acarrea incapacidad para consentir en materia sexual a pesar de su experiencia adquirida en el matrimonio".

Siendo la violencia carnal un delito contra la Libertad, la tipicidad subsiste cuando el consentimiento no se cree libre, por inmadurez.

El límite de la edad varía de unas legislaciones a otras, pero generalmente se toma como límite máximo aquella en que aparecen los primeros síntomas de la púbertad, o sea los doce años en la mujer y los catorce en el varón..

Por tanto, nosotros aceptamos de que existe incongruencia legislativa límite es muy alto, debe tener él doce años.

Por otra parte, el acceso carnal con una persona de esta edad puede constituir delito, pero no de violencia carnal, sino de "actos sexuales abusivos". Así que el legislador Colombiano al reprimir como violencia carnal el hecho de tener acceso carnal con un menor de catorce años de edad, y castigar como estupro el mismo acto realizado " con persona que padezca de alienación mental", o que se halle en estado de inconciencia ", no parece haber estado asistido por la lógica. Por que el loco y el inconciente se encuentran por lo menor en la misma situación del impúber en cuanto a su incapacidad de consentir la práctica de la cópula y de oponerse a ella. Lo más correcto sería configurar un solo tipo penal con las dos modalidades descritas.

Parece que el tema ha sido minuciosamente estudiado por los redactores del nuevo Código Penal, y ya no se admitirá como violencia carnal presunta sino que su denominación será la de " Actos sexuales abusivos ". En cuanto a la edad esta juega un papel primordial en este delito y los redactores del nuevo estatuto han considerado que es más delictiva la conducta de quien ejecuta en uno de trece, por lo tanto el delito se agrava. Esta será una innovación que traerá el Nuevo Código Penal, pero que tampoco estará excepta de críticas y anomalías en la punición de las conductas sexuales.

III. ELEMENTOS DE ESTA INFRACCION

(10). Lisandro Martínez Ob. cit. pag. 276.

Según se desprende de la lectura del Artículo 298 del Código Penal, los elementos necesarios para la configuración de esta infracción son:

- 1o. Acceso carnal
- 2o. Violencia
- 3o. Nexo Causal

(11). Humberto Barrera Domínguez. Delitos Sexuales Edt.Temis Pag.140

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

I. S U U B I C A C I O N E I N C R I M I N A C I O N

Esta forma asimilada de violencia, la define el Código Penal, el - capítulo primero del artículo 300 que en parte dice:

"El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconciencia,". De esta definición se desprende que el Código no contempla una forma de violencia carnal ficticia o presunta, sino una modalidad de la violencia carnal propia o verdadera.

Esto es así, porque los medios para poner a una persona en estado de inconciencia, requiere un despliegue de energía por parte del sujeto agente, para anular el libre consentimiento de la víctima.

El estado de inconciencia es la perturbación en la percepción en la vida efectiva y volitiva, que afecta gravemente la actividad de un sujeto en un momento dado, cortando su libre voluntad y limitando su capacidad de resistir. Es decir, que una persona en estado de inconciencia está en capacidad para darse cuenta exactamente de los actos que se realizan o realiza sobre ella, por lo tanto, al realizarse el acceso carnal sobre su cuerpo, no lo es dable comprender la trascendencia de tal hecho, porque su consentimiento está viciado.

La Ley no exige para reprimir esta modalidad de violencia carnal el decenso de la víctima, porque su sujeto esté en estado de inconciencia.

cia no puede prestar consentimiento para el ayuntamiento, pues basta que con ella el agente tenga el acceso para que el delito se configure. Es más, ni siquiera la norma que la víctima sea sometida al acceso. "Lo que si es necesario para admitir la falta absoluta del consentimiento del sujeto pasivo, es que haya sido puesto por el agente en incapacidad de resistir o en estado de inconciencia. Pero un estado de inconciencia verdadero, porque si el medio empleado por el agente no logra anular completamente la voluntad de la víctima, sino que únicamente logra colocarla en condiciones de inferioridad síquica, que no eliminaron, sino que redujeron su capacidad de resistir, no se configura violencia carnal, por cuanto no hay ausencia de consentimiento" (12) .

Por ejemplo a la mujer que le brindan unos tragos de ron, con el fin de emborracharla y hacer con ella; pero cuando apenas se ha tomado una poca dosis, se le altera la libido y ella misma solicita el acceso carnal. En dicha hipótesis no se configura este delito.

Nuestro Código hace una distinción muy importante, ya que el agente ha debido emplear los medios necesarios para colocar a la víctima en estado de inconciencia, para que se estructure esta infracción, porque si el sujeto pasivo ya se encontraba en ese estado y el agente se aprovechó de él para realizar el acceso carnal, no se configura este delito, sino que su conducta se adecúa a la descripción del artículo 301 del Código Penal, o sea el delito.

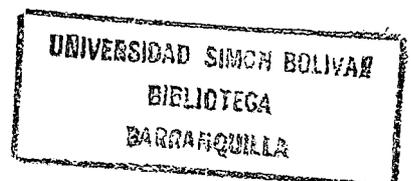
(12). Pedro Pacheco Osorio OB. Cit. Pag. 306

de estupro Impropio. Por lo tanto la diferencia entre los dos tipos delictivos se limita a la conducta del sujeto agente; en ambos, el núcleo del tipo es igual, (tener acceso), lo mismo que la circunstancia del estado de inconciencia del sujeto pasivo. El estado de inconciencia jurídicamente representa una despersonalización, aunque psicológicamente continúen ciertas resistencia acorde con la inteligencia normal y con la afectividad constante del sujeto.

El estado de inconciencia es un concepto negativo de la conciencia o sea de la suma de las relaciones síquicas de la actividad que coordina y mantiene el yo personal.

La acción en este delito radica en la realización de un acto idóneo para colocar a la persona en un estado inconciente. El ingrediente subjetivo del tipo penal, consiste en la circunstancia de poner a la víctima en estado de inconciencia.

Entre la violencia carnal propia y la que analizamos existe una diferencia en cuanto a la relación del acceso carnal, por que en aquella entre la violencia empleada y la ejecución del acceso, no debe ocurrir en forma casi coetánea. En cambio en ésta el sujeto activo emplea los medio para colocar a la persona en estado de inconciencia, pero debe esperar que tales causen sus efectos, para luego tener el acceso. Es decir, que primero deben realizarse los medios y una vez obtenido el efecto deseado, proceder al acceso. Entre la acción tendiente a colocar a la persona en esta-



do de inconciencia y la consecuencia de tales, estados, hay una relación de causa a efecto.

II. MEDIOS PARA COLOCAR A LA PERSONA EN ESTADO DE INCONCIENCIA.

Para colocar a una persona en estado de inconciencia, existen medios muy variados cualquiera del que haga uso el sujeto agente puede ser idóneo, si llega a producir el fin propuesto por él para saciar su apetito. Así por ejemplo, el empleo de ciertas sustancias sicotrópicas o sicodepresoras o alucinógenas y el alcohol.

Mucho se ha discutido sobre el punto de que si la mujer puede ser violada en estado de sueño alcohólico; sin que se dé cuenta de lo que se realiza sobre ella. Algunos han hecho distinción entre mujeres experimentadas en cuestiones sexuales y mujeres vírgenes. Y han sostenido que es imposible el coito en una virgen, porque la ruptura del himen causa dolor y desangra; por muy ebrio que esté una mujer virgen, debe sentir la introducción del miembro viril. En cuanto a las experimentadas en el acceso se acepta la posibilidad teórica; ya que no entra en juego el dolor de la desfloración. Pero hay que tener presente que el alcohol produce distintos efectos en la síquis : en dosis elevada y después de producir diversos estado de excitación y euforia, puede llevar a estado de somnolencia ,donde la persona pierde el conocimiento y termina por dormir profundamente. Pero para que el alcohol puede

servir como medio para colocar a la persona en estado de inconciencia, debe haber existido una embriaguéz total y que esta no haya sido consentida por la víctima, sino que sea involuntaria. Porque si una mujer por ejemplo, se va a una discoteca a librar copas con un amigo, con el objeto de que los tragos le alteren la líbido y posteriormente acepta ir a un hotel donde realiza el acto sexual. En este caso no se tipifica el delito de violencia carnal, porque el acceso carnal fué consentido por la víctima.

Sustancia sicotrópica" es aquel conjunto de elementos de origen natural o artificial que causan un tropismo sicológico, esto es , que son susceptible de cualquier modificación de la actividad mental sin determinar el tipo de tal modificación ". (13).

Las sustancias próducidas en forma artificial, bien sea a base de aloide o químicamente, son muchisimas y tal variadas, que en esta época proliferan abiertamente. La mayoría de los tratados de derecho penal no hacen mención a ellas y solo citan las sustancias tradicionales, como la morfina, el cloroformo, etc.; omitiendo los nuevos productos.

Entre los depresores calificados como hipótivos, ocupan lugar preferente los barbitúlicos en sus múltiples variedades (Veronal, el amobarbital, el exobarbital ,etc).

Entre sustancia capaces de producir estado de inconciencia, ocupan puesto tradicional los anestésicos generales utilizados para colorcar a personas en estado de inconciencia y hacer con ella.

(13) Lisandro Martinez Ob. Cit. Pag. 297.

Su variedad es amplia, así por ejemplo, el pentanol, el hidrato de cloral, morfina, codeína etc.

Así pues, el empleo de estas sustancias puede servir para poner al sujeto pasivo en estado de inconciencia. Ya que ellas producen un sueño mucho más profundo que el sueño natural. Paralizar totalmente los movimientos voluntarios de la persona y anulan completamente su raciocinio. Por lo tanto quien tenga acceso carnal con una persona en ese estado, comete el delito de violencia carnal.

Otro de los medios de que pueden hacer uso el sujeto activo para colocar a la persona en estado de inconciencia es el hipnotismo. La consideración del hipnotismo como uno de estos medios ha sido negada por algunos escritores, que consideran que quien comete un delito en estado de hipnosis es responsable de su acto, pues conserva la suficiente resistencia, salvo poquísimos casos, para oponerse a las ordenes del hipnotizador que vaya contra su conciencia.

" ciertas personas experimentan el temor de ver a las personas sensatas recibir durante la hipnosis ordenes de ejecución de estos criminales y efectuarlos en estado de vigilia. Ahora bien, no es posible realizar sugerencias que contrasten con este grado con toda la estructura moral del hombre, dado que unos encontramos a menudo con resistencia formidables cuando vamos a realizar durante la hipnosis, simple sugerencias curativas.

Las sugerencias criminales casi no pueden realizarse más que cuando el sujeto posea ya el estado, latente, el impulso hacia los

(14). Lisandro Martínez Ob. cit. Pag. 295.

actos que el hipnotizador quiso sugerirlo, como en el caso de sugestión de ciertos actos sexuales". (14).

Pueden existir casos excepcionales de débiles mentales, que a pesar de ser difícilmente hipnotizados pierden por completo la voluntad durante la hipnosis°

pero ultimamente se han puesto en duda tales afirmaciones y se ha sostenido que mediante la hipnosis se puede anular enteramente la personalidad.

La tesis generalizada entre los estudios del derecho penal, es la de que mediante la hipnosis se puede poner a una persona en estado de inconciencia. Pero para considerar que la víctima fué colocada en tal estado, por medio de la hipnosis es necesario indagar primeramente si ella consistió en ser hipnotizada para que sobre su cuerpo se realizara el acceso. Por que si tal conducta fué consentida no se estructura el delito de violación.

Si una persona fue hipnotizada sin su consentimiento, y este medio anuló completamente su conciencia, y sobre su cuerpo se realiza el acceso carnal, se tipifica el delito de violencia carnal? Como otro medio para colocar a una persona en estado de inconciencia, se puede considerar el empleo de alguno alucinógenos como el L. S. D-25, (dietilamina del ácido lisérgico), la marihuana, el hachís (cannabis indica), y la cocaína. Aunque algunos consideran que el empleo de tales narcóticos en una persona habituada al uso de los mismos, no produce efecto. Pero hay que tener en cuenta

que estas sustancias pueden producir desviación mental , delirios o distorsiones en el juicio en cuanto a la apreciación de los valores de la realidad, alucinaciones o ilusiones de confusión o de despersonalización. Lo que es preciso tener en cuenta es que cuando se utiliza una de estas sustancias, para poner a las víctimas en estado de inconciencia, esta persona al principio puede que no acceda a la reacción de tal narcótico, pero al ingerir una dosis mayor puede caer en un estado deprimente y llegar a la somnolencia, donde el actor puede realizar el acceso sin que medie su consentimiento.

Para algunos, el empleo de ciertos afrodisíacos puede producir en la persona un estado de inconciencia de naturaleza sexual. Pero tal concepción no se acomoda a la realidad, lo que si está demostrado es que los afrodisíacos son sustancias capaces de existir el apetito sexual. Es decir, que sacan a flote deseos ocultos o tendencias reprimidas, causan ciertos enervamiento y cierto despertar de las pasiones; según el temperamento de la persona. Asi por ejemplo, el empleo de camarones, chipi-chipi, caracoles, ostras, almejas, pueden despertar en una persona el deseo de cópular, pero si tal hechos se lleva a cabo, se hace conscientemente, porque tales sustancias no ha llegado a anular la conciencia del sujeto pasivo. Lo que puede ocurrir es que algunos afrodisíacos producen según la dosis y en ciertas personas en que su organismo no esté suficientemente apto para contrarrestar la reacción de una grave in-

toxicación orgánica. Y puede llegar la persona a caer en un estado de inconciencia.

Por otra parte el estado de inconciencia puede presentar diversas modalidades. Para explicar éstas, existen muchas tesis; pero la más segura es la del siquiatra Antonio Vallejo Néjera, quien divide las alteraciones de la conciencia con otras manifestaciones " Patológicas del siquisimo, especialmente con las del yó ". Pero tales trastornos no nos incumbe en el tema que tratamos.

Las alteraciones cuantitativa se caracterizan " Por el entorpecimiento de la totalidad de las funciones síquicas; la atención se presta difícilmente y decae de pronto; las percepciones son lentas, penosas e imperfectas y se reduce el campo de la conciencia ". (15). Estas si interezan para nuestro trabajo por eso las acogemos. El Dr. Vallejo Nájera, a la vez divide tales trastornos cuantitativos en : Obnubilación o percepción deficultada. Somnolencia o acentuada debilitación del conocimiento y como o absoluto estado de inconciencia. La Ley toma en cuenta estos estado, cuando son probocados para el fin específico de obtener el acceso carnal.

Hay que tener en cuenta que la mera obnubilación no es provechable para la realización del acceso sin despertar la resistencia de la víctima. En el estado de somnolencia se puede cometer el delito de violación, pero es factible que la víctima oponga resistencia, porque su conciencia no está totalmente anulada. Y es que se puede llegar al sueño por agotamiento o por fatiga y en

ese caso sí se obnubila totalmente.

El sueño fisiológico normal no es propicio para el acceso carnal, por que por muy dormida que esté la víctima, al sentir siquiera las manos sobre su cuerpo despierta. El verdadero trastorno que sí constituye estado de inconciencia, que anula todo consentimiento de la víctima, es el comatoso, sea provocado por cualquiera de los medios descritos.

(15). Pedro Pacheco Osorio . Ob. Cit. Pag. 303.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

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

V I O L E N C I A C A R N A L E N T R E C O N Y U G E S

Este tema ha sido arduamente tratado por los juristas y se han presentado discordias en cuanto a si el acceso carnal violento entre cónyuges es siempre, delictivo, o si por el contrario, la antijuridicidad debe excluirse a este respecto existen varias posiciones:

Ia. Quienes niegan el acceso carnal violento entre cónyuges. Es decir que para estos no existe criminalidad por parte del marido que somete a la legítima mujer a la cópula carnal normal mediante violencia. Se fundan los sostenedores de esta teoría en que el matrimonio, tanto el Civil como el Eclesiástico, es un contrato consensual, mediante el cual se unen un hombre y una mujer con el fin de procrear (Art. 113 del C. C. el cual supone la necesidad de copularse a natura. " Por lo tanto existe una presunción de consentimiento general para el acceso carnal normal que nace del matrimonio, en posibilidad de cumplir el fin de la procreación. Y además cada cónyuges adquiere respecto del otro el derecho de exigirlo y el deber correlativo de oponerse a él. Así que si uno de los esposos, por capricho, fastidio o desarmar, resuelve no cumplir con su obligación en esta materia, deja al otro la facultad legítima de someterlo ".(16).En el aspecto probatorio, cualquiera denuncia que se hiciera contra un cónyuges por acceso violento, sería de poco valor de convicción, y tendría que destruir la presunción de consentimiento al acceso, dada al celebrarse el matrimonio , y la ley no exige ante que auto-

ridades y mediante cual procedimiento debe el ofendido hacer efectivo su derecho, ha de entenderse que la autoriza para acudir a sus propias fuerzas, siempre que con él no vulnera un bien jurídico distinto. Ello también traerá muchas desavenencias, y desde luego la investigación sería más escandalosa que el hecho mismo.

Además la norma exige que el acceso debe ser ilegítimo. Si el sujeto pasivo estaba obligado a prestar su consentimiento no puede en términos generales hablarse de violencia carnal aunque se haya empleado la fuerza física o moral.

Manzini citado por el Dr. Vicente Arenas, sostiene que " Puesto que la constricción para constituir delito, debe ser ilegítima no se puede castigar el cónyuges que constriña al otro cónyuges mediante violencia o amenaza a la unión carnal, de acuerdo con la naturaleza y en condiciones normales. Entre los fines del matrimonio se encuentra también el de suministrar un remedium concupiscentiae". (17).

De otra parte, al presunto sujeto pasivo es decir al cónyuges re-nuente en este caso no le es dable argumentar que fué sometido al acceso carnal sin su consentimiento, por cuanto no podía revocar el otorgado abinitio. Su disentimiento, contrario al fin principal del matrimonio es ilegítimo, y por lo tanto no puede invocarlo como medio para tomar delictuosa una conducta de quien tenía todo el derecho a ello.

(16). Lisandro Martinez . Ob. Cit. Pag. 290.

2a. Quienes sostienen que el acceso carnal violento siempre constituye un delito. Es decir, que estiman punible en todo caso el proceder el marido que se toma por la fuerza el derecho al acceso carnal. Del hecho de existir el matrimonio, no surge la acción para hacer efectivo el derecho al acceso por la fuerza. Entre los defensores de esta teoría, sobresale el Dr. Luis Carlos Pérez, quien sostiene que : a) " Es verdad que el matrimonio crea el derecho al acceso carnal, como crea otros derechos de la vida social y moral de los contrayentes, sobre todo el recibir del otro cónyuges los suministros necesarios para subsistir. Así como constituiría delito contra el patrimonio económico de la mujer el hecho de que el marido la despojara de todo o de gran parte de sus bienes, basándose en que aquella no cumple su obligación de proveerlo del mismo modo tiene que ser responsable de violencia el cónyuges que satisface, contra la voluntad de ella el derecho a la cópula".

b. - " El del acceso carnal no es de la misma especie que los demás derechos matrimoniales, porque hay un bien inagenable que solo desconocía el arcaico ritual de algunos pueblos bárbaros y que por desgracia, no se reconoce hoy en su universalidad y sentido absoluto ; la persona en su inconcebible intimidad.

Y si las normas Civiles inspirados en ideas de sojuzgamiento y dictadas para una época que no es la nuestra, conservan la inicua potestad marital, jamás podrá aceptarse que esa potestad se ejersa violentamente, hasta el punto de menoscabar la integridad de quien

(17). Pedro Pacheco Osorio. Ob. Cit. pag. 303.

se vea obligado a soportarla".

" Igual cosa sucede con el quebrantamiento de la autonomía sexual de la mujer. Por lo mismo que la cópula cónyugal es un derecho su generis, la Ley no dá acción para hacerlo efectivo y no le es lícito al marido inventarla por medio de la fuerza ".

No conocemos textos donde puede deducirse atribución personal y directa para emplear ese medio. Y si tal texto existiera pugnaría con el artículo 23 de la C.N. , que impide molestar a otro en el pleno de los requisitos previstos en él. " Además, agrega, si existiera el derecho marital para violentar también lo vendría la mujer , y sería injusto que no pudiera ejercerlo solo porque las condiciones fisiológicas del hombre no permiten la acción viril sin un proceso mental favorable". En consecuencia concluye, es delictiva la actividad del marido que viola a su mujer y son inadmisibles las situaciones intermedias en las cuales pueda caber responsabilidad o no. Esta responsabilidad existe siempre que se apela a coacciones físicas o morales para hacer efectivo el débito cónyugal, expresión que nos devuelve mentalmente a situaciones condenadas por nuevas vivencias de la libertad y la cultura". (18).

El argumento expuesto por el Dr. Luis Carlos Pérez para defender su tesis que él mismo califica de pletórica, de contenido humano; no convence y además haciendo un analisis profundo del mismo induce a tesis contraria. Acepta en un principio el ilustre jurista que el matrimonio crea el derecho como el de recibir ali-

(18). Luis Carlos Pérez . Ob. Cit. Pag. 447.

mentos necesarios, que si el marido en ejercicio de derecho. Que el Código Civil en el título IX capítulo I Art.176 establece las obligaciones y derechos entre los cónyuges, el que se apodera de todos los bienes, comete ilícito. Sin embargo acepta que si el cónyuge se limita a tomar lo necesario para su existencia no comete ilícito, desde luego que de las normas citadas se desprende que existe ciertas conductas que realizadas entre particulares, constituye delito, pero cuando se realizan entre esposos no son punible. Por lo tanto si el esposo actúa dentro de ciertos límites, en lo referente a los bienes de la esposa, la Ley no sanciona.

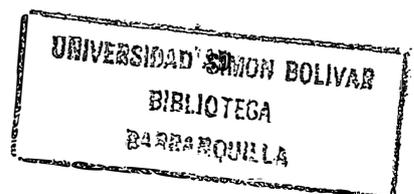
Guardando las proporciones y ubicando el tema en el campo correspondiente, algo similar pueden decir del acto sexual del matrimonio: Por el hecho de no castigar el acceso carnal normal, obtenido mediante el empleo de violencia, por parte de uno de los cónyuges, no se está alabando la conducta del sujeto agente; solamente no está justificando por circunstancias objetivas especiales.

Pero si el cónyuge no se adecúa a las necesidades y finalidades nacidas del contrato solemne, como lo es el matrimonio, no existe ninguna justificación.

En nuestro sentir y aun cuando la conducta a las normas que rigen el procedimiento, no se tipifica al acceso normal obtenido mediante violencia, por parte del cónyuge agresor. No solo por la exclusión de la antijuricidad que entraña el ejercicio de un derecho, en posibilidades de cumplir el fin de la procreación. Además existe eso si un rasgo medieval.

débito conyugal, una obligación de cumplir con el fin primario de la procreación, aceptados por el matrimonio mismo y mientras estas normas rijan la conducta sexual tenemos que señarnos a ellas. Porque nuestra sociedad requiere de una concepción matrimonial moderna y acorde con los cambios cualitativos y cuantitativos del ser humano. Ya que las normas del Código Civil fueron escritas para una época diferente ya revaluada por los comportamientos humanos, es decir, que esas son normas absolutas en contraste con la liberación femenina. Es hora que tales normas se revisen y se revoquen según los casos, o que se enfoque de modo diferente las relaciones entre esposos desdibujando en esto la potestad marital. Es que ya los tratamientos discriminatorios contra la mujer deben ser abolidos, por lo tanto las normas en cuestión deben ser derogadas. lo que sucede es que en nuestro país no se es capaz de hacer un estudio a fondo sobre el problema y se le sigue coartando a la mujer el libre ejercicio de un derecho.

3a. Quienes sostienen que si el agente mediante el empleo de la violencia somete al otro cónyuge, sin su consentimiento al acceso carnal, que pervierte y contradice los fines del matrimonio, se configura el delito en estudio. Esta es la teoría intermedia, y la más generalizadas, según sus defensores existen casos especiales en los cuales la mujer puede resistir, declarándose como consecuencia la criminalidad del marido violador.



PRIMER CASO : La ejecución del acceso carnal anormal, es decir que si el marido mediante el empleo de la violencia física o moral, o poniendo a su mujer en estado de inconciencia, obtiene el acceso carnal con ella por vías anormales; por ejemplo. el acceso anal violento, comete el delito de violencia carnal. Esto se entiende porque el acceso carnal anormal no está dentro de los fines del matrimonio y por lo tanto no excluye la antijuricidad. Y la mujer no está obligada a prestar su consentimiento para la ejecución de tales actos.

Además el acceso es la procreación. Puede suceder que el marido obliga a la mujer a realizar actos eróticos sexuales diversos del acceso carnal, como por ejemplo la " Fellitio inore", como medio para no tener más hijos, pero la mujer no está obligada a consentir tal acto, por lo tanto según el hecho, no se configura violencia carnal, sino abusos deshonesto propios. Lo que constituye débito cónyugal, es el acceso carnal normal, es decir, el acceso realizado por la cavidad orgánica naturalmente conformada para la realización de la cópula.

SEGUNDO CASO : El acceso carnal cuando media separación de cuerpos. Este caso se dá cuando el marido divorciado de su mujer la someta al acceso carnal aún por vía normal, por medio de violencia física o moral, o poniéndola en estado de inconciencia. Se configura el delito de violencia carnal, porque Ley acepta que la obligación de cohabitar cesa cuando hay separación de cuerpo.

Por lo tanto, la mujer separada legalmente de su marido, puede negarse a tener acceso carnal con él porque ya no existe un contrato que la oblique a prestar su consentimiento para la realización del acceso carnal.

Así que si el marido obtiene el acceso sin consentimiento de su mujer separada, aún por vía normal y mediante el empleo de los medios ya especificados, comete el delito de violencia carnal.

TERCER CASO : La realización del acceso cuando medio demencia o enfermedad infectocontagiosa.

Es también de la esencia del matrimonio que los cónyuges se auxilian mutuamente y ambos deben vale de consumo por la sanidad de la prole (Art. 253 del C. C.) De donde se deduce que cuando la unión carnal crea un riesgo para la salud de uno de los cónyuges, porque el otro padece de enfermedad infectocontagiosa, que puede transmitirse por tal medio o por la desendencia, por sufrir ambos o uno de ellos algún mal transmisible a los herederos, deja de ser un débito conyugal por cuanto contradice los fines del matrimonio y es susceptible de constituir violencia carnal si concurren los demás elementos del delito. (19).

Para el caso de enfermedad contagiosa, cuando un cónyuge infecta al otro, algunos tratadistas afirman que no hay violencia carnal; sino un delito contra la integridad personal. Pero enfocando el tema desde el punto de vista de la antijuricidad, esta ar-

gumento se destruye por que el hecho es antijurídico, por no ceñirse a las finalidades del derecho ejercido. Según la Ley Ira de 1.976, que modificó el artículo 154 del C.C. en su artículo 4 num. 6o. , trae como causal de divorcio : Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física síquica de uno de los cónyuge e imposibilite la comunidad matromonial".

Cuando el marido no obstante existir una causal cualquiera de separación de cuerpos, somete a su mujer al acceso carnal violento sin su consentimiento, comete el delito de violencia carnal.

CUARTO CASO : Cuando la negativa de la mujer a practicar el acceso carnal con su marido obedezca a motivos de higiene u otro igualmente razonable.

Más frecuente que la compulsión externa en el desenvolvimiento síquico de la mujer , para hacer con su marido, por motivo que el Juez debe valorar en cada caso, pués es posible que se presenten raros casos de justificación, es la que debe servir de criterio para valorar la conducta sexual y no dejar sin sanción atropellos sexuales consumados con el pretexto del llamado " Débito conyugal ", y que son el fondo graves ofensas a la dignidad del cónyuge coaccionado. Por ejemplo, el marido ebrio de alcohol, q que todas las noches maltrata a su mujer para envilacerla saciando su apetito sexual, alterado por el calor del alcohol, y que amenaza con el abandono económico o la reducción de las comodi-

dades; el que finge renunciar posiciones de donde derive los ingresos; el que coarta la libertad de la cónyuge, el que forma escandalos cada vez que llegue; son conductas punibles y por lo tanto el cónyuge que en esta o otra forma somete al otro al acceso carnal, sin su consentimiento comete el delito de violencia carnal.

(19). Pacheco Osorio Ob. Cit. Pag. 304.

CAPITULO IX

CONCURSO CONSUMACION Y TENTATIVA

1. CONCURSO DE INTENCIONALIDAD CARNAL Y OTROS DELITOS.

"No todas las disposiciones penales están dispuestas por el Legislador en el mismo rango". Hay algunas que parecen quedar inadvertidas entre otras disposiciones y como consumidas éstas. Algunos modos de conducta que el legislador ha sometido a pena como figura delictiva, lo son de modo que desaparece su especial valor delictivo cuando el actor es punible desde otro punto de vista desde el cual aquellas acciones ya están también valoradas. A esta relación que media entre dos leyes penales por la cual se excluye la una cuando la otra se aplica, suele llamársele concurso de Leyes.

"(20).

La figura jurídica conocida con el nombre de "Concurso de hechos punibles". Está establecida en el artículo 26 del C.P., que dice: "El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la Ley Penal, quedará sometido a la que establezca la pena mas grave, aumentada hasta en otro tanto". En este caso opera un fenómeno distinto al contemplado en el artículo anterior, o sea cuando existe un delito con pluralidad de sujeto que concurren al acto delictuoso.

Existe pues concurso de delitos cuando un sujeto con una o más acciones realiza varias infracciones penales.

La doctrin Y la jurisprudencia distingue dos clases de concurso:
El Ideal o Formal y el Real o Material.

Se dice que hay concurso formal de delito, cuando con una misma acción se violan varias disposiciones de la Ley Penal que no se excluye entre si . El concurso Real o Material se dá cuando un mismo agente realiza varias infracciones independiente una de otras, pero unidas por algunas circunstancias objetivas o subjetivas, que deben ser juzgadas en un mismo proceso. En nuestro caso concreto el delito de violéncia carnal puede concurrir con otro delito, así : En concurso Real, con el delito de rapto, tal hecho se dá cuando un hombre mediante violencia física o moral o de maniobras engañosas logra arrebatarse a una joven de quince años, por ejemplo, del lado de sus padres y aprovecha tal situaciones para cometer en ella violencia carnal. Se configura en tal supuesto dos infracciones que tienen existencia aislada e independiente, tanto desde el punto de vista objetivo, como del subjetivo; deben ser juzgada tal persona en un mismo proceso, por tener un móvil común, el acceso carnal. Pero puede ocurrir que después de realizado el acceso carnal, el actor mantenga a la víctima privada de su libertad locomotora, en este caso existe también concurso Real con el delito de secuestro, o se puede dar con el de detención Arbitraria según el caso.

En concurso formal, puede concurrir con el delito de Incesto, tal concurso se dá cuando el padre tiene acceso carnal con su

(20) Antonio Arcila G." El delito sexual en la Legislación Colombiana. Tercera Edición Pag. 29.

hija menor de catorce años: se violan dos disposiciones el artículo 259 y el Art.303 del Código Penal.

Aunque algunos tratadistas sostienen que tal hecho configuraría violencia carnal agravada por la circunstancia de que trata el Art.310 num. lo.

Pero tal punto de vista no es aceptado, porque no quiere señalar esto que cuando se tenga un delito sexual cumplido dentro de un trato investuoso, el agente de aquella infracción no puede responder de acuerdo con el artículo 26 del C.P., de un concurso ideal de hechos punible. Así toda vez que el sujeto pasivo sea una persona de las indicadas 303 se integra un concurso ideal de hechos punible, puesto que con un mismo hecho se vulneran dos bienes jurídicos, como son la libertad sexual y el bien Jurídico, de la familia. Por lo tanto el agente responde de acuerdo con el artículo 26 del C.P.

También puede ocurrir el concurso Real con el Homicidio con las Lesiones Personales, ya que si el agente procedió además con el propósito homicida o con el ánimo de lesionar, no se da la agravación que contempla el artículo 306. Porque el tanto de la pena o de la agravación que contempla el artículo 306.

Porque el tanto de pena ha fijado teniendo en cuenta las agravaciones queridos o previstos por el agente conforme a lo dispuesto en el Art. 306 del C.P. "(21).

(21) Pedro Pacheco Osorio Ob. Cit. Pag. 319.

II. TENTATIVA EN EL DELITO DE VIOLENCIA CARNAL.

Sobre la admisión de la tentativa en el delito de violencia carnal, se ha presentado controversia entre los expositores.

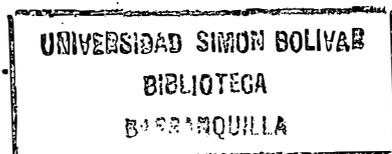
Algunos sostienen que el delito de violencia carnal no admite tentativa. Por que si bien se puede configurar violencia carnal con los medios empleados por el actor, bien el hecho realizado no llega a configurar tal ilícito, sino que se estructura otro delito distinto, sea el de " Abusos Deshonestos" , o " Corrupción de Menores".

Otros sostienen que la tentativa es o no posible según la figura que se trate ; así admitan que en la violencia carnal propia y en la obtenida mediante inconciencia provocada, se puede dar la figura de la tentativa, si el agente emplea los medios para el ayuntamiento, o sea que ha dado principio a la ejecución del delito, pero desiste a su consumación por una circunstancia extraña a su voluntad.

Solo una minoría de expositores admiten la tentativa de violencia carnal. Siendo la violación como es, un delito material y de resultado es lógico que admita la tentativa, aunque en la práctica sea difícil probarla. Por lo tanto, si se limita la acción a los actos violentos propios o impropios, y el resultado al acceso, es obvio que solo cuando el acceso se realiza, el delito es perfecto. Pero cuando el sujeto efectúa todos los actos de violencia dirigidos a la realización del acceso carnal, y éste no se efectúa por circunstancias ajenas a su voluntad, se estructura entonces de la figura de la tentativa.

Para demostrar la existencia de la tentativa en el delito de violencia carnal es oportuno el ejemplo que trae el Dr. Lisandro Martínez en su obra " Un individuo encuentra una niña sola en un campo. Le propone abrirla o disimuladamente que se deje poseer. Ella rechaza la proposición y trata de huir. El sujeto no le permite, la alcanza, la amenaza, la agarra, la golpea, la derriba, mientras le pide gráficamente que permita la introducción, prometiéndole que nada le pasará. La niña resiste, se cansa, se doblaga, el sádico la desviste , a su vez coloca en situación virible y estratégica su propio genital ya apto fisiológicamente para la cópula. Pero surge la madre de la niña y la golpea hace huir el presunto violador. Es evidente que se ha realizado violencia física más lo sería justo ni jurídico limitar la tipificación delictiva solo a los delitos contra la autonomía personal por ejemplo (22). Si se configura un delito contra la autonomía personal en el supuesto anterior, es evidente que éste no es el bien jurídico lesionado, o que se ha tratado de lesionar, sino la libertad sexual. Es necesario tener presente como lo sostuvimos anteriormente, que el delito de violación carnal requiere de un ingrediente subjetivo para su estructuración y por consiguiente, es indispensable analizar si el agente tenía el propósito de realizar el acceso sexual, y si este propósito de demostrar claramente, el delito cometido no es el de " Abusos deshonestos", sino el de tentativa de violencia carnal; porque el agente recorrió todo el camino para consumir el

(22) . Lisandro Martínez Ob. Cit. Pag. 336.



hecho, pero éste no se consumó por circunstancias ajenas a su voluntad. Pero si el elemento subjetivo o sea el proposito o intención - de, no lograr demostrarse, entonces si se puede corrupción de menores según el caso. En este mismo sentido se pronuncia el Dr. Vicente Arenas quien afirma:" El problema se reduce pues, a la prueba de si el - agente tenía o nó el propósito de ejecutar el acto carnal.

Aquí radica el elemento diferencial con los abusos deshonestos. Y siendo susceptible de prueba el propósito de tener el acceso carnal.

Consideramos que la tentativa es jurídicamente posible en el delito - de violencia carnal" (23).

Ocurre que cuando el agente ha empleado todos los medios necesarios para cometer el delito de violencia carnal, y cuando ya está para consumar el elícito, desiste voluntariamente de tal ejecución, no se estructura - entonces la tentativa de violencia carnal, sino que su conducta a los - hechos realizados durante el proceso ejecutivo, bastan para configurar por sí solos, otras infracciones, se puede estructurar un delito de abusos deshonestos, o bien uno de corrupción de menores según el artículo 305 del Código Penal.

De lo expuesto surge que si bien es cierto, que se requiere que la violencia se inicie, no todos emplean de ella hasta para configurar la tentativa de este delito.

Para tal hecho sucede, la violencia debe estar determinada por una serie de condiciones que obliguen al intérprete a estudiar detenidamente en cada caso concreto si en realidad ha habido principio de ejecución - unívoca directa o idónea.

con el fin sexual, y que la consumación del acceso no se haya verificado por circunstancias independiente de la voluntad de la víctima.

III. CONSUMACION DE LA VIOLENCIA CARNAL

El delito de violencia carnal se consume cuando el agente introduce el miembro viril en el cuerpo del sujeto pasivo.

No importa si la introducción ha sido parcial o total, o si se ha producido eyaculación o derramamiento seminal para su consumación, pero lo tanto en este caso el delito se consume aunque no se agote; porque para su agotamiento se requiere que el sujeto agente haya satisfecho su apetito mediante la eyaculación.

El delito de violencia carnal puede consumarse aunque el acceso se haya realizado en mujer ya desflorada, es decir que no se requiere desfloración del sujeto pasivo para su consumación, pero si ésta consuma, el delito se agrava.

Por parte, el momento consumativo del delito coincide con el hecho de someter a la víctima mediante violencia física o moral sin su consentimiento a la cópula; en la hipótesis de la violencia carnal verdadera, y con el de tener la menor catorce años de edad o quien el agente haya puesto por cualquier medio en estado de inconciencia. Es obvio que se requiera de la introducción del miembro viril, así sea incompleta, porque el supuesto de los simples, no configura acceso; por lo tanto tales conductas se acomodarían a la descripción

de los abusos deshonestos u otros ilícitos.

Sobre este tema ya insinuamos algo o lo tratamos casi todo en el capítulo Iv. num III. por lo tanto nos remitimos a ello.

CAPITULO X

DE LAS AGRAVANTES

I. AGRAVANTES POR VIRGINIDAD

El Artículo 306 del C.P., consagra como circunstancias agravantes - de la conducta descrita por el legislador en el artículo 300, cuando el hecho se comete con persona puesta en incapacidad de resistir; cuando se realiza con el concurso de dos o más personas; o cuando - el agente tiene alguna cualidad especial jurídica o natural sobre la víctima.

El artículo 306 " La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad en los casos siguientes:

- 1o.) Si se cometiere con el concurso de otro u otras personas
- 2o.) Si el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que de particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.
- 3o.) Si la víctima queda embarazada
- 4o.) Si se produjere contaminación venérea y
- 5o.) Si el delito se realizare sobre persona menor de diez años

La norma consagra como objeto pasivo en el primer numeral a el concurso pero en los otros dos puede ser persona de uno u otro sexo.

Asi mismo en el número el hecho se agrava cuando concurren las circunstancias calificadoras distinto, como son la virginidad.

y la honestidad; pero para un mejor estudio, las analizaremos por separado.

El concepto de virginidad ha traído múltiples confusiones y desde épocas anteriores se ha venido protegiendo la membrana denominada himen, tenida como signo de virginidad. Las legislaciones penales reconocen importancia a la virginidad de la mujer que ha sido víctima de un delito sexual.

El himen es considerado como signo indispensable para demostrar la virginidad de una mujer ; pero jurídicamente tal elemento membranoso no se debe seguir protegiendo, tal como lo es el elemento precario e incierto. El tabú del himen ha ido perdiendo creyentes a medida que los cambios sociales rebajan su esfera de atraso científico que tenía en otra época. La himenolatría como la denominan algunos, tienen que morir en un momento dado, tal como ha muerto en otras regiones más civilizadas, en donde se elimina tal membrana desde los primeros años de vida de una niña, y es que tal dolorosa operación no la quieren sufrir nuevamente mujeres que ya han sido desfloradas, por lo tanto, con el avance de la ciencia, lo mejor es que se elimine apenas una niña nazca, para darle entonces si, viavilidad al tan pregonado principio universal de la igualdad de sexos, porque así se elimina un estorbo para una jovencita que desea realizar el acceso libremente, pero que se encuentran inhibida por no perder algo que se lo han infundido como intocable, inalterable y que ha llevado a familias enteras y porque no decir-

lo hasta a pueblos enteros han llegado a perderse por la sola ruptura de una sutil ebra en una mujer.

" Esta membrana, que se encuentra situada en el vertíbulo de la vagina en un tabique que está colocado en el límite preciso entre los dos conductos vaginales y vulvar; tiene formas muy variadas y diversas modalidades, así tenemos, que existen himenes en forma de círculo completos o anular; en forma de media luna, de con cavidades dirigidas hacia arriba; el himen labiado o bilabiado que se compone de dos partes antes o posterior al grangeado, o sea que sus bordes se disponen en las denteladoras o muescas en forma de franjas; el que adopta la forma de una verdadera corona, con sus pétalos perfectamente delineados y que se llama coroliforme; el himen tabicado, o sea que si orificio está dividido en dos por un par de puestos o tabiques; el himen cribiforme o sea que la membrana está perforada por múltiples pequeños orificio que le dan el aspecto de una regadera; se encuentra la imperforación del himen cuando la membrana está sin orificio y que llega a producir complicaciones cuando la mujer llega a la pubertad y que impone su abertura quirúrgica para dar salida fácil a la sangre menstrual ".

(24). Se considera que una mujer es vírgen cuando no ha tenido relaciones sexuales, y aún conserva su himen intacto. Por lo tanto la pérdida de la virginidad es un hecho de suma importancia que debe verificarse por medio de la peritación, practicada en forma oportuna, a puesto signos físicos que la revelan. Pero en ocasiones esos signos faltan

y no permiten demostrar con plena certeza la práctica anterior al acceso:

El himen no es en todo caso requisito necesario, ni suficiente para fijar la virginidad, porque puede ocurrir que la pérdida de tal membrana se haya debido a causa accidental o de una intervención quirúrgica, o puede suceder también, que la mujer haya practicado acceso carnal y sin embargo mantiene el himen intacto, por se éste elástico o resistente; por ejemplo; también que la presencia del himen haya desaparecido por el transcurso del tiempo, es decir, que el himen en algunos casos se presenta en la edad juvenil antes que de la doncelléz, pero con el desarrollo anterior de la mujer, desaparece éste, sin requerir para ello ruptura por la introducción del pene.

El Código penal habla de virginidad y no de desfloración, aquel es un término más amplio, se puede decir que el género, este no tiene el mismo alcance, se puede decir que es la especie.

Desfloración significa: " Rotura del himen por la introducción del miembro viril en erección " (25). Pero esta noción trae muchas dificultades desde el punto de vista probatorio, por que como lo hemos espuesto antes, se presentan casos en que se realiza el acceso y sin embargo el himen no se desgarrar, ya porque no existe o porque la membrana tenga una conformación especial o sea muy profunda y el miembro viril no la logre alcanzar y por lo mismo no se rompe. En todos esos casos puede haber realización del acceso sin

(24). Antonio Arcila Ob. Cit. Pag. 51.

(25). Dr. E. Dabout. Diccionario de Medicina Edi.Nal. Mexico.

sin ruptura del himen. La Ley penal no exige pués, el hecho de la desfloración para que se estructura este agravante.

sino, " que el delito se cometa en la persona de una mujer virgen".

" Mujer virgen es aquella que coluntaria o involuntariamente no ha practicado el ayubtamiento secul normal. No es la desfloración la que agrava la pena en el delito de violación (o en el estupro, los abusos deshonestos y la corrupción de menores),sino el ayuntamiento normal cumplido con una mujer que antes no había sido sometida al coito " (26).

En la generalidad de los casos, la prueba fehaciente de que el hecho se ha cometido " en la persona de una mujer virgen", es la desfloración. Pero si tal ruptura no se dá , por lo que anotamos anteriormente; se puede demostrar que hubo acceso carnal, los vestigios de espermas que quedan en el genital femenino, esquimosis, o erociones de la piel, sobre todo en los muslos , o en la boca, o en la naríz, cuando el violador trata de impedir que la mujer grite; o que como a consecuencia del acceso sobrevenga al embarazo.

El himen a pesar de que sufre su ruptura, no desaparece totalmente, sino que se modifica su aspecto por el proceso de cicatrización;el parto si modifica totalmente esta membrana.

Cuando se dá la ruptura del himen y si el exámen de los peritos se hace pronto, se puede comprobar si la desfloración es reciente, o si por el contrario es antigua. Se dice que la desfloración es reciente, cuando el proceso de cicatrización no ha terminado. Los signos caracte-

risticos de la defloración son : Una o varias desgarraduras de la menbrana cuyos colgajes estarán tumefactos, dolorosos, separados, y hasta sangrantes según los casos. El proceso de cicatrización de estos colgajes depende de la constitución de la misma membrana. El término de cicatrización es aproximado, se puede dar entre los siete y diez días. Se dice que la desfloración es antigua cuando el proceso de cicatrización de tales colgajes ha concluido, entonces se dice que el hecho ocurrió no menos de diez días antes.

Por otra parte el exámen de los peritos médicos, no se reduce únicamente al exámen del sujeto pasivo. Debe también reconocer al sujeto activo; para comprobar si la comisión del hecho dejó en él huellas que logren demostrar su acción delictiva. O si por el contrario, por imposibilidad física, sicológica o natural no se puede afirmar que cometió tal infracción.

II. AGRAVANTE POR IRREPROCHABLE HONESTIDAD

Como lo digimos al comenzar éste capítulo, son dos las circunstancias agravantes exigidas por el numeral primero del artículo 306 C.P. Pero la norma no exige que concurren las dos circunstancias descritas para que el delito se agrave. Concurso de otro u otras personas no son palabras equivalentes, por lo tanto son dos las circunstancias agravantes de la conducta del sujeto agente, y tan solo se requiere de que concorra una de ellas.

(26) : Barrera Domínguez Ob. Cit. Pag. 452.

Por que puede suceder que una mujer sea virgen sin ser honesta, o viceversa, que sea honesta pero no es virgen. Ya que la mujer puede tener el himen intacto (signo de la virginidad), y ser no obstante deshonesta, sea porque realice actos eróticos diversos al acceso carnal, o porque su himen es elástico y le permita 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 irreprochable 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 ocasionan sufrimiento a los demás°

Dicen que una mujer es irreprochablemente honesta desde el punto de vista sexual, cuando se oasta, para, 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 refiere, según los sexos y el nivel socio-político que ocupe dentro del conglomerado social al cual pertenece. Por que no es lo mismo referir la honestidad sexual de una campesina, a la de una jovencita de la burguesía reinante en nuestra sociedad; por que aunque la campersina nunca haya realizado el acceso car-

nal , al llegar a una ciudad más desarrollada, no es tenida en el seno de la Sociedad como Honesta. Pero una hija de un gamonal perteneciente a la burguesía, que realiza el acceso a espalda 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 la 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 prostíbulo en espera de postor para su virginidad, o cuando se presta a exhibiciones impúdicas". (27).

La Honestidad en el sentido que la emplea nuestro legislador se refiere 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 a la falta cometida; es lógico que debe considerarse le 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.

(27). Luis C. Pérez E. Ob. Cit. Pag. 455.

No se necesita pues que la mujer sea inmaculada. Basta que en 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. AGRAVANTE POR COPARTICIPACION

El artículo que venimos analizando, contempla como circunstancias de



agravación, de que el hecho se cometa con el concurso de dos ó más personas.

El Código Penal en su artículo 24 , consagra la figura de la coparticipación o complicidad. Por lo tanto es necesarios saber si el delito de violencia carnal se agrava cuando él o los partícipes, participan en las ejecuciones del hecho o prestan al autor ayuda para la realización del acceso, o se dá tal agravantes con la sola ayuda posterior en cumplimiento de promesas anteriores del 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, por que es lógico que el fundamento de agravación radica en la mayor intimidación que se dá en la síquis del sujeto pasivo, con la presencia de dos o más personas que se presentan a violarla. Pero no es necesario que el acceso lo realice todos los participantes; basta que lo realice uno solo de ellos con el desentimiento 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 consecuencia 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 del mismo ".

Art. 24 del C. P. La ayuda debe estar encaminada a vencer la resistencia de la víctima a fin de que uno de ellos, o todos ejecuten el accero carnal.

Por lo tanto, el o los que ejecuten el accero carnal violento

responde conforme al Artículo 298 del Código Penal. los partícipes o conforme al Artículo 24 del Código Penal , 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 configura actos homosexuales. La agravación se dé pues por acción material o moralmente encaminada a vencer la voluntad y la resistencia de la víctima°

El fundamento en sí de esta gravante 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 segunda causal de agravación contemplada por el Art . 306 en su numeral 2o. y procede cuando " El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dá 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, ahora 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 resis-

tencia que pueda ofrecer la víctima con el mayor rigor de la represión penal.

El carácter 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, etc.

Pero si el responsable tiene la calidad de descendiente o ascendiente aún ilegítimo, de afine 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 259 del C. P. 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 otro tanto para (Ar. 26 C.P.), en atención al delito de incesto. Pero si se llegare a deducir la agravante 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 *nom bis in idem*" (28). Por lo tanto la particular autoridad sobre la víctima debe referirse a personas distintas de las enumeradas en 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 actamieto y respecto. El cargo es la dignidad el empleo u oficio merced al cual el sujeto activo mantiene bajo su autoridad o subordinación al ofendi

do, como en el caso del sacerdote que prevalido de su condición , comete este delito. La condición de sacerdote debe haber sido utilizado 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 prevaleciendo de su ministerio que le otorga un influjo indudable " (29).

Algunas legislaciones consideran como violencia moral presunta el abuso de estas condiciones de superioridad. Pero el estatuto Colombiano solo los toma en cuenta como agravante de la acción descrita en el Artículo 316, siguiendo las previsiones del artículo 1.513 del C. C., según el cual : " El mero tenor 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 descendiente o ascendiente a un mal irreparable y grave.

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 ocasionare la muerte o grave daños en su salud, la pena será de tres a doce años de presidio". Generalmente de la ejecución del delito de violencia carnal sobre viene una serie de secuales constitutivas de lesiones personales leves, que tienen su origen en el empleo del medio específico para la obtener

ción 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.

V. AGRAVANTE SEGUN EL RESULTADO

Pero cuando dichas secuales, como las escoriaciones, esquimosis, los ligeros trastornos del sistema nervioso; adquiere mayor entidad, ya sea 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 dá el deceso de la víctima, entonces se configuraría violencia carnal con homicidio por el resultado, consistente como lo hemos dicho, en un grave daño en la salud del sujeto pasivo o su muerte.

La norma establece como condición para que se estructura esta figura delictiva, " Que los actos ejecutados sobre la víctima", Es decir, los constituyos de violencia carnal; no haya sido querido por el violados 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 donde da lugar a que se configura otro delito con el homicida o lesiones personales, es pues un resultado preterintencional, por cuanto el resultado va más allá del resultado único del agente, o sea, el de emplear los medio necesarios para someter al presunto sujeto pasivo al acceso carnal. Debe existir pues un nexo de causa-

lidad directo e inconfundible entre las consecuencias y la violencia empleada.

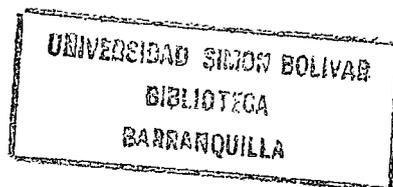
Pero si el agente procedió con la intención de lesionar o de causar la muerte, es decir, que al agente quiso el resultado asumió el riesgo de producir la consecuencia más grave, no se estructura la agravante es estudiado, sino que estaríamos en presencia de un concurso material de violencia carnal simple 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, conformidad a lo dispuesto por el artículo 26 del C. P. " (30).

" 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 .(31).

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 forma agravadas. También puede suceder que la víctima después de muerta la víctima como resultado de la violencia, efectúe el acceso carnal en el cadáver. En este caso habría concur-

(29). Luis C. Pérez Ob. Cit. Pag. 458
(30). Pedro Osorio . Ob. Cit. Pag. 319.

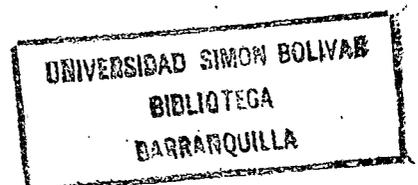


so de homicidio y profanación de cadáveres o delito imposible de violencia carnal " (32). Discrepa de esta posición el Dr. Luis C. Pérez, quien sostiene que : " no puede decirse que esta norma consagra una violación preterintencional, en que el propósito queda rebasado por consecuencias no queridas, 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 sufisonomía específica. Tan ciertos es esto, que si imaginariamente se borra la violación, queda el resultado culposos con todas su fuerza inculminatoria y habría que atribuir al agente el homicidio o las lesiones causadas por él " . (33).

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 1.980. Por que 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 levísimos. 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 grave o gravísimos no definidas de modo expreso en nuestro Código, sino una situación de hecho, que debe ser apreciado por el Juez con el auxilio de los peritos

médico. 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 libro 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.

-
- (31). Lisandro Martinez Ob. Cit. Pag. 349
(32). Vicente Arenas Ob. Cit. Pag. 151
(33). Luis C. Pérez Ob. Cit. Pag. 460.



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

XI. I. ATENUA NES POR MERETRICIO DE LA VITIMA

Siendo la Libertad y el bien Jurídico protegido pernalmente 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 meretríz, el hecho causa menos alarma social .

Esta figura la contempla el Código Penal como disposición común tanto para el delito de violencia carnal como para el estupro; en el artículo 301 del C. P. " Las penas señaladas en los capítulos anteriores se extinguirá si se contrajera matrimonio con el sujeto pasivo . En esta caso no se podrá proceder sino a virtud de petición o querella de parte.

Para los efectos Jurídicos el vocablo meretríz no es tan simple como lo es en el lenguaje corriente; para algunos meretríz 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 hombre; existe quienes exigen la venalidad y el acceso con varios hombres y la respectiva incripación o patente como prostituta ; para otros, la condición o calidad de ser la mujer meretríz

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 económicos, biológicos o endocrinológicos, por lo tanto la mayoría de las veces, sino todas, es el propio sistema imperativo en una sociedad el cargado 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 este atenuante se fundamentan en que " Lo único que se pueden quebrantar en la meretriz se fundamentan en un derecho a la abstinencia sexual, en cuanto le permite privarse parcialmente de satisfacer sus apetitos carnal, pues ya no tiene honestidad alguna, ni la mediania 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 ".(34).

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 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 voluntad de elegir al hombre para hacer lo que sea 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 este 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 defendido drásticamente y bienes sin tutelar adecuada por la condición de sus depositarios.

Exige además , la norma en estudio : " 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 la fuerza física

y moral, objetivamente consideradas, o sea el menor daño sufrido por la víctima y la sociedad " . (35).

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 esta ha perdido la fama o reputación ante la sociedad 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 quiere o puede hacerlo tampoco; quedando así impune conductas delictivas, debido al imperio clasista del derecho; tal como ocurre cuando a consecuencia de los actos ejecutados sobre la meretriz, sobrevenga el deceso.

XI. EXENCION DE PENA POR MATRIMONIO CON LA OFENDIDA

Esta causal específica de exención de penal la consagra nuestro estatuto Penal en forma común tanto para el delito de Estupro, como para el de violencia carnal, en el Artículo 307 del C. P. " Si cualquiera de los autores o partícipes de los delitos descritos en los capítulos anteriores contrajera matrimonio válido con el sujeto pasivo, se extinguirá la acción penal para todos ellos".

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, en un indulto que se le da 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 da al 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 exima de la pena.

Ahora bien ; " El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia , o la induzca a prácticas sexuales, estará sujeto a la pena de uno a cuatro (4) años de prisión". contemplado en el artículo 305, queda o no exento de pena contrayendo matrimonio con la ofendida. Si nos atenemos al texto legal del Art. 305, es claro que no, ya que lo que se dispone en esta norma no cobija la corrupción.

Asì se ha interpretado por algunos comentaristas del derecho Penal. Pero, para nuestro concepto si quedarìa exento de pena el agente de un delito de corrupciòn que contraiga matrimonio con la ofendida; porque el matrimonio es por sì mismo suficiente para deterner a la vïctima en el camino de la corrupciòn. Ademàs , debe tenerse en cuenta que el acceso carnal con menor de 14 años es punible, segùn algunos autores para prevarlas por este medio de la prostituciòn a que pudieran ser llevadas a causa de su inesperienza , y el matrimonio evita el peligro que en realidad es el que se sanciona segùn dichos autores. Es que la Ley debe interpretarse en beneficio de la sociedad a quien le interesa el resarcimiento del daño y no puede atenerse unicamente a los caprichos de quien persiste en continuar por los caminos de la perdiciòn.

Para la norma cumpla los fines de la justicia ha de interpretarse en el sentido que los abusos deshonestos y la corrupciòn de menores son susceptible de impunidad en virtud del matrimonio posterior del responsable con la ofendida, para asì llenar un vacìo dejado por nuestro legislador. Parece que con el nuevo Còdigo Penal hace extensiva la exenciòn de la acciòn Penal a estos delitos.

En nuestro caso concreto del delito de violencia carnal, la condiciòn puesta por la norma para eximir de pena al responsable es claro; " 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 el matrimonio se celebra. Porque puede suceder que la víctima se niegue a aceptar la promesa de matrimonio de quien la sometió al acceso que ella no consentía, o que el matrimonio no puede celebrarse porque la ofendida es mujer casada o impuber. Nuestra Ley no hace exigencia alguna en cuanto a la validez del matrimonio posterior. Por consiguiente, hasta la presentación de la prueba de acceso 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. Cual quiera 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 violación 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 posible el sometimiento por parte de una mujer, por lo tanto a esta norma es preciso interpretarla en el sentido que la impunidad favorece siempre al responsable cualquiera que

sea el suceso.

Otro vicio 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 mas personas.

Para abordar éste árduo problema que se desprende de la descripción del Artículo 307, muchos autores sostienen que cada comportamiento debe ser transcrito en forma amplia y mencionarse expresamente quienes gozan de éste perdón, si el autor principal o si por el contrario con el matrimonio posterior de alguno de los autores los demás quedan eximidos de pena.

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

Esta norma responde a una concesión del legislador, de carácter general que tiende a evitar la transcendencia y el escándalo en ésta clase de delito y que una vez subsanado el mal dentro de lo humanamente posible, con el casamiento, ningún interés conlleva la persecución de la acción contra los demás imputados con idéntico escándalo.

Si se favorece e autor principal con la exención de pena por el hecho de casarse con la ofendida, tal como ha de cobijar también

a quienes de una u otra forma facilitaron la consumación del acceso o sea a aquellos que menos se aprovecharón 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 encuentran en pié de igualdad criminoso 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 sostemos 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 al 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 partícipe.

RESUMEN Y CONCLUSIONES

La conducta sexual humana a través de todos los tiempos ha sido influenciada por factores extrajurídicos; uno de los que ha ejercido mayor acción es el religioso. Ya hemos visto como en la antigüedad asociaban instintivamente el concepto de delito con el concepto de pecado; con posterioridad encontramos la confusión que existía entre los delitos sexuales. Así en Roma, eran castigados bajo la denominación polifacética del " Crimen Vis", más tarde tomaron el nombre de Estupro, cualquier figura criminosa de tipo sexual, apareciendo en la época moderna con más claridad la distinción entre los diferentes delitos sexuales, lográndose distinguir la violencia carnal y el estupro por las características especiales que presentan cada una de estas figuras y al llegar hasta nuestra legislación actual vemos que la violencia carnal está contemplada, que encabeza los delitos contra " La Libertad y el Honor sexuales "

Cuando analizamos el artículo 316, que contempla esta figura delictiva, contenida en dos incisos, el primero de los cuales describe el delito de violencia carnal propiamente dicho, y el segundo inciso contempla una figura impropia de violencia carnal, ya sea por una circunstancia natural o porque el agente colocó a la víctima en estado de inconciencia. Las dos figuras fueron objeto de críticas por encontrar en esta disposición

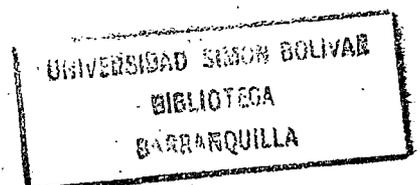
sustantivas de la Ley Penal muchas incongruencias. Observamos que en la redacción del mencionado artículo en el inciso primero, el legislador al describir precepto es redundante pues, utiliza la expresión someter , y seguidamente repite el concepto cuando exige que sea sin consentimiento de la víctima, lo cual queda implícito con la expresión " Mediante violencia física o moral", por que el empleo de ésta vicia el consentimiento.

En cuanto al inciso segundo señalamos la incongruencia , existente entre las disposiciones de la Ley Civil y el actual Código Pena; referente al consentimiento otorgado por mujer que ha cumplido doce años de edad para contraer matrimonio, según el Código Civil, mientras que el artículo analizado, el legislador penal considera que los menores de catorce años son impúberes, en consecuencias, erige como delito el simple hecho del acceso cumplido sobre el cuerpo de tales personas, presunción ésta que criticamos en el capítulo referente al tema. Cuando sostuvimos que este hecho debe no tenerse como constitutivo de violencia carnal, sino que su denominación específica debe ser la de " actos abusivos ", ya que no reúne ninguna de los elementos propios del delito de violencia carnal, a excepción del acceso carnal.

Además , la edad escogida por nuestro legislador es muy elevada para tenerla como base en cuanto a la falta de consentimiento; para evitar tal incongruencia, debe partirse de una edad entre los diez a doce años de edad°

Ahora es el mismo inciso segundo que dice " o con persona a la cual haya puerto en estado de inconciencia". Este hecho si lo consideramos como constitutivo de violencia carnal, por que el agente para colocar a la victima en estado de inconciencia, tiene que desplegar una fuerza que sirva para anular la capacidad de resistencia. Y si despues de haber realizado todos los medios para colocarla en tal estado, lo logro y realiza en su cuerpo el acceso carnal, no hay duda de que se cumplen los presupuesto del delito base, es decir de la violencia carnal.

Sin embargo, si nosotros damos por aceptada las anteriores denominaciones y asignaciones dentro de la violencia carnal Impropia, tambien encontramos que el legislador es erratico al presumir que existe violencia carnal cuando se realiza la cõpula con un menor de catorce años de edad, o con persona que se haya puesto por cualquier medio en estado de inconciencia, teniendo en cuenta que estas personas son incapaces para consentir, pues la Ley considera que no tienen capacidad de discernimiento y por lo tanto sanciona a las personas que tenga acceso carnal con ellas. No podemos admitir entonces la ubicaciõn que le dà el legislador al delito de Estupro Impropio que se comete con persona que padezca de alienaciõn mental o que halle en estado de inconciencia cuando el agente realiza el ayuntamiento con alguna de esta personas y no podemos admitirlo por que en esta caso el alienado mental y el inconciente se encuentra



rían en la misma situación descrita.

Respecto a la sanción establecida para cada una de estas figuras, también sostuvimos que aceptadas las ubicaciones hechas por el legislador de las disposiciones que estudiamos, no podemos negar que es antológicamente mas grave copularse con un menor, con un conciente o con un alienado mental, utilizando para ello una violencia efectiva, que realizarla en iguales circunstancias con una persona mayor de la edad señalada en la modalidad de la violencia carnal impropia, con una persona que tenga plena capacidad cognoscitiva.

Por ello criticamos al legislador al establecer las sanciones para todos los casos. Lo mismo sucede en la figura estupro descrita en el Art.301 ya que la sanción impuesta en esta norma es menos grave que la señalada en la violencia carnal.

Cuando estudiamos el capítulo de la libertad y el pudor sexual planteamos que está bien la denominación que de él hace el legislador Colombiano, en cuanto a la libertad sexual debe denominarse mejor "Libertad individual", por cuando aquella queda involucrada en ésta, en cuanto cada cual tiene derecho de elegir el objeto de su actividad sexual y precindir de ello, si así le place.

Si el estado tiene interés de proteger éste bien, no entendemos porqué no se atenúa la pena cuando el delito se comete en la persona de una meretriz o mujer pública.

En cuanto al otro bien tutelado por este delito, sostuvimos también

que existe unanimidad en su denominación como tal.

Por lo tanto el pudor como objeto jurídico puede ser descrito por nuestro legislador.