

**COMENTARIOS A LOS DELITOS CONTRA LA
LIBERTAD Y EL PUDOR SEXUALES**

EUCLIDES EUTIMIO PACHECO MARTINEZ

Trabajo de grado presentado
como requisito parcial para
optar al título de Abogado.

Director; DR. RAFAEL MELENDEZ

**UNIVERSIDAD LIBRE SECC ATLCO
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA DICIEMBRE 1983**

T
364.153
P. 116

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Diciembre, 1983

AGRADECIMIENTOS

A la UNIVERSIDAD LIBRE, Seccional Atlántico

A Todas aquellas personas que de una u otra forma colaboraron en la realización de este trabajo.

DEDICATORIA

A todas las parejas humildes y fieles de Colombia, que con su ejemplo dignifiquen la familia, dedico esta Tesis.

TABLA DE CONTENIDO

	Pag.
0.- INTRODUCCION,.....	8
1.- GENERALIDADES,.....	15
1.1.- NOTICIA HISTORICA,.....	15
1.2.- CARACTERISTICAS ESPECIALES DE ESTOS DELITOS,...	32
1.2.1.- Delito de Violación,.....	33 ✓
1.2.2.- Delito de Estupro,.....	33
1.2.3.- Actos sexuales abusivos,.....	34 ✓
1.3.- BIENES JURIDICOS PROTEGIOOS,.....	36
1.3.1.- La libertad sexual,.....	36
1.3.2.- El pudor,.....	39
2.- DE LA VIOLACION,.....	45 ✓
2.1.- NOCIONES GENERALES,.....	45
2.1.1.- Bien jurídico tutelado,.....	46
2.2.- DIVERSOS ASPECTOS DE VIOLACION,.....	47
2.2.1.- Acceso carnal violento,.....	47
2.2.2.- Acceso carnal violento según el Código Pe nal,.....	49
2.2.3.- Sujeto Activo,.....	50
2.2.4.- Sujeto Pasivo,.....	51
2.3.- CLASES DE VIOLENCIA,.....	52

2.3.1.-	Violencia física,.....	52
2.3.2.-	Violencia moral,.....	54
2.4.-	RELACION DE CAUSALIDAD,.....	55
2.5.-	CONSUMACION. TENTIVA Y CONCURSO DE DELITOS,...	56
2.6.-	VIOLENCIA CARNAL ENTRE CONYUGES,.....	58
2.7.-	ACTO SEXUAL VIOLENTO,.....	60 ✓
2.7.1.-	Elementos que configuran este delito,.....	60
2.7.2.-	Sujetos activos y pasivo,.....	61
2.8.-	ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACI- DAD DE RESISTIR,.....	62 ✓
3.-	DEL ESTUPRO,.....	66
3.1.-	NOCIONES GENERALES,.....	66
3.2.-	SUJETOS ACTIVO Y PASIVO,.....	68
3.3.-	ACCESO CARNAL,.....	70
3.4.-	ENGAÑO Y SEDUCCION,.....	71
3.5.-	CONSUMACION, TENTIVA. Y CONCURSO DE DELITO,...	77
4.-	DE LOS ACTOS SEXUALES ABUSIVOS,.....	82
4.1.-	NOCIONES GENERALES,.....	82
4.2.-	ESTADO DE INCONSCIENCIA. TRASTORNO MENTAL E INCAPACIDAD DE RESISTIR,.....	85
4.3.-	CORRUPCION,.....	93
4.4.-	SUJETOS ACTIVO Y PASIVO,.....	94
4.5.-	DOLO,.....	95
4.6.-	BIEN JURIDICO TUTELADO,.....	96
5.-	DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPITULOS ANTERIO RES,.....	99

5.1.- CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA,.....	99
5.2.- CONCURSO DE OTRA U OTRAS PERSONAS,.....	100
5.3.- AUTORIDAD SOBRE LA VICTIMA,.....	100
5.4.- EMBARAZO DE LA VICTIMA,.....	101
5.5.- CONTAMINACION VENEREA,.....	101
5.6.- SUJETO PASIVO MENOR DE DIEZ AÑOS,.....	102
5.7.- MUERTE DE LA VICTIMA,.....	102
5.8.- EXENCION DE PENA,.....	102
6.- DEL PROXENETISMO,.....	106
6.1.- NOCIONES GENERALES,.....	106
6.2.- INDUCCION A LA PROSTITUCION,.....	108
6.3.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DELA FIGURA,.....	109
6.3.1.- Animo de lucro,.....	109
6.3.2.- Deseos ajenos,.....	110
6.4.- ACTOS DE INDUCCION,.....	112
6.5.- COMERCIO CARNAL,.....	113
6.6.- CONSTREÑIMIENTO A LA PROSTITUCION,.....	115
6.7.- CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA,.....	116
6.8.- TRATA DE MUJERES Y DE MENORES,.....	117
6.9.- ESTIMULO A LA PROSTITUCION DE MENORES,.....	117
6.10.- PORNOGRAFIA,.....	118
6.11.- HOMOSEXUALISMO,.....	118
CONCLUSIONES,.....	120
BIBLIOGRAFIA,.....	153

INTRODUCCION



Siempre había sido para mí motivo de preocupación el comportamiento anómalo sexual de una persona, la confusión existente en relación al tratamiento que debía dársele a las personas con problemas sexuales.

Pero ante todo, me había inquietado ese inútil formalismo como se describen los comportamientos sexuales y las injustificadas penas que se aplican por parte de Legisladores y autoridades competentes, *en su orden.*

Es el tema del comportamiento sexual del hombre, el que mayor interés ha despertado al través de la historia, de todos los tiempos; pero como el origen de la vida misma siempre nos ha presentado un interrogante más, en la medida en que se avanza en su estudio.

Esto, en razón de la gran influencia que ejerce sobre el normal desenvolvimiento de una sociedad, es decir, si los instintos sexuales no se educan y controlan, se

puede volver hasta la promiscuidad sexual, trayendo como consecuencia degeneración de la descendencia, aumento de sordenedo dela población, aumento del índice delincuen cial, etc.

Un ejemplo de lo anterior, lo estamos en los actuales mo mentos presenciando, cual es de la irresponsabilidad , tanto de hombres como de mujeres; abandono de hogar, ina sistencia familiar, deenutrición en las familias, delitos contra la vida y la integridad personal por motivos de in fidelidad. Todo esto, en gran proporción, en la medida en que se desconocen valores pilares, como son los con ceptos de honor y se confunden otros como los de liber tad sexuales.

Fueron estas las razones que me animaron a hacer un es tudio sobre el tema, contenido en el titulo XI de nues tro actual Código Penal (Decreto NQ 100 de Enero 23 de 1980), del cual he desarrollado el presente trabajo, in titulado; "Comentarios a los delitos contra la libertad y el pudor sexuales", que pongo a consideración de mi director de Tesis, Doctor Rafael Meléndez López, y del director del Centro de Investigaciones, Doctor Luis Fe lipe Velasquez Lyons.

Consiste dicho trabajo, en un análisis crítico de los

diferentes tipos consagrados en el título referido, o sea la violación, estupro, actos sexuales abusivos, disposiciones comunes a los capítulos anteriores y del proxenetismo.

Consta además de los siguientes puntos;

- Generalidades, que a su vez comprende noticia histórica, donde vemos a grandes rasgos el origen del hombre, desde sus diferentes puntos de vista, o desde las dos grandes corrientes del pensamiento filosófico, cuales son, el idealismo y materialismo. Además nos hallamos con un esbozo de la vida del hombre, desde sus primeros pasos hasta los momentos actuales en relación con su comportamiento sexual. Finalizando dicho punto con una síntesis de las diferentes legislaciones por las que ha pasado nuestro Derecho Penal.

Características especiales de estos delitos, como su misma expresión lo indica, hallamos las particularidades de cada tipo penal que consagra el Decreto Nº 100 de Enero 23 de 1980. Como diferencias relevantes en relación con el código penal de 1936, encontramos que la edad del sujeto pasivo es de catorce años; fijándose este límite actualmente para determinación de la interdicción absoluta de las relaciones sexuales.

Entre otras diferencias tenemos que los diferentes tipos penales, ya no clasifican en atención a la naturaleza del acto realizado, sino por el medio escogido para su comisión.

La figura del estupro es transformada casi en su totalidad, conservando solo el engaño a través de la promesa formal de matrimonio; siendo la mujer sujeto activo y pasivo, lo mismo que el hombre.

Desaparece con el nuevo código penal, la himenolotría, el homosexualismo consensual entre personas mayores de catorce años de edad; desaparece la atenuante para el homicidio o las lesiones causados por provocación debida a acceso carnal ilegítimo, suprímese los delitos contra la moral pública, etc.

Bienes jurídicos protegidos, en el desarrollo de este punto, podemos ver los diferentes conceptos de las autoridades en esta materia; como son, los de libertad, honor, pudor sexuales.

El vocablo honor, consagrado en el título XII del código penal de 1936 es reemplazado por el de pudor en el título XI del actual código (Decreto Nº 100 de 1980),

quedando con su mismo sentido el vocablo libertad. O sea, que el título queda con la denominación de Delitos contra la libertad y el pudor sexuales.

Por último, tenemos el punto siete, denominado conclusiones, comprende su primera parte, una síntesis de las principales ideas que integran el contexto del trabajo.

En la conclusión propiamente dicha podemos hallar, la sustentación de mis ideas personales; fruto de un constante análisis del mundo circundante y de algunas reflexiones, como de un previo y concienzudo estudio de los diferentes conceptos sobre el comportamiento erótico-sexual del hombre, por parte de sexólogos, sicólogos, sociólogos, doctrinantes, jurisconsultos y comentaristas en general, como también de la interpretación técnica jurídica de cada tipo penal.

Porque como lo manifesté en un principio, fueron justas las razones que me animaron a escribir sobre el referido tema; que hoy con la satisfacción que deja todo esfuerzo nacido del deber, presento a consideración de quiénes tengo la convicción, son mis autoridades para calificarlo.

Y si llegado el feliz momento de ser aprobado el pre

sente trabajo, quiero recomendarle a mis compañeros y a amigos estudiantes de esta compleja materia del Derecho, le llenen todo vacío que en su contexto encuentren, a la vez de continuar profundizando en el tema; ya que de una buena regularización de las relaciones sexuales, depende en gran medida una disminución de la delincuencia activa de un país.

Es por esto que a raíz de la confusión existente en esta materia por parte de nuestros legisladores, en vez de bajar el índice delincuencial respecto de los delitos sexuales, aumenta en gran proporción, debido a que la solución no se puede lograr con simples prohibiciones, menos cuando a los problemas no se les toca en su raíz y son de semejante índole, como estos de la sexualidad humana.

Así vemos que en título XI del Decreto 100 de Enero 23 de 1980, se habla de delitos contra la libertad y el pudor sexuales; cumpliéndose esto excepcionalmente, en razón de que tanta libertad tiene hoy en día una persona de once, doce o trece años de edad, para abstenerse o disponer de su cuerpo en orden a su función sexual, como la tiene una persona adulta.

Lo mismo sucede respecto al pudor; Como primera medida

no existen en el referido título, tipos penales que lo consagran como bien jurídico tutelado.

Y en segunda instancia, vemos como este sentimiento, propio de las mujeres ha desaparecido; porque en vez de seguirlo conservando como un freno inhibitor, lo ha roto, para bien de su propio cuerpo y para mal de la sociedad.

De ahí que sea más aconsejable una regularización de las relaciones sexuales desde el punto de vista de la disponibilidad sexual; tanto para bien de la familia como de la misma humanidad, debido a que existiendo plena libertad sexual, disminuyen los problemas de esta índole que ocasiona la abstinencia erótico-sexual.

Libertad ésta, que no debemos confundir con libertinaje sino dada dentro de unas condiciones previamente establecidas por el Estado para garantía del individuo y de la misma colectividad. Todo lo anterior, complementado con una verdadera educación sexual, seguida de una política que facilite a las gentes toda clase de métodos anticonceptivos naturales y que explique a las parejas lo que significa la formación de un hogar y la responsabilidad que debe tenerse frente a la familia.

1.- GENERALIDADES

1.1.- NOTICIA HISTORICA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Gran misterio sigue siendo aún para el hombre moderno u hombre sabio homo sapiens su propia existencia; debido a no poder precisar la época de su aparición en la Tierra.

Dos grandes teorías se nos presentan al respecto; la de los científicos o evolucionistas y la de los intérpretes de la Biblia o convencidos de la Creación.

Según los evolucionistas, afirman, que hubo hombres prehistóricos parecidos a monos, intermedios entre el hombre y los animales .

Así mismo hablan de que ha podido venir de un animal parecido a un antropoide, y los antropólogos, basados en estudios de los fósiles nos presentan los siguientes especímenes;

El Propliopiteco, hallado en Egipto, con una existencia aproximada de unos treinta millones de años antes de la era Cristiana parecibo a Gibón.

El Driopiteco, hallado en África y Eurasia, con 19 millones de años de existencia, de un género - conciertos rasgos dentales típicos del hombre y - de los grandes antropoides.

Sin embargo, esta evidencia de los fósiles es débil; porque algunos evolucionistas no ponen a propiopiteco en la línea del hombre, sino en una línea que lleva a los gibones; y ponen a Driopiteco en otra línea que lleva a los antropoides.

Ellos creen que la criatura más antigua en la línea del hombre es unallamada Rampiteco. El times de Nueva Yor, dijo de esto; A mitad de camino durante el tiempo en que vivió Driopiteco, hace unos doce millones de años, aparecieron criaturas parecidas a monos con rostros casi humanos.

Este fué el género Ramapiteco, hallado en las colinas Siwualik del noroeste de la India. Por supuesto, que esto significaría una laguna aún más grande desde este hacia atrás a aquel supuesto antecesor común del hombre y el antropoide.

Entre Ramapiteco y el siguiente antecesor que se alista en la cadena, llamado Australopiteco, hay otra enorme laguna de diez millones de años en el registro de los fósiles entre el último ramapiteco y el más temprano de los australopitecos.

Entre los fósiles más recientes puestos juntos en el mismo género que el Homo sapiens, pero considerado como una especie diferente, está el Homo erectus hombre erecto, nombre este que muchos científicos dan a todas las razas fósiles que tienen un cuerpo humano y un cerebro que oscila entre los setecientos y los mil cien centímetros cúbicos.

Homo erectus está a un paso sobre Australopiteco u no Homo sapiens. Tres variedades, o subespecies, se han identificado claramente. El hombre de Java, con una antigüedad de quinientos mil años; el hombre de Pekín, que data de hace unos trescientos mil años y el hombre de Calais, hallado en Tangañica, como de cuatrocientos mil años de antigüedad.

De Homo erectus se ha llegado a la conclusión, de que es un ramo de la humanidad, posiblemente degenerado, que se extinguió como les ha pasado a otras razas.

Por último, tenemos fósiles que fueron considerados una vez como muy inferiores al hombre de tipo moderno; pero hoy se les clasifica como Homo Sapiens; nombre este que generalmente se da a todas las razas que tienen un cuerpo humano y un cerebro que mide de mil cien centímetros cúbicos hacia arriba, y que tiene un promedio entre mil trescientos cincuenta y mil quinientos centímetros cúbicos.

Este grupo incluye a todos los hombres modernos, Los pre-neanderthales son los ejemplos más tempranos de Homo sapiens.

Datan de alrededor de trescientos mil años antes - Jesucristo. Los arqueólogos han hallado fragmentos cretácicos cerca de Swanscombe, Inglaterra, - y Steinheim, Alemania.

Incluyendo además entre los anteriores, al hombre de Cro-Magnon, de un cerebro un poco más grande - que el hombre moderno.

Respecto a esto, la Biblia y la ciencia moderna - declaran; - Encierra gran significado el hecho de que muchos esqueletos fosilizados del hombre moderno se han hallado en muchas diferentes ubicaciones y a menudo con toda indicación de ser tan antiguos o más antiguos que los supuestamente menos adelantados homínidos que han sido desenterrados.

No hay evidencia verdadera contrala teoría mucho más razonable, adoptada por algunos, de que los - Neandertalense, el hombre de Pekín, etc, representan razas degenerada, descendidas de Homo sapiens como resultado de mutación, aislamiento, etc. De hecho, hay alguna evidencia de que el hombre moderno mismo es un descendiente algo deteriorado de - de los antecesores, se sabe que han sido superiores al hombre moderno, tanto en tamaño físico como en capacidad cerebral.

De acuerdo con la biblia, el hombre apareció en - la tierra, hace unos seis mil años, según interpretación que hacen los testigos de Jehová, tomando los seis largos lustros. Otras religiones, toman taxativamente los seis días de que habla la Biblia.

En el principio creó Dios los cielos y la tierra. Y la tierra empezó a producir hierba, vegetación que da semilla según su género y árboles que llevan fruto, cuya semilla está en él según su género, grandes monstruos marinos y toda alma viviente que se mueve, los acuales las aguas enjambra- ron según su género, las bestia salvaje de la tie- rra según su género, y el animal doméstico según su género y todo animal moviente del suelo según su género.

Mientras que la evolución no puede explicar el - principio de la vida, la Biblia puede hacerlo, - toda la investigación biológica muestra que la - vida viene solo de la vida., verificando el prin- cipio de biogénesis. El relato bíblico de Géne- sis revela a Dios como la fuente de toda otra vi- da; porque contigo está la fuente de la vida.

A medida que el hombre , con su elevada capacidad de cerebro, se extendió sobre la tierra, desarro- lló culturas separadas, algunas más adelantadas - que otras, Esto se debió, no a evolución, sino a geografías y a los idiomas cambiados. 1

Visto así, a grandes rasgos el origen del hombre desde sus diferentes puntos de vista, nos detendremos un poco, por razones metodológicas a analizarlo desde sus prime- ros pasos hasta llegar a emitir con conocimientos de cau- sa un concepto acerca de su comportamiento sexual.

Hagamos para su mejor comprensión , un esbozo histórico

1.- ESTADOS UNIDOS. ASOCIACION INTERNACIONAL DE ESTU- DIANTES DE LA BIBLIA. Llegó a existir el hombre por evolución o por creación? Brooklin, N.Y. s.t. 1968. PP 50 -125.

del comportamiento del hombre, desde sus relaciones por parejas, formación de la familia, gens, tribu, asociaciones gentilicias, hasta llegar a la formación del Estado, todo lo cual enmarcado dentro de las dos épocas por las cuales ha pasado la humanidad, hasta llegar a la Civilización, o sea, el salvajismo y la barbarie, subdivididas en estadios inferior, medio y superior.

En el estadio inferior del salvajismo, se supone que los hombres permanecían en los bosques tropicales, viviendo en los árboles la mayor parte del tiempo por instinto de conservación.

Se supone además que ya existe el lenguaje articulado. En el estado medio comienza a comer carne con el uso del fuego. En el superior inventa el arco y la flecha.

La época de la barbarie comienza con la alfarería, apareciendo la ganadería y la agricultura, esta última intensificada por el empleo del hierro.

Es el anterior cuadro, el escenario donde se desarrolla la maravillosa obra de la humanidad, proyectada por el hombre mismo. La humanidad tuvo como cuna la promiscuidad sexual; debido a que en el principio, el hombre se

relaciona sexualmente, en la misma forma como se alimenta; es decir, todo lo halla a su disposición.

El hombre en estos momentos, si bien posee por naturaleza una inteligencia, apenas comienza a desarrollarla actuando más bien por instinto, imitando algunas veces a los animales.

Es un ser feliz, despreocupado, que se relaciona sexualmente toda vez que siente deseos y con la hembra que le gusta. Lo mismo hace esta, acepta al primer macho que la requiera, toda vez que se encuentre disponible, porque allí la libertad sí existe, en razón de la igualdad.

Los grupos conyugales se clasifican por generaciones, denominada esta forma, familia Consanguínea; lo cual se infiere del sistema de parentesco hawaino existente en la Polinesia.

Pero llega un momento en que el hombre reacciona de ese salvaje comportamiento, en que comienza a pensar con mayor claridad y siente vergüenza, se excluyen las relaciones entre padres e hijos; lo mismo que entre hermanos, relacionándose ahora por grupos, denominada esta forma, familia Punalúa; de donde sale la gens, trayendo esto

como consecuencia un rápido desarrollo en las tribus.

La nueva generación que sale de esta forma de familia, sabe quién es su madre; pero no su padre, estableciéndose la descendencia por línea materna (Derecho materno).

El siguiente paso dado por el hombre, lo constituye la reacción de un noble sentimiento, existente en el fondo de su natura, pero que ahora aflora, estimulado por ese cúmulo de experiencias adquiridas.

Dentro de las relaciones sexuales por grupo, determinadas parejas se gustan y se enamoran; no tanto por el embrujo del placer, sino por algunas afectuosas atenciones dadas en momentos de necesidad; saliendo por consiguiente a vivir juntos por aparte, denominada esta forma-familia Sindiásmica, donde se exige la más estricta fidelidad a las mujeres, mientras dure la vida común, castigándose cruelmente el adulterio.

Sin embargo el vínculo conyugal se disuelve con facilidad por una y otra parte, y después como antes, los hijos solo pertenecen a la madre.

Esta familia aparece en el límite entre el salvajismo y

la barbarie; siendo de esta última época su característica así como el matrimonio por grupos lo es del salvajismo y la monogamia, de la civilización.

La familia Monogámica nace de la sindiásmica, fundándose en el predominio del hombre; su fin expreso es el de procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible. Se diferencia de la anterior por una solides mucho más grande de los lazos conyugales que ya no pueden ser disueltos por el deseo de cualquiera de las partes.

La primera división del trabajo es la que se hizo entre el hombre y la mujer para la procreación de hijos.

El primer antagonismo de clases que apareció en la historia coincide con el desarrollo del antagonismo entre el hombre y la mujer en la monogamia; y la primera opresión de clases, con la del sexo femenino, por el masculino.

Hay tres formas principales de matrimonio, que corresponden aproximadamente a los tres estadios fundamentales de la evolución humana. Salvajismo corresponde el matrimonio por grupos; a la barbarie, el matrimonio sindiásmico, a la civilización la monogamia con sus complementos, el adulterio y la prostitución.

La peculiaridad del progreso que se manifiesta en esta sucesión consecutiva de formas de matrimonio consiste en que se ha ido quitando más y más a la mujeres; pero no a los hombres, la libertad sexual del matrimonio por grupos.

En efecto, el matrimonio por grupos sigue existien

do hoy para los hombres. Lo que espanta a la mujer un crimen de graves consecuencias legales y sociales, se considera muy honroso para el hombre, o a lo sumo como una ligera mancha moral que se lleva con gusto.

La prostitución, entre las mujeres, no degrada sino a las infelices que caen en sus garras, y aún a estas en un grado mucho menor de lo que suele creerse. En cambio, envilece el carácter del sexo masculino entero. Y así es de advertir que el noviazgo prolongado es una verdadera escuela preparatoria para la infelidad conyugal.

Antes de la edad media no puede hablarse de que existiese amor sexual individual. En toda la antigüedad son los padres quienes conciertan las bodas en vez de los interesados. El poco amor conyugal que la antigüedad conoce no es una inclinación subjetiva, sino más bien un deber objetivo; no es la base sino el complemento del matrimonio. El amor, en el sentido moderno de la palabra, no se presenta en la antigüedad sino fuera de la sociedad oficial. Los pastores, cuyas penas y alegrías de amor nos cantan Teócrito y Moscos o Longo en su *Dafnis y Cloe*, son simples esclavos que no tienen participación en el Estado, esfera en que se mueve el ciudadano libre. Pero fuera de los esclavos no encontramos relaciones amorosas sino como un producto de la descomposición del mundo con mujeres que también viven fuera de la sociedad oficial, con hetéras, es decir, con extranjeras o libertas, en Atenas en vísperas de su caída y en Roma bajo los emperadores. Si había allí relaciones amorosas entre ciudadano y ciudadanas libres, todas ellas eran merecedoras de adulterio. Y el amor sexual, tal como nosotros lo entendemos, era una cosa tan indiferente para el viejo Anacreonte, el cantor clásico del amor de la antigüedad, que ni siquiera le importaba el sexo mismo de la persona amada.

Nuestro amor sexual difiere esencialmente del simple deseo sexual, del eros de los antiguos. En primer término, supone la reciprocidad en el ser amado; desde este punto de vista, la mujer es en él igual que el hombre, al paso que en el eros antiguo se está lejos de consultarla siempre. En segundo término, el amor sexual alcanza un grado de intensidad y de duración que hace considerar -

alas dos partes la falta de relaciones íntimas, y la separación como una gran desventura, si no la mayor de todas; para poder ser el uno del otro, - no se retrocede ante nada y se llega hasta jugarse la vida, lo cual no sucedía en la antigüedad sino - en caso de adulterio. Y por último, nace un nuevo criterio moral para juzgar las relaciones sexuales. Ya no se pregunta solamente, son legítimas - o ilegítimas? Sino también; son hijas del amor y de un afecto recíproco? claro que en la práctica feudal o burguesa este criterio no se respeta más que cualquier otro criterio moral, pero tampoco - menos; lo mismo que los otros criterios, está reconocido en teoría, en el papel.

La edad media arranca del punto en que se detuvo - la antigüedad, con su amor sexual en embrión, es - decir, arranca del adulterio. Y en el papel, tanto en la teoría moral como en las narraciones poéticas nada quedó tan inquebrantablemente asentado como la inmoralidad de todo matrimonio no fundado en un amor sexual recíproco y en un contrato de - los esposos efectivamente libre.

En resumen; quedaba proclamado como un derecho del ser humano el matrimonio por amor, y no solo como derecho del hombre, sino que también, por excepción, como un derecho de la mujer.

Pero este derecho humano difería en un punto de todos los demás llamados derechos del hombre. Al - paso en la práctica se reservaban a la clase dominante, a la burguesía, para la clase oprimida, para el proletariado, reducíanse directa o indirectamente a letra muerta, y la ironía de la historia confirmase aquí una vez más. La clase dominante prosiguió sometida a las influencias económicas conocidas y solo por excepción presenta casos de matrimonios concertados verdaderamente con toda libertad; mientras que estos, como ya hemos visto, - con las reglas en las clases oprimidas.

Así pues, lo que podemos conjeturar hoy acerca de la regularización de las relaciones sexuales después de la inminente supresión de la producción - capitalista, es más que nada, de un orden negativo, y queda limitado, principalmente, a lo que debe desaparecer, Pero qué sobrevendrá?

Eso se verá cuando halla crecido una nueva genera

ción; una generación de hombres que nunca se hallan encontrado en el caso de comprar a costa de dinero, ni con ayuda de ninguna otra fuerza social, el abandono de una mujer; y una generación de mujeres que nunca se hallan visto en el caso de entregarse a un hombre en virtud de otras consideraciones que las de un amor real, ni de rehusar entregarse a su amante por miedo a las consecuencias económicas que ello pueda traerle.

Y cuando esas generaciones aparezcan, se dictarán a sí mismas su propia conducta, y en consecuencia crearán una opinión pública para juzgar la conducta, de cada uno.

Si se reconoce el hecho de que la familia ha atravesado sucesivamente por cuatro formas y se encuentra en la quinta actualmente, plantéase la cuestión de saber si esta forma puede ser duradera en el futuro. Lo único que puede responderse es que debe progresar a medida que progrese la sociedad, que debe modificarse a medida que la sociedad se modifique, lo mismo que ha sucedido antes. Es producto del sistema social y reflejará su estado de cultura.

Habiéndose mejorado la familia monógamica desde los comienzos de la civilización, y de una manera muy notable en los tiempos modernos, lícito es, por lo menos, suponerla capaz de seguir perfeccionándose hasta que se llegue a la igualdad entre los 2 sexos. Si en un porvenir lejano, la familia monógamica no llegase a satisfacer las exigencias de la sociedad, es imposible predecir de que naturaleza sería la que le sucediese. 2

He aquí, porque en las legislaciones anteriores al Cristianismo no existía propiamente un sistema de delitos contra la abstinencia erótico-sexual. Además vemos que

2.- ENGELS, Federico. Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Progreso, Moscú, s.t. 1966. PP 178 - 180

la razón no es porque esta virtud no era demasiado frecuente y por lo tanto, no se creyó necesario colocarla al amparo de la tutela penal como un auténtico derecho de la persona humana, sino porque en esa etapa, todavía era considerada normal cualquier clase de relación sexual, en razón de su propia organización social.

Solo , cuando se llega a la individualización de la familia, comienza a regularse con un poco de severidad esas relaciones. En este sentido, o sea, siguiendo ese orden progresivo del que anteriormente hicimos referencia en contramos en los comienzos del Cristianismo doctrinas se veramente condenatorias de cualquier relación sexual practicada fuera del matrimonio.

El derecho canónico conmina con graves penas de índole espiritual todos los pecados de la carne, especialmente los ayuntamientos extramatrimoniales (fornicación), y la sodomía, aún relacionados con consentimiento libre decoacción y fraude, la bestialidad y la satisfacción ilegítima de cualesquiera otros placeres carnales. De esta suerte, la abstinencia erótico sexual no solo se preserva como un derecho, sino que se impone también como un deber, cuya cumplimiento queda sujeto a represiones.

En estos momentos se confunden los conceptos de pecado y de delito, y así por ej; se castigaron, bajo la denominación de estupro, la desfloración, aún con el consentimiento de la víctima, con penas comunes para los autores de la cópula, aunque a la mujer se le reservó un tratamiento más benévolo, por presumirse que siempre era ella la seducida; la fornicación real, no intervenida por la violencia ni el fraude, y hasta la espiritual (for

nicatio spiritualis), y el beso seductor. Todos - estos hechos, a pesar de que algunos no envuelven la violación de ningún derecho, recibieron la denominación genérica de delitos carnales.

Reprimióse también entre los romanos el lenocinio familiar, y de él se hizo al principio responsable al esposo que favorecían el adulterio de su mujer o que la retenía consigo despues de haberla sorprendido en flagrante concubinato con otro; más tarde se hizo extensiva la responsabilidad por este delito al padre y al amo que estimulasen la prostitución de la hija o sierva, en su orden.

A partir del siglo XVII y hasta nuestros días, las infracciones contra la abstinencia exual se reprimen sobre la base de que se viola el derecho que tiene el individuo a la conservación de dicha virtud.

En consecuencia, quién presta consentimiento válido, exento de vicios, para efectuar algún acto erótico-sexual, aún fuera del matrimonio, no es su jeto activo ni pasivo de ningún delito contra el bien jurídico expresado, no obstante que el hecho sea moralmente reprobable y lo sancione la Iglesia como pecaminoso. 3

Pero retrocedamos un poco, y veamos que medidas tomaban nuestros aborígenes pre-Colombianos en relación con los delitos sexuales;

Los Urabaes castigaban al adulterio con la muerte, los Cunas enterraban viva a la mujer forzada, y al hombre que quitaba la virginidad de una doncella le introducían por la uretra una varilla de espinas. Los Catíos cedían al esposo ofendido el

3 - OSORIO PACHECO, Pedro. Derecho Penal, Tomo II, Temis, Bogotá, 2 edc, 1977, P 246.

cuidado de la venganza. Los Chipataes administraban a los acusados una infusión de borrachero y los mataban si durante la embriaguez tenían un comportamiento deshonesto. El homicida debía morir;

Entre los Muzos, los parientes de la víctima se reservaban el derecho de castigar, los Guachos flechaban al ladrón, los Chibchas, imponían la muerte al homicida y al raptor.

El incesto se castigaba enterrando al autor en hoyo lleno de agua, daba derecho a dos jóvenes para gozar a la esposa del reo. Los Pederastas y adúlteros eran empalados, Los desertores recibían la muerte afrentosa.

Cuando se inició la conquista regían en el altiplano las normas dictadas por Nemequene, que orientaban la punición y contenían una embrionaria organización judicial a través del consejo superior de justicia presidido por el cacique de suba. 4

Por último, para ponerle término a la parte histórica del tema que nos ocupa, hablemos un poco de nuestra codificación penal. El derecho Penal Colombiano tiene sus fuentes en el derecho español, que a su vez fué influenciado por el derecho Romano, Germano y Canónico.

Declarada la independencia política de España, continuaron rigiendo los viejos estatutos peninsulares con las modificaciones hechas por las primeras constituciones que reconocieron los derechos individuales, las garantías penales procesales, e implantaron algunas normas coercitivas para asegurar su eficacia.

4.- PEREZ, Luis Carlos. Manual de Derecho Penal, Tomo I, Temis, Bogotá, 6 edc, 1977, PP 22 - 23.

Entre estas Constituciones, tenemos la de Cundinamarca de 1811, la de Tunja del mismo año; la de Antioquia de 1812, unidas con la reresión de Morillo hasta el 6 de Octubre de 1817, cuando - Bolívar desde Angostura, dicta un decreto para regular la administración de justicia en los territorios liberados, creando tribunales de instancia y una corte de apelaciones.

En 1819, El Congreso de Angostura facultó al - Presidente de la República para en favor de la humanidad mitigar, conmutar y aun perdonar las penas aflictivas, aunque sean capitales, previo concepto favorable del poder judicial.

Pero a falta de un estatuto penal, la constitución de Cúcuta de 1821 dió validez a las Leyes de Indias y demás pragmáticas y cédulas originarias de la Corona.

En 1823 se presentó a las cámaras el primer proyecto de código penal, basado en el código español, de 1822, el cual no fué considerado.

Solo en 1837 mediante la Ley del 27 de junio, el Congreso aprobó el primer código Penal Colombiano, el cual durante sus veinte años de existencia tuvo fundamentales reformas como la supresión de la pena de muerte, la libertad de prensa.

En 1851 se establece por primera vez el jurado en los juicios por delitos de homicidio, robo y hurto mayor.

Tenemos luego el código penal de 1873 dictado sobre los principios fundamentales de Rionegro 1863, cuales fueron inviolabilidad de la vida humana, - libertad absoluta de imprenta, locomoción, industria, instrucción, religión, profesión, asociación y comercio; garantía para la libertad, propiedad - y seguridad.

Triunfante la regeneración y reunificada la República, se pensó que mientras el poder legislativo no disponga de otra cosa, continuará rigiendo en cada departamento la legislación del respectivo estado.

Desde 1886 a 1890, en que expidió la Ley 19, sobre código penal, rigieron las normas de los extinguidos Estados soberanos como estos no autorizaban la pena de muerte, cuando debiera aplicarse a los

responsables de los delitos enumerados en el art. 29 de la Carta, debía regresar al viejo estatuto Cundinamarques, que si la reconocía.

En 1888, el consejero de Estado Demetrio Porras-presentó un proyecto de código penal, elaborado sobre los principios liberales de Carmignani y - Carrara, dándole cabida a los absolutismos de Rossi, (el delito es violación de un deber), El - Consejo no aprueba este proyecto y lo pasa a uno de sus miembros, Juan Pablo Restrepo; quien propone recopilar las normas jurídicas que habían - dejado de existir, el cual es aprobado en 1890, reproduciendo la rigidez penológica del 1873, de modo que prácticamente fué este el que rigió hasta 1936, con modificaciones como la supresión de la pena capital por el acto legislativo número 3 de 1910.

En 1922 José Vicente Concha, propone un proyecto de código penal, el cual no alcanzó a regir.

Una comisión creada por la Ley 81 de 1923 estudió el proyecto que entregó al gobierno en 1925 apartándose del Ferri, (1921), en el sentido de no aceptar el concepto genérico de sanciones, sino el mixto de penas y medidas de seguridad. También - se apartó del Italiano al reconocer causas de imputabilidad y causas de justificación, así como - la exclusión positivista de recluirlo en un manicomio criminal.

El gobierno no le dió curso a este proyecto, y en 1926 contrató una comisión de funcionarios Italianos para que elaborara otro sobre las bases del - de 1912 y se apartara, por consiguiente, del criterio progresista reflejado en el de 1925.

-Esta comisión regresó sin haber logrado imponer sus textos, hasta que se expidió la Ley 20 de - 1933, que organizó para principios de 1934 la comisión de asuntos penales y penitenciarios, encargados de elaborar el proyecto definitivo que acogió la Ley 95 de 1936, cuyos principios básicos - son los siguientes;

- La defensa social como sustento de las sanciones y eficaz prevención de la delincuencia; la imputabilidad sicofísica como base de la imputabilidad-

criminal, siéndo en consecuencia responsabilizados penalmente los enfermos de la mente, los intoxicados y los menores, como sujetos peligrosos para la sociedad.

El estudio del delincuente y no solo del delito como ente jurídico; siendo la peligrosidad la medida de la pena de entre el mínimo y el máximo señalado para el delito. El título de las sanciones no debe contener exclusivamente la reglamentación de lo que tradicionalmente se ha llamado pena, también las medidas de seguridad aplicables a los menores y a los insanos. 5

Y ha cuarenta y dos años de existencia del anterior código penal, se somete al criterio de una comisión asesora el anteproyecto de 1978, el cual tuvo varios proyectos precedentes.

Este anteproyecto fué aprobado constituyendo nuestro actual código penal (Decreto Nº 100 de Enero 23 de 1980). Entre estos proyectos precedentes, tenemos el anteproyecto de 1974 y el proyecto de 1976.

El anteproyecto de 1974 con la ponencia del Doctor Lisandro Martínez Zúñiga, contiene las actas Nº 75 del 28 de Septiembre de 1973 y la Nº 76 del 3 de Octubre del mismo año.

5.- Ibid. PP 24 -27

Entre los principios básicos que consagra nuestro actual código penal, tenemos los siguientes;

- El juicio de inimputabilidad se hará clínicamente, teniendo en cuenta las particulares condiciones socioculturales de cada uno, la formación y el desarrollo moral, la influencia del medio ambiente, etc. Es decir, haciendo un estudio clínico de los hechos, las circunstancias que lo rodean y demás factores que pongan en claro la situación en que el sujeto actuó, para luego deducir si es imputable o no.

En conclusión, podemos decir, que el actual código penal se basa en la culpabilidad, diferenciándolo del anterior ya que el imputable, por su intención y su capacidad de comprensión, se le impone una pena, en razón de su reprochable comportamiento.

Y al inimputable, se le tiene como no responsable, en razón de no poder obrar culpablemente, imponiéndole en consecuencia medidas de seguridad, las cuales tienen una función de curación, tutela y rehabilitación.

1.2.- CARACTERISTICAS ESPECIALES DE ESTOS DELITOS

Los principales delitos sexuales se clasifican en tres grupos que integran los tres primeros capítulos del título XI del actual código penal ,Decreto Nº 100 de Enero 23 de 1980 , y se distinguen fundamentalmente por el medio escogido para su comisión.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

1.2.1.- Delito de Violacion

Se configura este delito, cuando el medio empleado para su comisión es violento, sin importar la edad del sujeto pasivo, bien sea que la víctima sea sometida al acceso carnal o a otros actos erótico-sexuales.

De este delito, se consagra una modalidad, consistente en poner a la víctima en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual, para accederla o ejecutar en ella cualquier otro acto erótico-sexual.

1.2.2.- Delito de Estupro

Cuando el acceso carnal o la ejecución de otros actos erótico-sexuales se obtienen mediante engaño, se estructuran el delito de estupro, siempre que la víctima sea

mayor de catorce años y menor de dieciocho.

1.2.3.- Actos sexuales abusivos

Quando el sujeto pasivo sea menor de catorce años o se encuentre en estado de inconsciencia o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o esté incapacitado para resistir, tipificase este delito, bien sea que se realice la cópula o cualquier otro acto erótico-sexual.

Distinguese una edad intermedia, entre los diez y los catorce años, en la cual, y por lo tanto, la pena es menor cuando media ésta. Comoquiera que es posible que dicho consentimiento sea obtenido mediante engaño, para tal hipótesis, constitutiva de estupro, señálase un aumento de la pena.

Siempre que la víctima sea menor de diez años, el delito que se configura será el de los actos sexuales abusivos, a menos que concurra fuerza, en cuyo caso se estructurará el de violación. La trata de mujeres se reprime más severamente.

La destinación de casa o establecimiento para la prácti

-ca de actos erótico-sexuales con menores de catorce años se erige en delito con el fin de desestimular la prostitución de personas que aún no tienen la plena capacidad de disponer de sus cuerpos en el campo sexual.

El límite fijado actualmente para determinación de la interdicción absoluta de las relaciones sexuales es de catorce años, tomando como circunstancia de agravación punitiva la violación, estupro o realización de actos sexuales abusivos en persona menor de diez años.

Tanto el hombre como la mujer pueden ser sujeto activo de violación.

Sujeto pasivo puede ser lo mismo el hombre que la mujer. La violencia puede ser física o moral.

El delito de violación se consuma con el acceso carnal. Puede concurrir con otros delitos, como el incesto, secuestro, En el delito de actos sexuales violentos, distintos del acceso carnal, pueden ser sujeto activo y sujeto pasivo tanto el hombre como la mujer.

En el estupro, tanto el hombre como la mujer pueden ser sujeto activo; lo mismo que el sujeto pasivo, puede ser lo el hombre que la mujer, en el delito de corrupción,

puede ser sujeto activo o pasivo, tanto el hombre como la mujer.

1.3.- BIENES JURIDICOS PROTEGIDOS

Dos bienes jurídicos concurren tutela el título XI del actual código penal, al cual no venimos refiriendo. Son ellos la libertad y el pudor sexuales.

1.3.1.- La libertad sexual

Tomada en su aspecto negativo, o sea el derecho de no ser obligado a realizar algo contra su voluntad y no en el aspecto positivo, o sea facultad de hacer.

Se entiende la libertad sexual en su aspecto negativo, como la virtud que consiste en privarse total o parcialmente de satisfacer los apetitos sexuales, o sea la abstinencia sexual; que es en sí un precioso don de la persona, del que ha menester para suprema satisfacción y para hacerse acreedor al respeto y estima de los demás. En consecuencia es un derecho que poseen, desde los individuos más honestos hasta los más licenciosos, siendo una obligación del Estado y la sociedad preservarlo; - porque ese derecho contribuye a realzar la dignidad humana, a mantener la sanidad y pureza de la - estirpe y a dar solidez alas buenas costumbres. 6

6.- PACHECO, Op. Cit. P. 243

La libertad sexual consiste en la facultad de acoplarse sin coerciones en el dominio de los poderes gènesicos. El conocimiento de la función sexual, la educación, la dignificación de todos los seres humanos, el respeto por sus preferencias, y sobre todo, la igualdad social. 7

Haciendo un breve análisis de todo lo anterior, vemos que el primer tratadista de la referencia, coincide en su discernimiento con respecto a la definición que da nuestro código penal, al enforcar la libertad sexual desde el punto de vista de su aspecto negativo.

Algo semejante conceptúa el segundo, pero con la diferencia de comprender sus dos aspectos, o sea facultad de hacer aspecto positivo, y de no ser obligado a realizar algo contra su voluntad aspecto negativo.

Porque cuando conceptúa que la libertad sexual consiste en la facultad de acoplarse, está dando a entender la facultad de hacer; al tiempo que complementa, sin coerciones, o sea da a entender que esa facultad debe ejercerse libre de todo vicio; ya sea que la persona pueda actuar acorde con su voluntad, no imponiéndose a ella fuerza física ni moral, engaño o fraude, etc.

7.- PEREZ, Op. Cit. P. 331

Además hay algo especial en su concepción de la libertad sexual, cuando agrega; y en el dominio de los poderes genésicos, quiere decir, que como en el caso del menor de catorce años, que la Ley considera inmaduro en el sentido de no tener pleno conocimiento para obrar libremente en materia sexual; el inconsciente y el alienado o enajenado mental, que no está en plenas capacidades para poder discernir, ni resistir al menor estímulo, aunque no se considere como una facultad de hacer ni como un deber debe protegerlo la Ley como un derecho que nace con la vida, así por ejemplo a no ser lesionado en su vida, honra y bienes de que es acreedor; ya por la gracia Divina, su honrado comportamiento o sus constantes sacrificios para obtener sus cosas propias.

Aunque podría interpretarse también, en el sentido de considerar el sexo como una fuerza controlable por la razón

En conclusión, podemos decir, que la libertad sexual es el derecho que toda persona tiene a conservarse inactiva en materia erótica, hasta cuando ella lo desea.

La mayoría de los tratadistas está de acuerdo en que se proteja la libertad sexual, en razón de que ella hace parte de las más íntimas y esenciales dignidades y noble

zas humanas, como son los actos de disposición por parte de otros del mismo cuerpo, de manera tal que las relaciones sexuales no sean cumplidas frente al propio disenti- miento.

1.3.2.- El pudor

En cuanto a este segundo bien jurídico protegido por nues- tro código penal en su título XI, podemos decir, que se ha preferido al de honor, por ser más específico, es decir en el sentido semántico del término, ya que pudor equiva- le al honor sexual subjetivo, identificándose el honor ob- jetivo con la honestidad.

El pudor en la actitud es recato o modestia, Reacción ru- borosa frente a insinuaciones o propuestas más o menos in- morales. Es recato en dichos y hechos o pudicia, hones- tidad, castidad, vergüenza, rubor.

Es la virtud que consiste en guardar y observar honesti- dad en acciones y palabras.

Jurídicamente tiene el valor, como la honestidad misma, de afectar lo mismo que su contraria la impudicia, a la configuración de determinados delitos.

Más que una definición del pudor público, es conveniente su caracterización como la compostura, la vergüenza, la reserva que la generalidad de los miembros de una sociedad guardan en determinado momento histórico, frente a los asuntos de índole sexual, especialmente, a los que de manera más o menos explícita, hacen referencia a la unión de los sexos.

Un sentimiento que alude a la moralidad y normalidad de los actos de esa especie. Se discute también si el pudor público es un sentimiento innato o adquirido.

Basta observar que ese sentimiento está ausente de las criaturas, a las que nada importa mostrarse desnudas y recordar el concepto del pudor que tiene ciertas tribus primitivas como los Bosquimanos, que cubren sus brazos con adornos y dejan al desnudo las partes pudendas o los indígenas de Nueva Gales del Sur, que visten a los niños en tanto que los mayores andan desnudos. El pudor es un fenómeno social, que se ha desarrollado en todas las épocas de la historia, como una especie de necesidad de mantener en reserva las relaciones de naturaleza sexual.

El pudor constituye una barrera natural contra los excesos y las perversiones a que pueden llevar el instinto

sexual, un baluarte que asegura la indispensable medida y continencia de sus manifestaciones.

El instinto sexual llevaría a los más riesgosos extremos si no encontrara un freno que lo regulara, un dique lo contuviera. Y esa es precisamente la función del pudor, sino un sentimiento vital que obedece a irrenunciables exigencias sociales. La pornografía es obscenidad, es una perversión del sentimiento, la difamadora de la belleza.

Este sentimiento está además, íntimamente ligado a la salud moral del pueblo, en especial de la juventud, a la que debe defenderse de cualquier contaminación corruptora del espíritu. Los pueblos grandes y fuertes son los pueblos física y moralmente sanos.

La sociología muestra que el preanuncio de la decadencia de los pueblos va acompañada del menosprecio al pudor.

No hace falta recordar a Grecia y a Roma, pues tenemos ejemplos más próximos. Los delitos de esta categoría no violan directamente las reglas de derecho que gobiernan la vida sexual, pero la ponen en peligro. Objeto

de la protección jurídica es el sentimiento del pudor; no el pudor de la persona ante quien se ejecutan exhibiciones obscenas, sino el pudor público.

El titular del bien lesionado por los ultrajes al pudor público es la sociedad. Y ese bien es la decencia sexual pública. Esta no se lesiona porque el hecho atente contra la idea que de la decencia sexual tenga el individuo, que en el caso particular padece personalmente la materialidad del delito, por ej; leyendo el libro obsceno o presenciando la exhibición de esa índole. Con arreglo a los hechos castigados por la Ley penal, las que lesionan la decencia sexual pública son las conductas obscenas.

Y por último, para complementar este tema, debemos hacer claridad en lo que respecta al honor sexual, que protegía como segundo bien jurídico el anterior código penal.

Veamos algunos conceptos;

- El honor sexual debe entenderse de doble manera
- Como sentimiento íntimo de estimación y respeto a la propia dignidad, que es lo que se denomina propiamente honor (subjetivo);
 - Como buena fama o reputación de que goza una persona ante las demás, que es lo que se llama honor objetivo u honra.

En otros términos; el honor subjetivo es de na

turalidad personal y la honra es de naturaleza social. El primero está ligado a las concepciones éticas de cada cual, según su posición en la vida, y responde a los sentimientos consiguientes, más o menos variables según la índole y actividades del sujeto. El segundo es predominantemente externo, se refiere a la valoración de la persona y de su conducta hecha por otras, y puede prolongarse en las generaciones y los grupos. Sin que esta permanencia le quite su sentido fluctuante y tornadizo. 8

Es 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 su buena conducta en tales materias (honor sexual objetivo), parece claro que no es sino una secuela de la abstinencia erótico-sexual. Quien practica esta, es para sí mismo y para los demás una persona pública, sexualmente honesta y honrada. 9

La honra depende de la opinión de los otros hombres. Se quita la honra a una persona atribuyéndole una acción villana; se ofende su honor, proponiéndosela.

La honra es un honor tradicional, histórico, heredado; es el caudal que nos legaron nuestros padres. El honor se tiene; la honra se hereda, es según su concepto de Barcia.

El honor es independiente de la opinión pública, la honra es o debe ser el fruto del honor, esto es la estimación con que la opinión pública recompensa aquella virtud (un hombre de honor es la honra de la familia).

En el caso de las personas que carecen de honor

8.- Ibid , P. 331

9.- OSORIO PACHECO, Op. Cit. P 243.

subjetivo y objetivo o de uno y otro, como ocurre con un recién nacido, con un deshonesto, siempre son titulares del derecho al honor. De modo que los atentados que en su contra se perpetren, que no pueden lesionar el honor o la reputación de los nombrados por cuanto no están en posesión de ninguno de estos bienes debido a su situación especial, en todo caso deben ser castigados, ya que constituyen un atentado a este derecho al honor. Y lo constituyen, por cuanto el autor del agravio no ha guardado la consideración debida, el tratamiento digno que puede exigir todo ser humano en su calidad de tal y como componente de la sociedad.

El honor está formado por el concepto que un hombre tiene de sí y la valoración que los terceros hacen de él; el derecho al honor es la facultad que tiene todo ser para reclamar un tratamiento digno.

El derecho al honor no presupone la existencia de un honor determinado, pues bien puede ocurrir que el acreedor del derecho carezca de honor. 10

10.- PEREZ, Op. Cit. PP 417 -418

2.- DE LA VIOLACION



2.1.- NOCIONES GENERALES (1)

En la doctrina y en las legislaciones escritas se le conoce a este delito, también con los nombres de estupro violento, violación y fuerza, violencia, y ha sido considerado desde la antigüedad hasta nuestros días como el delito más grave de los delitos sexuales.

En Roma, donde se le consideraba como estupro violento, se castigaba al culpable con la pena de muerte.

En igual forma se procedía de acuerdo al fuero juzgo contra el siervo que forzara a una mujer libre; pues se le condeaba a morir, quemado enfuego. Ahora bien, si un hombre libre, forzaba a una mujer libre, era castigado a recibir cien azotes y a ser dado por siervo a la víctima. La diferencia de castigos se establecía en atención a la calidad de la mujer ofendida; si se trataba de viu

da de buena fama, o virgen, o casada o religiosa, el hecho de yacer con ella por fuerza, era reprimido con la muerte, y todos los bienes del culpable pasaban a ser de la violada, haciendose extensiva la sanción a los que le ayudaron a forzarla; más si la víctima era alguna mujer, otra, que no fuese ninguna de estas sobredichas, quedaba sujeto a pena arbitraria, que el juez debía aplicar, cando quien es aquel que hizo la fuerza, o la mujer que forzó o el tiempo, o el lugar en que lo hizo. También se prohibía a la ofendida casarse con su ofensor, so pena de que los bienes de éste pasasen a poder del padre o madre de aquella, sino 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 le incorporaban al patrimonio de su convenio.

2.1.1.- Bien jurídico tutelado

Tanto en las legislaciones anteriores, como en el actual código penal, se ha venido considerando como bien jurídico lesionado por este delito, la libertad sexual, en razón de que este concepto, se ajusta más adecuadamente para comprender el derecho tutelado en el tipo descrito por el legislador, ya que éste se refiere a toda conducta normal o anormal, que realice el acceso carnal. Lo anterior, con la diferencia de que en nuestro actual có

digo penal, ya no se consagra como agravante la virginidad u honestidad de la víctima, en consideración a este delito; ya que bien se puede cometer contra mujeres honestas que contra mujeres deshonestas o de vida disoluta.

2.2.- DIVERSOS ASPECTOS DE LA VIOLACION (2)

Tenemos los siguientes;

- Acceso carnal violento art. 298 .
- Acto carnal diverso del acceso carnal, realizado mediante violencia art. 299
- Acceso carnal con persona a la cual se haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia art. 300, primera parte .
- Acceso carnal con persona en estado de inferioridad síquica art. 300, segunda parte .
- Acto sexual, diverso del acceso carnal, ejecutado en cualquiera de las circunstancias indicadas en los literales ; c y d, art. 300, tercera parte .

2.2.1.- Acceso carnal violento

En antigua legislación, donde se denominaba al delito de

violación, como fuerza o violencia, solo se consideraba como delito el acto carnal con una mujer realizado en forma normal, contra o sin la voluntad de ella. Contra su voluntad, cuando el agente activo, para lograr sus propósitos, usaba de la fuerza física o de una intimidación suficiente para colocar a la mujer en incapacidad de resistir y sin su voluntad, cuando la mujer, por cualquier causa, se encontraba privada de la razón del sentido o no había alcanzado la edad de la pubertad legal.

Lo anterior, en razón de que en esa época, se entendía como acceso carnal la conjunción normal sexual. Por ello, todo acto distinto del coito, cualquiera que fuera su naturaleza o su inmoralidad, no constituía el delito de violencia, porque este suponía la introducción del miembro viril en las partes genitales de la mujer.

Posteriormente se adoptó la tesis de la escuela Italiana, según la cual la materialidad del delito consiste en la introducción del aparato genital masculino en el genital femenino, o bien, en la apertura anal del mismo o de diferente sexo, es decir, en la penetración física del órgano viril en cualquiera de tales regiones corporales. En nuestra actual legislación se emplea la expresión ac

ceso carnal, igual que la emplea el código Argentino y semejante a la empleada por el código Italiano conjunción carnal, para significar todo acto por el cual el órgano genital del sujeto activo o pasivo se introduce en el cuerpo de la otra persona, por vía normal o anormal, de modo que sea posible el coito o un equivalente del mismo.

El acceso carnal, para que puede configurar delito de violación, puede ser normal o anormal, pero requiere introducción, completa o incompleta del asta viril en el cuerpo de otra persona, no importa que el acceso carnal tenga perfección fisiológica; o sea, que haya o no eyaculación.

Acceso carnal es la introducción del órgano genital de una persona en la vagina, el ano o la boca de otra. Pero no es necesario que el acto alcance perfección fisiológica, pues basta la introducción incompleta unida a la conciencia de ejecutar el coito. Este es el momento consumativo.¹¹

2.2.2.- Acceso carnal violento , según el código penal.

11.- Ibid. P. 333

El art. 298 del c.p. dice; "El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, estará sujeto a la pena de dos a ochos años de prisión.



2.2.3.- Sujeto activo ✓

Pueden serlo tanto el hombre como la mujer.

Afirmación ésta respaldada en la Ley y teóricamente inobjetable, pero difícil en la práctica, por una sencilla razón; el asta viril debe estar erecto, para poderlo introducir, y para lograr esta erección, se requiere de una colaboración síquica y fisiológica por parte del hombre. 12

En cuanto al caso citado por muchos tratadistas, del niño de doce años no es tan raro como se le imagina; pues a esa edad se es muy sensible en este aspecto y por lo tanto fácil de poder conseguir la erección en cualquier momento. Pero además encontramos otras razones, cuales son: un menor, no solo es una mente libre de toda preocupación, sino que carece de la fuerza física suficiente de que dispone un adulto. En consecuencia, debemos concluir que sola la mujer podría ser sujeto activo en el caso de ser un niño el sujeto pasivo; porque de ser vícti

12.- ARENAS Vicente A, Comentarios al nuevo código penal, Tomo II, Temis, Bogotá, 1981, 4 edc, P 3.

ma de acceso carnal violento un hombre, respecto de una mujer, solo se daría en las circunstancias de poder ponerlo bajo los efectos de alguna droga o de dominarlo a través de la violencia moral.

En general se sostiene que la violencia carnal también es posible por parte de la mujer sobre el hombre. Mal puede, sin embargo, configurarse una violencia física, razón por la cual los doctores ejemplificaron frecuentemente esas hipótesis mediante la violencia moral. De la hipótesis de la violencia física, el hecho se resolverá naturalmente en un ultraje al pudor o en una simple tentativa de violencia carnal.

2.2.4.- Sujeto pasivo.

Puede ser lo mismo el hombre que la mujer. Nuestro código se identifica con el Argentino, el Uruguayo y el Italiano en el aspecto de establecer que sujeto pasivo de la violación puede ser una persona, hombre o mujer.

Algunos códigos como el Español, el Alemán, el Sueco, el Danés, el Portugués, el Holandés, y el de la defensa social de Cuba, establecen que solo la mujer puede ser sujeto pasivo del delito de violencia carnal.

Esta tendencia legislativa que consagra nuestro código, se fundamenta sobre la base de considerar que el bien jurídico tutelado en la violación es la libertad sexual, alegando que no existe razón alguna para proteger a uno y desamparar al otro.

2.3.- CLASES DE VIOLENCIA ✓

La violencia puede ser física o moral.

2.3.1.- Violencia física.

La hallamos en todo acto de fuerza material que ejecutado sobre el cuerpo de la víctima, anulan, superan o vencen su resistencia, obligándola a tener acceso carnal contra su voluntad. Desde los Romanos, la violencia era ímpetu o fuerza de cosa mayor, que no se puede repeler.

La violencia física así interpretada, nos presenta un elemento característico muy especial, cual es la superioridad del sujeto activo, respecto al sujeto pasivo o víctima; porque solamente así puede llegar a consumarse la violación.

Puede practicarse la violencia física por diversos medios ✓ como amordazar la víctima para que no grite, sujetarla

quien se pretenda el acceso carnal, sino que también pueden referirse a personas ligadas a la víctima con lazos de afecto.

Un sujeto, muy depravado, tiene conocimiento de las relaciones adulterinas de una mujer casada, y se presenta ante ella y le manifiesta que conoce su adulterio con la complicidad de un amante y posee pruebas irrefutables de este hecho, el cual podrá en conocimiento de su marido, si dentro de determinado plazo no se le ha entregado carnalmente. Si tal mujer accediera a lo que se le propone, para no exponerse a las consecuencias de tan grave acusación, habría un caso claro y manifiesto de violencia moral.

Lo afirmado en esta hipótesis del ej; respecto de una mujer infiel a su esposo, también podría ocurrir en tratándose de una mujer virgen o de irreprochable honestidad. La violencia moral es más grave que la física y los que hacen uso de la primera son más temibles, pues calculada y metódicamente constriñen a su víctima a que se les entregue vencida en lucha contra su propia conciencia, que la que emplean aquellos que en un impulso brutal de sus apetitos animales asaltan a la mujer y la poseen por la fuerza muscular. 13

2.4.- RELACION DE CAUSALIDAD

Entre la fuerza física o moral empleada y el acceso car

13.- JIMENEZ GUTIERREZ, Luis. Derecho Penal Especial, temis, Bogotá, 1965. P. 329

nal se haya obtenido como consecuencia inmediata, directa y única de la fuerza empleada como medio. Por consiguiente, si la entrega fue voluntaria y con posterioridad al acceso carnal sobrevinieron las violencias, puede haber un delito de violación. Lo mismo ocurre cuando la víctima, después de haber sido golpeada, se entrega voluntariamente por su propia delectación morbosa.

2.5.- CONSUMACION. TENTATIVA Y CONCURSO DE DELITOS

El delito de violación se consume con el acceso carnal, es decir, con la introducción del asta viril en el cuerpo del sujeto pasivo. No importa que esa introducción sea parcial o total y que haya habido eyaculación o no.

La violación se consume, cuando se realiza la introducción y se agota, cuando se produce el derrame seminal, satisfaciendo plenamente al apetito del sujeto activo.

La tentativa es uno posible según la figura de - que se trate. Si el agente ha empleado la violencia física o moral idónea para someter a la víctima al ayuntamiento o si la ha puesto en estado de inconsciencia con el fin específico, en cualquiera de los dos casos, de yacer con ella, no creo dudoso que ha dado principio a la ejecución del delito, siempre que la persona agraviada haya quedado a discreción del culpable. Y si por una circunstancia extraña a la voluntad de este, (haberse lastimado el miembro y perdido la erec

ción, presentarse terceras personas, etc), no alcanza a realizar la cópula, se estará en presencia de una tentativa punible.

Para que el agente haya ejecutado todos los actos necesarios para la consumación, es imprescindible que el asta viril hubiese penetrado, siquiera - parcialmente, en la cavidad del cuerpo del otro - copulante, con lo cual resultan también completos el concubito y la violencia carnal. 14

La desistencia voluntaria del agente que hubiere usado de la fuerza física o moral idónea para someter a la víctima al acceso carnal, o que la hubiere puesto con el mismo fin en estado de inconsciencia, puede dar lugar a los delitos de abusos deshonestos (en el nuevo código penal, acto sexual violento), o corrupción de menores, si los hechos realizados durante el proceso ejecutivo entrañan por sí solos tales infracciones.

En igual situación se encuentra quien realiza actos preparatorios de la cópula, con el propósito de realizarla si no la logra por una circunstancia extraña o no a su voluntad.

El delito de violación concurre con el delito de incesto, cuando con una sola acción (acceso carnal), se violan varias disposiciones de la Ley penal art.26 , la

14.- OSORIO PACHECO. Op. Cit. PP 272 -273

que tutela la libertad sexual y la que ampara los derechos de la familia. Tal sería el caso del padre que realiza el acceso carnal violento con su hija. La acción es una, pero son dos las disposiciones violadas; la del Art 298 y la del 259.

También concurre la violación cuando con varias acciones se infringen varias disposiciones de la Ley penal. Por ej; cuando se priva injustamente de su libertad a una persona (secuestro), y el sujeto aprovecha esa situación para someterla al acceso carnal violento (violación).

2.6.- VIOLENCIA CARNAL ENTRE CONYUGES

El principio general, para que se de el acceso carnal entre cónyuges es el que ese acceso debe ser ilegítimo. Para que el constreñimiento constituya delito debe ser ilegítimo; es decir, no estar obligado el sujeto pasivo a cumplir con este deber, ya por la forma indebida como pretende realizar el sujeto activo la conjunción carnal o por encontrarse aquel en condiciones no recomendables de salud para realizar dicha conjunción.

Casos en que puede cometerse delito de violación entre.

cónyuges ;

Primer caso; Si el marido, por medio de la violencia física o moral, o poniendo a su mujer en estado de inconsciencia, tiene acceso carnal con ella por vías anormales, es decir, por cualquier cavidad orgánica distinta de la que está naturalmente conformada para la realización del coito, comete delito de violencia carnal, por que ese acceso carnal es ilícito, ya que la mujer no está obligada a prestar su consentimiento para actos de tal naturaleza. Lo que constituye débito conyugal es el acceso carnal por la vía natural. Cualquier otra clase de ayuntamiento es ilícito, y si se obtiene por cualquiera de los medios ya especificados, constituye violación.

Segundo caso; Si el marido casado civilmente ob tiene el divorcio, y no obstante, somete a la mujer al acceso carnal (normal o anormal), por medios violentos, incurre en violación, porque si el matrimonio civil se disuelve por divorcio judicialmente declarado (c.c.art 152), ella tenía derecho a oponerse a tener relaciones sexuales con quien había dejado de ser su marido. Si es taba casado canónicamente, y ejecuta el acceso carnal violento con su mujer divorciada, también comete delito de violación porque, aunque en este caso el divorcio disuelve el vínculo, si suspende la vida común de los casados. Es este el llamado divorcio semipleno, que no constituye en disolución el matrimonio pero si la vida conyugal.

Tercer caso; Idénticas son las consecuencias cuando el marido no está divorciado, sino legalmente separado de su mujer, pues la separación de cuerpos no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida en común de los casados. (c.c.art 167).

Cuarto caso; Cuando la negativa de la mujer a practicar el acceso carnal con su marido obedece a motivos de higiene u otros igualmente razonables (separación mutuamente convenida, menstruación, embriaguez, enfermedad venérea, etc), la violencia física o moral ejercida para obtenerlo

hace responsable al marido del delito de -
violación. 15

2.7.- ACTO SEXUAL VIOLENTO

El art. 299 del c.p. que dice; "El que realice en otra -
persona acto sexual diverso del acceso carnal, mediante
violencia, incurrirá en prisión de uno a tres años."

2.7.1.- Elementos que configuran este delito

Como elemento psicológico, encontramos el ánimo de lubri-
cidad, es decir, el propósito de realizar un acto impul-
sado por el deseo lujurioso sin llegar al coito o al ac-
ceso carnal, Cualquier otro acto que se realice por el
agente sin el ánimo libidinoso, no constituye acto sexual
violento.

Además, debe ser erótico, es decir, debe consistir en
una acción lúbrica, como caricias encaminadas a satisfa-
cer en forma esporádica e incompleta el apetito sexual
o venéreo. Debe tender este acto por su misma naturale-
za, a la satisfacción precaria de un impulso sexual pro

15.- ARENAS, Op, Cit. P. 13

pio o a proporcionarlo a la víctima contra su voluntad.



2.7.2.- Sujetos Activo y Pasivo

Pueden ser sujeto activo y sujeto pasivo, tanto el hombre como la mujer, siendo el bien jurídico tutelado la libertad sexual y por tanto, sujeto pasivo de este delito puede ser no solamente la mujer honesta, sino también la mujer impúdica.

Para que se tipifique el acto sexual violento, se requiere que el sujeto activo obligue por la violencia al sujeto pasivo a la ejecución de un acto sexual diverso del acceso carnal. El sujeto activo puede obtener de su víctima que soporte, presencie o realice un acto de la naturaleza indicada.

Los actos libidinosos puede ejecutarlo el agente sobre el cuerpo de su víctima. O a la inversa, puede ser la víctima la que, contra su voluntad, ejecute esos mismos actos en la persona del agresor. En la primera hipótesis la víctima soporta en su cuerpo los actos sexuales. En la segunda los realiza contra su voluntad, bien en su

propio cuerpo, bien en el cuerpo del sujeto activo. También puede suceder que el sujeto activo oblique a un tercero a ejecutar actos libidinosos en el cuerpo de la víctima para gozarse en su contemplación.

En este caso el tercero no es sino un instrumento del agente, Puede suceder también que a la víctima se la obligue a presenciar actos libidinosos ejecutados por el sujeto activo con un tercero. Gramaticalmente hablando, solo en la primera hipótesis puede decirse que el acto fué ejecutado sobre el cuerpo de la víctima; pero en rigor jurídico, en todas las hipótesis contempladas, la actividad lúbrica recae sobre el sujeto pasivo, sea que se le obligue a soportarla, a realizarla, a presenciarla, o a exhibirla para el goce morboso del victimario.

2.8.- ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR

El art. 300 del c.p. nos dice; "El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual, incurrirá en prisión de dos a ocho años."

Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de uno a tres años de prisión. Comprende esta disposición tres modalidades;

- Acceso carnal con persona a la cual se haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia.
- Acceso carnal con persona en estado de inferioridad síquica.
- Acto sexual, diverso del acceso carnal, ejecutado en cualquiera de las circunstancias anteriores.

Primera modalidad; El acceso carnal con persona a la cual se haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia, el código de 1936 lo sancionaba como violencia carnal, art. 316 y como estupro el practicado con persona que se halle en estado de inconsciencia art. 319 .

El Decreto Nº 100 de 1980, dispone que en el primer caso existe violación, art. 300 , y en el segundo acceso carnal abusivo, art. 304 .

Los medios de que puede valerse el sujeto activo para poner a la víctima en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia son muy variados.

Algunos como el éter, cloroformo, sumen a la persona en

un sueño profundo.

Otros como los narcóticos, además de servir de estimulantes venéreos, también llevan al sujeto pasivo a un estado de inconsciencia. Hay otros como el alcohol y afrodisíacos en general, que una vez suministrados, excitan el apetito venéreo; pero actuando con intensidad variable. Es decir, que pueden o no llevar a la víctima al estado de inconsciencia.

En los casos de narcóticos, bebidas embriagantes, afrodisíacos y otras análogas, debe tomarse en cuenta la voluntad de la víctima antes de aplicarse o de ingerir dichas sustancias; porque si el sujeto pasivo solicitó o permitió que se le suministrara, no puede hablarse de violación; en razón de que prestó su consentimiento. Salvo el caso de un menor o de persona que desconocía los efectos de la sustancia que se le suministraba.

Segunda modalidad; En esta segunda hipótesis se exige que en la víctima seden condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual; como por ej; el acceso carnal practicado con un sordomudo, etc.

Aquí los médicos y legistas deberán dictaminar si se trata de inferioridad síquica o debilidad mental que tipifi

ca esta segunda modalidad, o de persona que padezca de trastorno mental; consagrado este último caso en el art. 304, constitutivo de acceso carnal abusivo con incapacidad de resistir.

Tercera modalidad; Se refiere esta al actosexual diverso del acceso carnal que consagra las dos primeras modalidades, conocidos anteriormente como abusos deshonestos, atentados contra el pudor, actos libidinosos, etc.

Actualmente se denominan actos sexuales abusivos, que son los ejecutados con persona inconsciente, enfermo mental o incapacitada para resistir; tomando la denominación de actos sexuales violentos, si se ejecutan por medios violentos, art. 299 .

Entre las enfermedades mentales tenemos, la paranoia, la idiocia, la esquizofrenia, la debilidad mental, el cretinismo, la imbecilidad, sícosis infecciosas (producidas por ej; por tifus, la nemonía, la sífilis), las tóxicas (producidas por el alcohol o sustancias que anulan la conciencia, o lamodifican grandemente (morfina, heroína, cocaína, mescalina, etc), las orgánicas (como son los tumores cerebrales, sinetiología infecciosa).

3.- EL ESTUPRO

3.1.- NOCIONES GENERALES

Antiguamente se entendía el Estupro, como cualquier concubito carnal que no fuera el legítimo entre marido y mujer. Se confundía con la fornicación (pecado). En el transcurso del tiempo fué tomando diferentes significaciones; acceso carnal obtenido sin violencia, con mujer casada, soltera o viuda de vida honesta; acceso carnal con mujer honesta no casada y obtenido sin violencia. Se consideraba como estuprador, al que fuera de matrimonio tenía acceso carnal con mujer de buenas costumbres. Se castigaba como estuprador al que sin violencia abusaba de una doncella o de una viuda honesta.

El Derecho Canónico vino a considerar como estupro el comercio carnal ilícito con mujer virgen o viuda honesta y que no fuera pariente en grado prohibitivo para el matrimonio.

En el siglo XIX se define como el conocimiento carnal de mujer libre (no ligada por matrimonio) y honesta, precedido de seducción verdadera o presunta y no acompañado de violencia. Algunas legislaciones, como el código de defensa social de Cuba, exigen que la víctima sea mujer virgen; otras como el código penal Argentino, solo reclaman que sea mujer honesta.

El código penal Colombiano, no exige ni la virginidad ni la honestidad para configurar el delito.

En la mayor parte de las legislaciones el bien jurídico tutelado es la honestidad. En Colombia es la libertad sexual.

Art. 301; "El que mediante engaño obtenga acceso carnal con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho incurrirá en prisión de uno a cinco años."

Son tres los elementos que configuran este delito;

- Que el sujeto activo proceda mediante engaño
- Que el sujeto pasivo sea persona mayor de catorce años y menor de dieciocho, y

- Que la acción típica sea el acceso carnal.

3.2.- SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

El código penal de 1936 solo consideraba como sujeto activo al varón, art. 319 .

El acceso carnal homosexual se sancionaba como abuso des honesto, art. 323, adicionado por el art. 1º del Decreto 522 de 1971 , y las uniones lésbicas, cuando se realizaban mediante violencia o engaño.

De acuerdo al Decreto 100 de 1980, tanto el hombre como la mujer, pueden ser sujetos activo y pasivo del delito de estupro. Menor de edad, se configura acceso carnal abusivo art. 303 , haya no engaño, El límite máximo es la edad de dieciocho años. En relación con el sujeto pasivo, la mayoría de las legislaciones señalan para el estupro límite máximo de edad.

Así, en Alemania, Noruega, Bélgica y Holanda, los diez y seis años. En Portugal, Dinamarca, y México , diez y ocho años. En Perú, Panamá y Venezuela, veintiun años. En España, Veintitres años, La razón en que se fundan

para no admitir delito de estupro cuando la mujer excede de cierta edad, es la presunción natural de que está en condiciones de poder resistir a la seducción o al engaño por su pleno desarrollo físico y síquico.

Respecto al límite de edad en el estupro son numerosos los comentarios que se han hecho; llegando la mayoría a coincidir en las dificultades que esto presenta.

Conforme a descripciones de tratadistas, la represión del estupro se funda en proteger la inmadurez cuando el ayuntamiento se obtiene por medios artificiosos y naturalmente exigiendo que la mujer sea mayor de catorce años.

La norma constitutiva del estupro ha recibido los siguientes comentarios;

- Quiénes se muestran opuestos a la represión del acceso por engaño dicen que en las mujeres mayores de catorce años, existen condiciones fisiológicas y síquicas satisfactorias y por ello deberán determinarse individualmente si aceptan las propuestas o caen en el error. Además la mujer mayor de catorce años disfruta de defensas organizadas que le faculta no entregarse a las primeras solicitudes quedándole fácil descubrir el timo y la añegaza.

A los catorce años existe plena responsabilidad - sexológica aunque la mujer sea inhábil en otros aspectos, inculta y carente de capacidad laboral completa.

Todo lo anterior hace concluir que la seducción es una vieja treta desacreditada por cuya razón debería desmontarse de la estructura represiva.

- Los partidarios de incriminar la conducta estupradora cuando se apoya en engaños y artificios - o maniobras fraudulentas, aducen que en la misma-

forma en que se reprime la violencia carnal, por existir un vicio en el consentimiento, ha de castigarse el individuo si se apoya para conseguir su pretensión en otro vicio como sería el fraude la astucia, etc.

La libertad de unirse carnalmente puede someterse a interferencias de la libre disposición.

Los accesos sexuales ilícitos con personas jóvenes pueden traer corrupción de costumbres, desclasificación de la mujer socialmente, disgregamiento de la familia, favorecimiento de la prostitución, etc.

Si las interferencias son de orden engañoso, debe reprocharse el comportamiento.

El delito de estupro puede cometerse en mujer cualquiera que sea su edad, pues la glosa de que pasa de cierto tiempo de vivir, ya la mujer no puede ser sujeto de engaño, resulta petición de principio. Tanto puede ser engañada la mujer de mucha edad como la de poca y si así fuera también tendría que limitarse a la edad del sujeto pasivo en la estafa, pues existirían las mismas razones para establecer la cortapisa. 16

3.3.- ACCESO CARNAL

En cuanto a este otro elemento constitutivo del estupro, nos referimos ampliamente en el capítulo de la violación; en su sentido amplio, como ayuntamiento carnal por cualquiera de las vías orgánicas, bien sea por la que está naturalmente conformada para la cópula o por otra que permita ejecutar un acto equivalente, Y esto se debe a que

16.- MONTENEGRO B, Calixto. Curso de derecho penal Especial, Tomo I, Universidad Libre, Bogotá, 1977
PP 342 -344.

en Colombia no se requiere la honestidad en el sujeto pasivo para constituir el estupro, a contrario sensu, de lo que piensan otros países; tomando el acceso carnal en su sentido restringido, por considerar que la mujer que acepta la ejecución de la cópula o acceso carnal per anum o por vía no natural, demuestra con ese solo hecho, que no es mujer honesta. De ahí que el acceso carnal para nosotros en este tipo penal, sirva para significar lo que ya dijimos en la violación.

3.4.- ENGAÑO Y SEDUCCION

El engaño en el estupro es la maniobra idónea que induce en error de disposición sexual a la mujer.

Maniobras engañosas son todos los imaginables procedimientos en los cuales hay habilidad del agente para equivocar su intención a la víctima

Ellas deberán ser creíbles, posibles e idóneas según el ordinario comportamiento humano. La simple mentira no podría entenderse maniobra engañosa, Tampoco las dádivas son procedimientos de engaño por cuanto con ellas no se seduce, sino que se corrompe; caso de la mujer que ac

ceda al concúbito ilusionada por una suma de dinero, o por el ayuntamiento, o dar seguridad a la mujer de que no quedará embarazada si llega a realizar la función fisiológica ordinariamente pretendida por el sujeto activo.

La superchería es una forma de engaño, que se dirige a personas de escasa cultura y educación. Generalmente se refiere a aspectos religiosos, sociales o genésicos. Sería ejemplo de superchería, solicitarle favor de sexo a una mujer analfabeta o ignorante asegurándole que obtendrá mayores atributos de belleza o que si permite el acceso curará de alguna enfermedad.

A diferencia del delito de violencia en que el ayuntamiento se efectúa sin la voluntad del ofendido y por medio de la fuerza o de la intimidación, en el estupro la mujer proporciona consentimiento para el acto engañoso o seducción.

Algunas legislaciones como la Española se limitan en un caso a señalar el engaño, otras, como la portuguesa la seducción exclusivamente; y otras, como la Argentina, no mencionan en la descripción del delito ninguno de esos medios, abandonando el problema a la interpretación jurisprudencial. A esta variedad en las Leyes y la difi

cultad de obtener la precisa connotación diferenciadora de las acciones de seducción o engaño se deben las contradicciones y confusiones que contemplamos en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras cuando pretenden concretar su significado y alcance específico.

La verdadera seducción tiene en el lenguaje jurídico, por su indispensable sustrato, el engaño. La mujer que, en vulgar lenguaje se llama seducida porque su pudor fué vencido por el precio de las lágrimas o las asiduas ternuras de un insistente amante o por la avidez o la excitada exaltación de sus sentidos, no puede decirse que ha sido seducida en el sentido jurídico.

El Decreto 100 de 1980, aunque no alude expresamente a la seducción mediante promesa formal de matrimonio, se entiende que está comprendida en la expresión genérica engaño.

No basta la seducción, para que pueda tipificarse el estupro. Es necesario que se haga mediante promesa formal de matrimonio. Si el hombre no le ha prometido matrimonio a la mujer, sino que la ha excitado, para obtener la entrega carnal, puede decirse especialmente cuando la mujer de corta edad, que la ha seducido, pero no se tipifica el

estupro porque no ha mediado promesa formal de matrimonio, única forma de seducción que la Ley Colombiana reconoce.

La palabra formal no debe tomarse como equivalente de solemne. Por consiguiente no se requiere que haya habido celebración de esponsales o desposorios, que es la promesa de matrimonio mutuamente aceptada; hecho privado que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la Ley civil c.c. art. 110, pero si los esponsales no son necesarios para demostrar que la promesa de matrimonio ha sido formal, su celebración si prueba que ha sido formal. Tampoco, se requiere para acreditar la promesa formal de matrimonio, que esta se haya hecho con alguna solemnidad social como la conocida con el nombre de cambio de argollas o ceremonia de compromiso.

Pero si no se requiere solemnidad ninguna para que la promesa de matrimonio pueda considerarse formal, si se necesita que ella tenga todas las apariencias de ser seria en sus manifestaciones. No basta que el hombre, de buenas a primeras, le proponga a la mujer que se le entregue carnalmente diciendole que se casa con ella. En ese

caso le ha dicho una mentira, pero no se puede decir que la ^{ha} engañado mediante promesa de matrimonio porque ésta en verdad no ha sido formal.

La promesa formal de matrimonio ha de apreciarse, con la objetividad del medio en que actúan los protagonistas, teniendo en cuenta lo acostumbrado para tales casos, en su nivel social y también ha de considerarse la fe que la víctima haya depositado en el promitente, por sus condiciones psicológicas, grado de ilustración, etc.

No se necesita que la promesa formal de matrimonio haya sido hecha ab initio con el fin de engañar, como si sucede con las maniobras engañosas y las supercherías, en las cuales la intención fraudulenta de obtener el acceso carnal, debe ser previa a los actos de engaño. La promesa formal puede haber sido hecha con buenas intenciones, seriamente, pero cambiar luego el ánimo del culpable y decidir aprovecharse de la confianza que esa promesa ha despertado en la víctima para obtener el acceso carnal y luego no cumplir lo prometido. Si tal cosa sucede, se está frente a un estupro, ya que, de todos modos, la promesa fué usada como medio de engaño y puede hablarse perfectamente de seducción.

En síntesis tenemos que, la maniobra engañosa, cualquiera que sea, debe ser creíble, posible, probable, verosímil. Para que pueda darse el estupro, es indispensable que las maniobras engañosas o las supercherías, con las cuales se ha inducido en error a una mujer, sean la causa para que esta haya accedido voluntariamente a realizar el acto carnal. Si entre el engaño y el acceso carnal no existe esa relación de causa a efecto no puede hablarse de delito de estupro.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Art. 302; "El que mediante engaño realice en una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho, acto sexual diverso del acceso carnal, incurrirá en arresto de seis meses a dos años."

Este tipo de diferencia del anterior solo en cuanto a la naturaleza del acto.

El que describe el art. 301, debe realizarse el acceso carnal. En este último art. 302, un acto sexual diverso del acceso carnal. Así en el art. 301, debe presentarse como circunstancia tipificadora, la introducción del pene viril en cavidad apropiada o inapropiada de la mujer; ya sea más o menos completa, haya o no perfección fisiológica del acto por la eyaculación.

Claro está, que esta circunstancia puede darse también, siéndo sujeto pasivo el hombre; con la diferencia que ya no se puede hablar de cavidad apropiada o inapropiada por razón de su naturaleza.

Como en el art. 302, para que se tipifique el delito, solo se requiere que se realice un acto exual, cualquiera que sea, diferente al acceso carnal.

Este acto debe ser erótico, es decir, debe consistir en una acción lúbrica, como caricias encaminadas a satisfacer, nomentáneamente y de manera incompleta, el apetito sexual; siendo el elemento psicológico el ánimo de lubricación, es decir, el propósito de realizar un acto impulsado por el deseo lujurioso, sin llegar al coito o al acceso carnal.

3.5.- CONSUMACION. TENTATIVA Y CONCURSO DE DELITOS

Así como la violación, el estupro se consuma con la realización del acceso carnal.

Referente a la tentativa podemos decir que se daría toda vez que se demuestre la idoneidad de cualquiera de las

formas de engaño implícitamente comprendidas en la figura para lograr su propósito, lo cual se da en el momento de que el sujeto pasivo presta su consentimiento para la realización del acceso carnal y se dispone a efectuarlo.

Si el acceso carnal no llega a realizarse por una circunstancia extraña a la voluntad del sujeto activo; como haber sido sorprendido, haberse lastimado el asta viril o perdido la erección, se da la tentativa (esto en el caso de ser un hombre el sujeto activo), porque de ser una mujer el agente, ya tendríamos que imaginarnos otras circunstancias.

Recordemos lo expuesto en el capítulo de la violación referente al caso de ser la mujer sujeto activo.

Si el agente no realiza el acceso carnal, sino actos sexuales diversos de este, mediante engaño, no debe aplicarse el art. 301 sino el 302. Así como para la consumación de la violación no se aplica el art. 298 sino el 299

En relación con la frustración en este delito, no es posible en el caso del art. 301, en razón del acceso mismo; o sea, que para ejecutar el agente todos los actos

necesarios para la consumación, es imprescindible que el asta viril hubiese penetrado siquiera parcialmente, en la cavidad del cuerpo del otro copulante.

En cuanto al comportamiento descrito en el art. 302, es posible que se presente este fenómeno, debido a la multiplicidad de actos sexuales que se pueden dar. Un ejemplo sería el caso del agente, encontrarse desnudando a su víctima y llegar por casualidad una tercera persona, e interrumpir su fin propuesto.

Y en el caso de la desistencia voluntaria por parte del agente que hubiere empleado el engaño en cualquiera de sus formas idóneas, ya sea, para acceder carnalmente a su víctima o realizar en ella un acto sexual diferente, vemos que su conducta no encuadra dentro de ninguno de los tipos, descritos en el título XI del actual código penal, debido a que es esta ~~una~~ cuestión psicológica que solo existe en la mente del sujeto activo y por tanto imposible de probar si hubo tentativa; salvo ~~el caso que~~ el mismo agente lo confiese.

El estupro puede concurrir materialmente con otros delitos, a saber; Con el secuestro extorsivo, si durante su

permanencia mediante retención se obtiene el acceso carnal por cualquiera de las formas de engaño comprendidas en el art. 301, o realiza actos sexuales diversos del acceso carnal a que se refiere el art. 302. Porque con el secuestro simple no concurre, en razón de que uno de los propósitos de la retención puede ser el de acceder carnalmente a la víctima o de realizar en ella actos sexuales diversos de éste.

Esta última modalidad se asemeja a la derogada figura del rapto, art. 319 , con diferencias en cuanto al sujeto.

Con la estafa, si el agente, además de lograr el concubito con la persona ofendida, o de realizar actos sexuales diversos de este, consigue de la víctima, o de sus deudos una utilidad ilícita de índole patrimonial; con el de injuria, cuando el agente revele sus relaciones carnales con el sujeto pasivo, y con el de bigamia o matrimonio ilegal si este se realiza con el único propósito de unirse carnalmente con la víctima.

Si la intención del culpable es la de realizar un matrimonio ilegal uniéndose a la mujer con el fin de vivir juntos y de auxiliarse mutuamente art. 113 c.c. no puede hablarse de concurso de delitos, por falta del dolo

específico del estupro.

En tal hipótesis, el designio del reo no es copularse con la víctima, sino celebrar un contrato que implica derechos y obligaciones y del cual el concubito no es más que una consecuencia natural y un medio obligado para cumplir sus fines que se reputan lícitos mientras no se declare nulo el matrimonio.

4.- DE LOS ACTOS SEXUALES ABUSIVOS

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

4.1.- NOCIONES GENERALES

Abusar es, usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa; hacer objeto de trato deshonroso a alguna persona débil o inexperta. El término abuso da idea del mal uso, de la mala dirección que sigue el determinante erótico.

El Decreto 100 de 1980, de acuerdo con el criterio de la Doctrina contemporánea, de reconocer tres formas de atentados contra la libertad sexual, no clasifica ya los delitos sexuales en atención a la naturaleza del acto realizado; acceso carnal, ofensas al pudor, abusos deshonestos etc, sino a los medios empleados para su ejecución; violencia, engaño o abuso; denomina actos sexuales abusivos a dos figuras consagradas en el derogado código de 1936, como violencia art. 318 inc. 2º y estupro art. 319 inc 2º.

Tipificaba como violencia carnal e acceso carnal con un menor de catorce años de edad.

Y como estupro el acceso carnal con una persona que padezca enfermedad mental o que se halle en estado de inconsciencia.

Así el Decreto 100 de 1980, en sus artículos 303 y 304 consagra lo siguiente;

Art. 303; "El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años incurrirá en prisión de uno a seis años. Este comportamiento, así descrito se denomina acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

En comparación con la denominación de violencia que daba la derogada norma a este comportamiento, vemos claramente que en su estructura no aparece el elemento violencia,

Solo se dan aquí dos elementos para configurar el delito que el sujeto pasivo fuera menor de catorce años y que la acción típica consistiera en el acceso carnal.

He aquí la importancia de su denominación; con fundamen

to en que lo que determina que un hecho sea violento o abusivo es la misma modalidad violenta o abusiva de la conducta empleada, y no su resultado el que podría ser acceso o acto erótico-sexual.

Además de evitar así la confusión que existía anteriormente, en el sentido de denominar dentro del mismo art. 323, numeral 1º abuso a los actos sexuales, distintos del acceso violento o engañoso, e incluir también con la misma denominación al acceso consentido entre personas mayores por la sola circunstancia de ser del mismo sexo, art. 323 numeral 2º .

Art. 304; "El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental, o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de dos a seis años. Si no se realizare el acceso sino actos sexuales diversos de él, la pena será de uno a tres años de prisión".

Este comportamiento así descrito, se denomina acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.

Para estructura este delito tipificado como estupro en el

código de 1936 solo se necesitan dos elementos: el acceso carnal y que el sujeto pasivo se encuentre en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental.

En este caso, como en el anterior no hay violación ni estupro, sino abuso al hacer objeto de trato deshonesto a persona débil o inexperta.

En síntesis de todo lo anterior, vemos que la denominación de actos sexuales abusivos comprende tanto el acceso como los actos erótico-sexuales diversos del acceso, cometido con abuso de condiciones de superioridad naturales, o accidentales, incluyendo además, la corrupción de menores, por ser más exacta jurídicamente, que la asimilación a violencia.

4.2.- ESTADO DE INCONSCIENCIA. TRASTORNO MENTAL E INCAPACIDAD DE RESISTIR

El estado de inconsciencia, es la perturbación en la percepción, en la vida afectiva y en la volición, que afecta gravemente la actividad de un sujeto en un momento dado, coartando su voluntad y limitando su capacidad de resistir.

Los trastornos de la conciencia son cuantitativos y cualitativos, estos comprenden la obnubilación o percepción dificultada; la somnolencia, o acen tuado debilitamiento del conocer, el coma, o abso luto estado de inconsciencia. Aquellos están li gados ordinariamente a manifestaciones patológi - cas del síquismo, y son más permanentes. La Ley- no toma en cuenta sino los primeros en su máximo grado, o sea, el estado comatoso, provocado por - el alcohol, drogas,-estupefacientes, etc. 17

Son muchos los estados de inconsciencia en que puede en contrarse una persona, por ej; en el sueño artificial, producido por narcóticos; ya sea ingeridos accidentalmen te por esa persona o suministrados por un tercero extra ño al delito.

El sueño natural, la embriaguez, el haber sufrido un sín cope, o desmayo, el estado de debilidad extrema por cau sas patológicas, el estado agónico, etc.

En cuanto a si es o nó posible la realización del acceso carnal con la persona que se halle en alguno de los men cionados estados de inconsciencia, la mayoría de los au tores están de acuerdo en que sí es posible la realiza ción del acceso carnal con la persona que se encuentre en un estado de embriaguez completa; lo mismo que con la

17.- PEREZ, Op. Cit. P. 334

mujer habituada al trato carnal, es posible encontrándose sumida en el sueño natural.

En relación con lo anterior, personalmente no comparto esta tesis, por las siguientes razones de orden lógico y fisiológico; Que en el sueño natural, fácilmente se despierta, aún suponiéndose este muy profundo, pues cómo se explicaría el caso de que la mayoría de las personas, despierta con una simple llamada? Además, que el sueño fisiológico es algo normal, y por tanto no tiene porqué llegarse a un estado comatoso; o sea, hasta el extremo de llegar a una insensibilidad completa.

Lo mismo podríamos decir respecto a la embriaguez por alcohol, pues este no es tan fuerte como los estupefacientes, para insensibilizar a la persona, solo podría aceptarse en el caso de que dada la intoxicación, se llegue a un estado comatoso o de completo estado de inconsciencia.

- Trastorno mental, es una enfermedad que lleva a la persona a una pérdida parcial o total de sus facultades intelectivas, comprensivas, afectivas y volitivas, encontrándose por tanto incapacitada para prestar válidamente

su consentimiento; siéndo esta la razón jurídica para in-
criminar este hecho como delito. Pero para que pueda ti-
pificarse este delito; ya sea de acceso carnal abusivo
o de acto sexual abusivo, se requiere que el sujeto acti-
vo haya obrado a sabiendas de las circunstancias de infe-
rioridad en que se encontraba el sujeto pasivo; porque
muchas veces se dan en el trastornado o perturbado mental
intervalos lúcidos en que presta su consentimiento, re-
flejando una aparente normalidad. Es más, lo solicita
a la otra persona, para la realización del acceso o acto,
convirtiéndola en sujeto activo, sin que dicha persona se
entere de su anormalidad síquica.

De ahí, que para poder imputar el delito de acceso o ac-
to sexual abusivo al sindicado, nuestro legislador haya
impuesto como requisito indispensable, conocer el concep-
to razonado de los médicos legistas.

Las enfermedades mentales suelen clasificarse en
congénitas y adquiridas. A la primera clase per-
tenece la idiotez, el cretinismo y la inbecili-
dad. A la segunda, los estados demenciales y los
de verdadera enajenación mental, como la manía, la
melancolía, la locura circular y las monomanías
o delirios crónicos. También pertenecen a la se-
gunda clase las psicosis sintomáticas, como los
estados delirantes, el delirio agudo y los esta-
dos de confusión mental producidos por causas in-
fecciosas, tóxicas u orgánicas.

Las enfermedades mentales congénitas consisten -

en un estado de inferioridad intelectual ocasionado por la detención del desarrollo síquico durante la vida intrauterina o en los comienzos de la vida extrauterina. Tienen como causa principal la herencia de personas alcohólicas, sifilíticas y epilépticas.

Entre las enfermedades mentales adquiridas durante la vida, cita en primer término, los estados demenciales, siendo los más importantes la demencia senil y la demencia paralítica.

La forma típica del estado demencial es la demencia senil, que se caracteriza por la pérdida de la memoria, disminución notoria de las fuerzas mentales, percepciones débiles o nulas, pérdida de la noción del tiempo y del espacio, relajación de los esfínteres, en una palabra, síntomas que en la fase final hacen parecer al demente senil como idiota. La demencia paralítica es un estado demencial consecutivo de la parálisis general y cuyo origen es la sífilis. Sicológicamente debilita las facultades mentales, ocasiona pérdida de la memoria, incapacidad para el trabajo, disminución de la atención, incorrecciones en el lenguaje y en la escritura, olvido de las palabras, de la edad, de las fechas y hasta del nombre de las personas más allegadas, como la mujer y los hijos. El trastorno más característico de la demencia paralítica es el delirio de grandeza, en que el enfermo se siente millonario, dueño de grandes empresas. La voluntad del demente paralítico es excepcionalmente débil y por eso se le engaña con suma facilidad.

Los estados de enajenación mental son muy variados. Los más característicos son la manía, la melancolía y los delirios crónicos. El maniático presenta una gran sobre excitación síquica y notable desorden de sus facultades intelectuales y afectivas. Habla en voz alta consigo mismo, gesticula, canta, grita, se mueve sin cesar, en una palabra, carece por completo de inhibición. Es lo que el vulgo conoce generalmente con el nombre de loco.

Sus afectos son cambiantes. Unas veces aparece eufórico, inmotivadamente alegre, concibe proyectos fantásticos, elabora ideas incoherentes pero de esos estados de alegría pasa fácilmente a los de excitación colérica; de furor incontenible contra las demás personas, o contra las

cosas o contra si mismo.

El polo opuesto del maniático es el melancólico. su mente está poblada de ideas e imagenes tristes que le deprimen la personalidad y lo sumen en una constante angustia. Cuando llora y se lamenta, se oculta a la vista de los demás y se encierra en el mutismo y el estupor, Suele -culparse asi mismo de graves delitos y de venir sobre si males irreparables. A veces tiene delirios a base de ideas persecutorias. Padece alucinaciones auditivas, o voces de acusación, o de insulto. Ese doloroso estado culmina a veces en el suicidio.

Los dos estados anteriores suelen aparecer alternados. Es lo que se llama locura circular o locura de doble forma, porque la manía y la melancolía aparecen combinadas en forma sucesiva. El tránsito de una etapa a otra se produce a veces de manera brusca; otras en forma progresiva. En este caso hay entre los dos accesos un período llamado de intermitencia.

En los delirios crónicos o monomanías hay una idea que constituye el motivo permanente de la actividad síquica. Son muy variados, como el de grandeza, el de persecución, el místico, el erótico, etc. En estos casos el enfermo se siente dueño de grandes fortunas, o perseguido por imaginarios enemigos, o ejecutor de los designios de la Divinidad. El paciente, fuera de su delirio, conserva la lucidez mental y raciocina como cualquier persona normal.

Tenemos por último, las sicosis sintomáticas, que aparecen como consecuencia de una enfermedad orgánica. Así, el delirio febril ocasionado por la fiebre alta, en que el enfermo pierde transitoriamente la lucidez mental, sufre alucinaciones, -conversa cosas incoherentes, hace preguntas. da respuestas, en una palabra delira. La confusión mental, que consiste en que el enfermo pierde la noción del espacio y del tiempo, cobra aversión a las personas queridas, desconoce a los seres que lo rodean. Este estado suele ser pasajero pero puede llegar a ser crónico.

Estas sicosis suelen clasificarse en infecciosas, tóxicas y orgánicas, según sea la enfermedad que las produce. Las enfermedades infecciosas que pueden producir estas sicosis son el tifus, la -

neumonía, la gripa. Las más importantes sicosis provienen de causas tóxicas, son el alcoholismo, la morfinomanía, la cocainomanía, la opiomanía, etc. Las provenientes de causas orgánicas se deben a la presencia de tumores cerebrales, o a estados biológicos relacionados con las funciones genitales, como la pubertad, la menstruación, el embarazo, el parto, la menopausia. En estos estados críticos suelen presentarse manías a veces peligrosas, como la piriomanía.

Como se ve, los estados de *alienación* mental pueden ser permanentes o transitorios, y para los efectos penales que se vienen estudiando, basta que la persona ofendida se encuentre en uno de esos estados de alienación mental, aunque sea transitorio, para que exista delito si se la somete al acceso carnal. 18

En cuanto a la incapacidad de resistir, a que se refiere el mismo art. 304, se debe distinguir como se hacía anteriormente entre personas que realiza el acceso carnal con la otra a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, y la que lo realiza con otra que esté en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia.

En el primer caso, se tipifica una violación art. 300, el segundo el acceso carnal abusivo, art 304.

En el código anterior, cuando el legislador empleaba la

18.- ARENAS, Op. Cit. PP 34 -38

expresión -se halle- significaba que se cometía estupro, siempre que la persona se hallara alienada o en estado de inconsciencia. Y -haya puesto- para significar que se cometía violencia carnal, cuando se ponía a la persona en un estado de inconsciencia. Con la diferencia de que en el nuevo código se ha incluido otro estado, cual es la incapacidad de resistir.

Un ejemplo nos puede aclarar lo anterior; Una persona que coge a otra y la ata a un árbol. Si realiza con ella acceso carnal, comete el delito de violación (art. 298), pero si solo ejecuta con ella, *actos sexuales diversos del acceso carnal, comete acto sexual violento, art 299.* Y si la persona que ata a la otra desiste de su acción y llega un tercero ajeno a estos hechos, se da cuenta del estado de incapacidad de resistir o estado de indefensión en que se encuentra y, realiza con ella actos sexuales distintos del acceso carnal, responde ante la Ley, por actos sexuales abusivos diversos del acceso carnal, que consagra el último inciso del art. 304.

Son los mismos que el código penal de 1936, en su art 33 denominaba Abusos deshonestos, y que constituyen violación en el nuevo código (art. 299), si esos mismos actos se realizan por medios violentos.

4.3.- CORRUPCION

Art. 305; "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 años de prisión.

Este tipo denominado hoy acto sexual abusivo, era conocido en el código de 1936 como corrupción de menores.

Entre sus elementos tenemos:

- que el sujeto pasivo sea menor de catorce años,
- que los actos sexuales sean diversos del acceso carnal y ,
- que esos actos se realicen en la persona del menor, o en su presencia, o se le induzca a prácticas sexuales.

La diferencia de este tipo con el 303, es que en este los actos son de acceso carnal.

La acción típica puede consistir, primero; en realizar actos deshonestos con el menor de catorce años; segundo en ejecutar actos impúdicos en su presencia, y tercero; en inducirlo a prácticas sexuales.

En el primer caso debe existir contacto material entre

los sujetos activo y pasivo, como cuando el primero se hace tocar deshonestamente por el menor o lo toca con ánimo de lubricidad.

En el segundo no hay contacto físico, pues el menor se limita a presenciar los actos libidinosos del sujeto activo o de terceras personas. La diferencia es clara; en el primer caso el menor es actor de la deshonestidad; en el segundo es solamente espectador. En el tercero se instiga, persuade o mueve al menor, o entérminos más generales se le induce a practicar actos sexuales, normales o anormales, activos o pasivos, de ejecución material o de simple contemplación.

4.4.- SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Tanto el hombre como la mujer pueden ser sujeto activo o pasivo del delito de corrupción.

Solo se exige que el sujeto activo sea siempre mayor que el pasivo.

Del sujeto pasivo, la nueva norma no especifica si debe o no ser corruptible, como si lo especificaba el código

de 1936, en su art. 325, al consagrar la expresión -"el que corrompa a un menor".-

El nuevo código solo se limita a prohibir cualquier relación sexual con personas menores de catorce años.

En este sentido, cualquier persona que realice un comportamiento similar al consagrado en el art. 303 y 305, como un acto sexual abusivo. Lo mismo, cuando realiza un acceso carnal, o ejecuta un acto sexual con persona inconsciente, perturbada mental, o incapaz de resistir, encuadra dentro de la figura consagrada en el art. 304.

4.5.- DOLO

En la figura que se estudia, el dolo es específico, por cuanto el sujeto activo busca la satisfacción de su propia apetencia erótica, a través de la realización de actos erótico-sexuales, diversos del acceso carnal, con el menor, sobre sí mismo en presencia del menor, u obligándolo a que se los realice, o bien realizándolos con su concurso.

También puede el sujeto activo poner al menor delante de

un tercero, para que presencie los actos sexuales de esa persona persiguiendo su propia apetencia erótica.

En el caso de que se induzca o se estimule al menor a practicar actos sexuales, sean normales o anormales, activos o pasivos, de ejecución material o de simple contemplación, a través de esa acción; también se persigue la satisfacción de los propios deseos eróticos del sujeto activo.

4.6.- BIEN JURIDICO TUTELADO

La libertad del sexo es preciosa conquista de la sociedad evolucionada y por ello no puede permitirse se irrespete. Cada cual es libre de depravarse. Pero no hay derecho para depravar a los demás y menos cuando ellos carecen de concepto claro, preciso y orientado sobre la impudicia. La pureza de la infancia y la adolescencia son la base y el cimiento moral de la familia y la sociedad resultanto anómalo sea contaminada por el carácter perverso del agente. La acción protectora hacia los niños y jóvenes en general, en el ámbito venéreo se aplica teniendo en cuenta las Leyes de la sicología, las cuales acreditan como en esas personas no tiene bien conformados los frenos inhibitorios, su espíritu es menos vigoroso pero más emotivo y la personalidad por no estar definida firmemente formada tiende más a ser absorbida que a absorber a imitar tanto a como sufrir los contagios mentales.

La adolescencia es la edad de la voluntad todavía débil, de los sofismas de la pasión, de los juveniles ardores, de las negativas audaces, de los sentimientos pasajeros y las repulsiones prontas a manifestarse; de las amistades y del amor muchas veces sin día siguiente; de la omul

ción, la envidia, la vanidad, la oscilación entre el trabajo regular y la haraganería, de la pusilanimidad entre la continencia y el libertinaje; en fin del aprendizaje de todas las formas de preparación decisiva para la actividad inmoral.

Es el momento crítico de la existencia y de ahí que a los niños y adolescentes se les prevenga y tutele frente a los misterios del sexo, para que los aprendan y los respeten; para que lo comprendan y respeten, usándolo mediante las sabias reglas de la naturaleza y las no menos importantes de la moral y el derecho.

Por otra parte el corrompido de hoy sería el corruptor del mañana, y ante ese plano sombrío del futuro en el cual no se puede orientar mal a nuestros hijos, ha de levantarse prepotente, radical y protectora la Ley. 19

En conclusión podemos decir, que siendo el honor sexual, un bien jurídico que nace con la persona y el pudor, un sentimiento que se adquiere con el desarrollo físico y psíquico de la misma, vemos que en la nueva figura de corrupción, considerada como acto sexual abusivo se está protegiendo la libertad sexual del menor de catorce años y no su pudor; debido a no poder precisar cuando se tiene o no adquirido ese sentimiento. De acuerdo con el Decreto 100 de 1980, no se toma en cuenta la experiencia del sujeto pasivo, solo se exige que sea menor de catorce años.

19.- MONTENEGRO, Op. Cit. P. 361

En el código de 1936, se protegía en la corrupción de menores, el honor en sentido estricto, o sea que el sujeto pasivo era considerado ignorante de toda experiencia sexual, no corrompido, no previendo que el honor como derecho, es algo que no se pierde, por ser inherente a la persona en todos los momentos de la vida, aunque no se tenga consciencia de él.

La honestidad de que ahora se trata no es solo la virtud adquirida a fuerza de observar la abstinencia erótico-sexual, sino también la pureza o castidad con que nace la criatura humana y que conserva, aún sin quererlo, mientras no se corrompa a sí misma o sea pervertido por otro. Por lo tanto, hasta los niños inconscientes del valor y trascendencia que tiene este precioso derecho, son sus titulares.

En su defensa está interesado no solo el individuo, sino también la familia, la sociedad y el Estado; pues los jóvenes que se corrompen precozmente mediante la prematura iniciación en actividades de este carácter, normales o no, es probable que se prostituyan, con grave detrimento para la estabilidad familiar, las buenas costumbres y la entereza de la raza. Por este motivo se prefirió colocar la corrupción de menores entre los delitos sociales.

Los hechos incriminados se reprimen aunque los consienta y aún solicite el ofendido. 20

20.- OSORIO PACHECO, Op. Cit. PP 324 -325.

5.- DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPITULOS

ANTERIORES

5.1.- CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA

Art. 306; "La pena para los delitos descritos en los capitulos anteriores, se aumentará de una tercera parte a la mitad en los casos siguientes;

- Si se cometiere con el concurso de otra u otras personas.
- Si el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.
- Si la víctima quedare embarazada
- Si se produjere contaminación venérea, y
- Si el delito se realizare sobre persona menor de diez años."

Fueron eliminadas con la vigencia del Decreto 100 de 1980

dos circunstancias de agravación punitiva que figuraban en el código penal de 1936, son ellas;

La virginidad y la irreprochable honestidad de la víctima
Agravantes estas de la violencia carnal art. 317, ord 1
del estupro art. 320 , y de los abusos deshonestos, art.
324 y de la corrupción de menores, art. 326 . Además de
la muerte de la víctima en la violencia carnal, art. 318

5.2.- CONCURSO DE OTRA U OTRAS PERSONAS

Cuando en los delitos de violación, estupro y actos sexuales abusivos participan varias personas se agravan.

Solo se requiere que hayan intervenido, disminuyendo la resistencia de la víctima, aunque todas no hayan tomado parte de los actos consumativos.

5.3.- AUTORIDAD SOBRE LA VICTIMA

Cuando el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le de particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza se toma como circunstancia de agravación punitiva en los delitos de

violación, estupro y actos sexuales abusivos.

En cuanto a la particular autoridad sobre la víctima, la Ley exige que no debe derivarse esta circunstancia de ser el responsable ascendiente, descendiente o adoptante pues en este caso se configura es un concurso de violación, estupro o actos sexuales abusivos e incesto, art. 26 .

Encuadra esta circunstancia así, en el confesor, preceptor, el maestro, el médico, el guardador, etc.

5.4.- EMBARAZO DE LA VICTIMA

Es una circunstancia nueva, que solo puede presentarse en los casos donde se consuma el acceso carnal, aunque el art. 306 consagre que pueden darse en todas las modalidades de violación, estupro y actos sexuales abusivos.

5.5.- CONTAMINACION VENEREA

En el código de 1936 se consideraba la contaminación venerea como delito de lesiones personales, art. 381 y

como agravante de los delitos contra la libertad y el honor sexuales, art. 320 y 324 .

El decreto 100 de 1980, consagraba el contacto venereo, pero solo como agravante para los delitos sexuales.

5.6.- SUJETO PASIVO MENOR DE DIEZ AÑOS

Así como el embarazo de la víctima, esta también es una circunstancia de agravación nueva. En el código de 1936 se tomaba en cuenta, pero para efectos de individualizar la sanción, mirandola como una modalidad grave.

5.7.- MUERTE DE LA VICTIMA

El código anterior, tomaba como una circunstancia de agravación en la violencia carnal, cuando con los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaban la muerte.

Actualmente la conducta es tipificadora de homicidio, preterintencional, art. 325 .

5.8.- EXENCION DE PENA

Art. 307; "Si cualquiera de los autores o partícipes de los delitos descritos en los capítulos anteriores contra jere matrimonio válido con el sujeto pasivo, se extinguirá la acción penal para todos ellos.

En relación con la derogada norma, de 1936 (art. 322) la diferencia que encontramos solo es de términos, por cuanto esta declara exento de pena al responsable de delitos sexuales, si contrajere matrimonio con la mujer ofendida y el Decreto 100 de 1980 se refiere a la extinción de la acción penal. Porque si nos vamos al fondo del asunto, vemos que dá lo mismo para el caso que se estudia, no imponer pena alguna, iniciada la acción. que declarar extinguida ésta, una vez contraído el matrimonio válido; aunque no significa lo mismo acción y pena; ya que acción es el derecho que tiene el Estado para investigar y sancionar hechos punibles, Y la pena, aquella que se desprende del seguimiento de la actuación judicial.

Existe una diferencia sustancial entre el actual art. 307 y el 322 del código de 1936, referente al sujeto activo, cual es de que el 322 se refería al responsable de los delitos de violencia carnal y estupro y el 307 se refiere a varios, o sea el autor o partícipe; diferencia ésta que en el anterior código presentaba dificultades en el caso

de ser varios los autores del hecho; ya que la eximente sola tenía operancia cuando el autor del hecho era uno solo.

En lo demás, la nueva norma conserva algunos elementos de los contenidos en el art. 322 de 1936; siendo ellos: de que la mujer ofendida o víctima acepte la propuesta matrimonial de quien la ofendió y que además el matrimonio pueda celebrarse válidamente; debido a que pueda presentarse el caso de que la ofendida sea mujer casada o impúber.

Además el art. 307, hace extensiva la exención a los autores o partícipes de los delitos de violación, estupro y actos sexuales abusivos. En estos últimos, solo opera siempre que el sujeto pasivo no sea impúber.

Resultaría oficiosamente imposible de proceder en el caso de que el sujeto activo cometa estupro o violencia carnal, si después contrae matrimonio con la ofendida válidamente, es decir, según las normas vigentes en nuestro país o en el extranjero, siempre que haya reciprocidad - por tratado público. Caso excepcional. Para estos delitos de estupro y de violencia carnal puede el autor eximir su responsabilidad y cobijar con ella a los copartícipes, si contrae matrimonio, su acto válido de nupcias, ampliará las consecuencias a fin de liquidar el procedimiento. De no ser así sería posible que la víctima quedase libre a acusar de los code-lincuentes de su esposo y que este en ejercicio

de una parte civil perjudicada, o en nombre de su mujer violada o estuprada y ahora su esposa pudiera perseguir a sus coparticipes.

Por ello no es atinado ni justo, limitar la excepción únicamente al que se casa con la víctima.²¹

21.- MONTENEGRO, Op. Cit. PP 350 -351



6.- DEL PROXENETISMO

6.1.- NOCIONES GENERALES

Proxenetismo es usado como nombre genérico, que sirve para designar, lo mismo que sus sinónimos alcahuetería y lenocinio, el oficio o acción del proxeneta, alcahuete o lenón, Y proxeneta, la persona que induce a una mujer en la práctica de actos lascivos con un hombre, o encubre, concierta o permite en su casa esta ilícita comunicación. Esto, en sentido común; porque jurídicamente las expresadas voces tienen una acepción más amplia, pues la conducta del culpable puede concretarse en obtener de un varón que acceda a los tratos erótico-sexuales.

Proxeneta es sinónimo de rufián, chulo; además de alcahuete, Y proxenetismo es acto, mediación o modo de vivir del proxeneta. Delito contra las buenas costumbres, consistente en el fomento de laprostitución a través de la administración, regencia o sostenimiento de lupanaras

u otro lugar donde se ejerza, por cualesquiera actos de favorecimiento o tercería, la prostitución ajena.

Prostitución, comercio sexual por precio. Corrupción o deshonor de la mujer, degradación de cualquier índole. Es ejercida también por el hombre. Es menos grave que el adulterio, que la fuerza, y que la seducción que ella evita.

No todo comercio carnal por precio es prostitución; ya que esta requiere, de la que comercia con su cuerpo, promiscuidad y entrega fácil a cualquier requiriente. Además, no solo es prostitución el acceso carnal comercializado, sino también otra serie de prácticas, generalmente degeneraciones perversas, de carácter sensual y por lucro también.

Prostituta, la mujer que practica la prostitución, la que comercia con su cuerpo, manteniendo acceso carnal o entregándose a otras satisfacciones o perversiones sexuales por precio, e indistintamente ante quien la requiera.

Por último, buscando la etimología del término proxenetis

mo, encontramos que proxeneta se le llamba en Roma y en Grecia. al intermediario comercial en compras y en ventas; como también al intermediario en casamiento, de donde provienen por extensión, las acepciones inmorales de alcahuete, rufián, chulo, etc.

6.2.- INDUCCION A LA PROSTITUCION

Art. 308: "El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a persona honesta, estará sujeto a la pena de uno a tres años de prisión.

Agente de este delito puede ser cualquiera, hombre o mujer, sujeto pasivo puede ser también un varón o una mujer, socialmente honesta; es decir, poseer una honestidad media (no necesariamente irreprochable), una honestidad sin continencia, pero con regular castidad.

Una persona puede ser honesta, sin observar continencia y sin ser rigurosamente casta.

En esta figura, de acuerdo al Decreto 100 de 1980, se pro

tege o tutela como bien jurídico, el pudor sexual, al inducir con ánimo de lucro o para satisfacer deseos de otro al comercio carnal o a la prostitución a una persona honesta.

"Lo tutelado por el Legislador, es más que todo la honestidad u honor sexual, y en forma indirecta, la abstinencia sexual y el interés que tiene el Estado y la sociedad en que no se fomente la prostitución". 22

Diferencia ésta, que ya hemos explicado en ocasiones anteriores, al referirnos a los conceptos de honor y de pudor. En cuanto a la edad del sujeto pasivo, si se trata de menor de catorce años, se presenta una circunstancia de agravación punitiva. art. 310, ord 1º .

6.3.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA FIGURA

6.3.1.- Animo de lucro

Entre los elementos subjetivos, este constituye el dolo

22.- OSORIO PACHECO, Op. Cit. P 343

específico por excelencia.

El ánimo de lucro a que se refiere el art. 308, que describe el proxenetismo propiamente dicho, es un elemento esencial en la figura que consiste en cualquier ventaja de orden material, bien sea que esté representada en dinero o en cualquier otra forma que proporcione al proxeneta un bienestar material o económico obtenido mediante la ejecución de los actos que constituyen la acción delictuosa.

Es este elemento el propósito distintivo del proxeneta, ya que personalmente me atrevería a decir, que ni siquiera es necesario satisfacer los deseos de otro, para tipificarse la figura.

6.3.2.- Deseos ajenos

Por deseos ajenos o deseos de otro, se entienden los de índole lúbricos o libidinosos, satisfechos total o parcialmente por la persona beneficiada y logrados a través de las actividades del proxeneta.

Estos deseos pueden llegar a satisfacer mediante la rea

zación del acceso carnal, o la ejecución de actos eróticos sexuales diversos de este; ya sean normales o a normales. Ese otro a que se refiere la Ley penal, puede ser persona determinada o indeterminada y desconocida;

Cuando se induce a la víctima, entregándosele a beneficiario determinado, se dá el comercio carnal y cuando a beneficiarios indeterminados y desconocidos, se dá la prostitución.

Comparando la norma de 1936 art. 327 , con la del Decreto 100 de 1980 art. 308 , encontramos que los elementos son concurrentes en la primera; ánimo de lucro y propósito de satisfacer los deseos de otro. Y en la segunda, alternativos; ánimo de lucro o propósito de satisfacer los deseos de otro.

El Doctor Pedro Pacheco Osorio y Antonio Vicente Arenas comparten la fórmula del código anterior. Y el Doctor Reyes Echandía comparte la del Decreto 100 de 1980.

Los primeros aducen que el fin de servir a la lujuria ajena resulta un constante elemento subjetivo del tipo y el segundo, que pueden darse alternativamente.

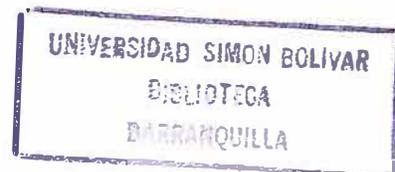
Compartimos la opinión del Doctor Reyes Echandía, en razón de que el elemento esencial ánimo de lucro, va implícitamente comprendido en el propósito de satisfacer los deseos de otro, Esto, por la propia naturaleza del proxenetismo, ya que el proxeneta lleva siempre como distintivo el ánimo de lucro, y al inducir para satisfacer los deseos de otro, no lleva otro propósito, sino el de lucrarse. Además, si de proxenetismo se habla, esos deseos deben ser de índole lúbricos o libidinosos, ya que no podrían ser diferentes. Y el proxeneta al lograr facilitar la satisfacción de esos deseos a otra persona, que otro interés podría tener?

Salvo el caso de una persona con problemas sexuales, como por ejemplo, aquel que satisface sus deseos libidinosos al través de la contemplación cuando otras personas realizan actos sexuales.

6.4.- ACTOS DE INDUCCION

De acuerdo con el sentido que el legislador le ha dado, actos de inducción son todos aquellos que en una persona honesta son capaces de inclinar su ánimo a la prostitución.

Aquí el verbo inducir se tiene como sinónimo de excitar, promover, influir. Estos actos deben ser idóneos, o sea capaces de hacer inclinar la persona o hacer germinar en su mente la idea de prostituirse; no se requiere por tanto que sean eficaces, debido a que el art. 308 contiene un delito formal o de simple actividad, que no exige para la consumación de este que la persona realmente se prostituya, sino que basta despertar en ella, la idea inclinada a prostituirse.



Cuando la persona ya tiene esta inclinación, no podemos hablar de que se le induce a la prostitución, sino de que se le facilitan los medios para realizarla.

6.5.- COMERCIO CARNAL

Existe una diferencia entre las palabras comercio carnal y prostitución.

"Comercio carnal es el tráfico o cambio de la satisfacción de un deseo lujurioso por una ventaja de cualquier especie, lo cual supone entrega recíproca de favores. Prostitución es la entrega carnal a cualquiera que la solicite,

por precio, como medio de vivir de una persona". 23

Prostituta es aquella persona que ofrece sus favores a un número indeterminado de individuos aun - que sea gratuitamente. No hay porque asimilar dicho término al oficio de la prostituta, ramera - o meretriz, ni a la corrupción sexual.

Ni siquiera es necesario que la persona haya dado comienzo a las prácticas sexuales promiscuas, para llamarse prostituta. Basta con que se tenga el propósito de entregarse sexualmente a cualquiera - que la solicite. La frase comercio carnal es equi - valente del sustantivo comercio, en su sentido fi - gurado de comunicación y trato secreto, por lo co - mún ilícito, entre dos personas de distinto sexo; - siendo necesario para su existencia, la efectiva - práctica del acto carnal respectivo, que puede - ser o no el acceso, sin que se requiera su repeti - ción ni realizarlo con un número indeterminado de individuos, como tampoco es necesario el fin de - lucro, para ninguno de los partícipes en él. 24

Gramaticalmente, a la mujer que ejerce el comer - cio carnal clandestino, se le llama meretriz, y prostituta, a la que está inscrita y habita de - ordinario en las mancebías.

La prostituta psicológicamente, es un tipo de cri - minal, y si no comete crímenes, se debe a su de - bilidad síquica, a su poca inteligencia y a la - facilidad para procurarse todos sus deseos por - un medio más sencillo, por la Ley del menor es - fuerzo preferido, el de la prostitución, que pre - cisamente representa la forma especial de crimi - nalidad de la mujer. 25

23.- PEREZ, Op. Cit. P 343

24.- OSORIO PACHECO, Op. Cit. PP 344 -345

25.- JIMENEZ GUTIERREZ, Op. Cit. PP .352 -354.

En síntesis podemos decir, que por prostitución se entiende la entrega del cuerpo a un número indeterminado de personas para prestaciones de naturaleza sexual; ya sea por precio, por vicio o por cualquier otra causa. Y comercio carnal, la entrega del cuerpo a personas determinada por el interés de la paga.

Los actos sexuales en la prostitución pueden ser de diversa índole. Conste por tanto el delito de proxenetismo el que con ánimo de lucro induce a una persona honesta a la prostitución o al comercio carnal; siendo la venalidad de la entrega indiferente en la prostitución e indispensable en el comercio carnal.

6.6.- CONSTREÑIMIENTO A LA PROSTITUCION

Art. 309; "El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro constriña a persona honesta al comercio carnal o a la prostitución, incurrirá en prisión de dos a siete años." Es la misma conducta descrita en el artículo anterior, con la única diferencia de que en aquel se induce y aquí se constriñe.

Es también éste, un delito de simple actividad, que se con

suma con el hecho de construír a una persona honesta para que se prostituya o ejerza el comercio carnal.

El art. 328, ordinal 3º del código de 1935, consagraba el constreñimiento como circunstancia agravante de la inducción a la prostitución; siendo contradictorio por el significado que encierra cada término.

6.7.- CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA

Art. 310; "La pena para los delitos descritos en los artículos anteriores se aumentará de la tercera parte a la mitad, en los casos siguientes;

- Si el delito se realizare en persona menor de 14 años
- En la hipótesis prevista en el numeral 2º del art.306
- Si la conducta se realizare con el fin de llevar la víctima al extranjero.

Anteriormente se imponía la pena, de acuerdo con la edad de la persona honesta inducida al comercio carnal o a la prostitución. Hoy, de acuerdo al nuevo código penal la edad solo se tiene en cuenta como circunstancia de agravación cuando sea menor de 14 años. En los demás casos

solo puede servir de criterio para fijar la pena (art.51)

6.8.- TRATA DE MUJERES Y DE MENORES

Art. 311; "El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país a mujer o menor de edad de uno u otro sexo, para que ejerzan laprostitución, incurrirá en prisión de dos a seis años y multa de diez mil a cien mil pesos."

El código de 1936 no consagraba este comportamiento y no figura ni en la ponencia del Dr. Martínez Zúñiga ni en el anteproyecto de 1974, ni en el proyecto de 1976,

6.9.- ESTIMULO A LAPROSTITUCION DE MENORES

Art. 312; "El que destine casa o establecimiento para la práctica de actos sexuales en que participen menores de catorce años, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años." La destinación de casa o establecimiento para cometer actos homosexuales era consagrado como delito en el código de 1936, art. 29 y Decreto 522 de 1971.

De acuerdo al Decreto 100 de 1980, la destinación de ca

sa o establecimiento para la práctica de cualquier clase de actos sexuales es delito; pero cuando participan menores de catorce años.

6.10.- PORNOGRAFIA

En los art. 248 y 249 del código de 1936, se sancionaba como delitos contra la moral pública, la elaboración, importación, circulación, etc, de escritos, dibujos, imágenes u objetos obscenos. En el nuevo código, este comportamiento no figura.

6.11.- HOMOSEXUALISMO

En el Capítulo IV, art. 323, Inc. 2º del código de 1936, tipificaba este comportamiento para los que consumaran el acceso carnal, cualquiera que fuese su edad.

Se denominaba este comportamiento homosexual, abuso deshonroso. El nuevo código, no reprime las uniones carnales entre personas del mismo sexo sino cuando se realizan mediante violencia o engaño o cuando el sujeto pasivo

es menor **de** catorce años. Fue abolida esta norma, en razón de que con este comportamiento no se viola ningún derecho de los asociados, cuando se realiza entre personas consentidoras, considerándosele entre las aberraciones sexuales como bestialidad, la fornicación, el onanismo y otras semejantes.

CONCLUSION

Como pudimos observar, la aparición del hombre sobre la tierra, es aún motivo de discusión, debido a la carencia de datos científicos que tan siquiera puedan precisar la época en que tomó forma humana, si es que se tiene como descendiente de un animal. Pero por sobre toda teoría, lo cierto es que el hombre existe, diferenciándose frente a toda criatura, por el poder de su voluntad y de su inteligencia.

Porque si bien es cierto, que en principio su comportamiento no estuvo al nivel de esa voluntad y de esa inteligencia que lo caracteriza, se debió a la falta de experiencia, fase ésta por la que atraviesa toda criatura en el despertar de su nacimiento. Pero en el trascurso de ese despertar, el hombre va tomando consciencia del medio que lo circunda y comienza a organizarse de acuerdo a sus experiencias y en relación con el número de habitantes

Así es como comienza a proyectarse, desde las relaciones

por parejas, formación de la familia, gens, tribus, asociaciones gentilicias, hasta llegar a la formación del Estado, del que hablamos en un principio.

Hasta tanto el Hombre pudo vivir en comunidad dentro de una igualdad de condiciones sociales y económicas, no tuvo necesidad de ningún sistema que regulare sus relaciones, salvo algunas prohibiciones en los casos en que se contrarioran determinadas costumbres.

Así mismo, cuando ^{uⁿ} él aflora desde el fondo de su natura, ese noble sentimiento del afecto, sus relaciones sexuales se hacen más duraderas con determinada hembra de la comunidad y se forma la pareja, hasta llegar en orden progresivo a la organización familiar, presentándose a partir de aquí la necesidad de crear un sistema que regulara sus relaciones.

Se constituye así los primeros sistemas reguladores de las relaciones sexuales, los cuales en su mayoría lo forman una serie de prohibiciones que reflejan las condiciones materiales e intelectivas del hombre en esa primera etapa y que se van reformando de acuerdo con las diferentes formas que la organización familiar va tomando.

En esos momentos, quienes toman la iniciativa para imponer los castigos son aquellos miembros de la comunidad que han sido víctimas de un hecho irregular, ejecutado por otros, pertenecientes al mismo grupo o a diferentes comunidades; reacción ésta originada en los celos, lo cual es ya un producto de ese proceso afectivo que se viene desarrollando en la naturaleza humana.

Es así como de esas primeras víctimas, salen los primeros jefes facultados por derecho propio para castigar a quienes se comportaron en una forma no acorde con sus costumbres.

Pero en la medida en que el Hombre, trabajador por naturaleza, descubre y elabora mejores productos alimenticios se va desarrollando su cerebro y por ende su imaginación.

Es entonces cuando el Hombre comienza a descubrirse y a filosofar, preocupado por su mundo lleno de belleza, de riquezas y misterio. He aquí, el porque de su religiosidad y el porqué confunde los conceptos de pecado y de delito, que hasta solo terminado el siglo XVI vino a diferenciarse un poco.

Todo el comportamiento anterior le viene a acompañar un diabólico sentimiento; cual es, la ambición desenfrenada de bienes o riquezas en el momento en que descubre que entre más bienes posee, consigue con mayor facilidad la satisfacción de cualesquiera caprichos que en su imaginación se le presente; trayendo esto como consecuencia la bien conocida división entre Gobernantes ricos y Gobernados pobres.

Es esta la razón por la cual, las infracciones contra el patrimonio económico siempre han sido objeto de medidas drásticas por parte de los Legisladores y autoridades en general, lo mismo que las infracciones contra el bien sexual; pero acomodadas a sus propios gustos e intereses particulares.

A partir del siglo XVII, las infracciones contra el bien sexual se protegen con fundamento, en que es un derecho que la persona tiene a conservar íntegro, considerándosele como una virtud. Así, quien presta consentimiento válido exento de vicios para efectuar algún acto erótico sexual está haciendo uso normalmente del referido derecho.

En cuanto a la parte histórica de nuestra Legislación penal, podemos decir, que antes de la existencia del primer código en esta materia, rigieron en el territorio los viejos estatutos peninsulares después de haber sido declarada la independencia política de España, modificados por las primeras constituciones, entre las cuales tenemos las de Cundinamarca, y Tunja de 1811, Antioquia de 1812, y Cúcuta de 1821.

Y en 1823 se presentó a las Cámaras el primer proyecto de código penal basado en el Español de 1822, el cual no fue considerado, siendo aprobado en 1837 por el Congreso el primer código colombiano, mediante la Ley del 27 de Junio.

Le siguen luego el código penal de 1873, suspendido por la Constitución de 1886, hasta 1890 en que se expidió la Ley 19 sobre código penal; la que tuvo como precedente histórico, el proyecto de los Consejeros de Estado Demetrio Porras y Juan P. Restrepo, y que alcanzó a regir hasta 1936, reproduciendo la rigidez penológica del código de 1873, con modificaciones como la supresión de la pena capital por el acto Legislativo número 3 de 1910; pero antes de aprobarse el código de 1936, mediante la

Ley 95 hubo varios proyectos de códigos como el presentado en 1922, por José Vicente Concha, proyecto estudiado por una Comisión creada por la Ley 81 de 1923, y que entregó al Gobierno en 1925 con grandes aciertos en su elaboración al apartarse del concepto generico de sanciones y acoger el mixto de penas y medidas de seguridad, consagrado en el de Ferri, (1921), reconociendo además, causas de imputabilidad y causas de justificación; conceptos estos no previstos en el Italiano, Prescribe también la exclusión de responsabilidad para el demente, autorizando el tratamiento positivista de recluírlo en un manicomio criminal. El Gobierno rechaza este proyecto, contratando una Comisión de funcionarios en 1926 para la elaboración de otro proyecto sobre las bases del de 1912.

Esta Comisión regresa sin lograr su propósito, hasta que en 1933 se expidió la Ley 20 que organizó para principio de 1934 la comisión de asuntos penales y penitenciarios, encargada de elaborar el proyecto que acogió la Ley 95 de 1936; resaltando entre sus principios los siguientes;

- La defensa social como sustento de las sanciones eficaz prevención de la delincuencia; la imputabilidad sico física como base la imputabilidad criminal; siendo por tanto responsables los dementes, intoxicados y menores.

como sujetos peligrosos para la sociedad.

Estudio no solo del delito, sino del delincuente, teniendo la peligrosidad como medida de la pena; además de consagrar las medidas de seguridad a los menores y a los insanos.

Por último, tenemos, a cuarenta y dos años de existencia del anterior código, el anteproyecto de 1978, que sometido al criterio de una Comisión Asesora, fué aprobado, constituyendo nuestro actual código penal (Decreto 100 de Enero 23 de 1980), el cual tuvo varios proyectos precedentes, como el anteproyecto de 1974 y el proyecto de 1976.

El primero, contenido de las actas Nº 75 del 28 de septiembre de 1973, y la Nº 76 del 3 de Octubre del mismo año.

Referente a las características especiales de los delitos contenidos en el título XI del referido código, materia de estudio del presente trabajo, podemos decir que, clasificados en tres grupos, integran sus tres primeros capítulos, distinguiéndose fundamentalmente por el medio escogido para su comisión y no en atención a la naturaleza

del acto realizado, como se ha visto anteriormente.

Son ellos con sus respectivas modalidades, los delitos de violación, estupro y actos sexuales abusivos; hallándose consagrado además el proxenetismo.

El empleo de la violencia en cualesquiera de las formas de accesos o actos sexuales ha sido a través de los tiempos sancionada con mayor severidad en comparación con los demás actos lesivos del bien sexual.

En segundo orden, tenemos la corrupción o realización de cualesquiera actos sexuales con menores de edad; siendo consagrado dicho tipo por la mayoría de las legislaciones Latinoamericanas. Si comparamos el título XII del Decreto 3200 de Septiembre 14 de 1936 con el título XI del Decreto 100 de Enero 23 de 1980, encontramos en este último, algunos aciertos y desaciertos injustificados a su vez en relación con el primero.

Entre dichos aciertos, podemos mencionar los siguientes;

- Unificación de la edad legal de consentimiento sexual -en 14 años.
- El viejo código penal establecía dos edades legales de

consentimiento sexual (14 y 16 años), según la naturaleza del acto la existencia o no de engaño y el estado de corrupción del sujeto pasivo. Así, la edad legal de consentimiento para realizar un acto erótico con una mujer sin experiencia sexual previa (no corrompida), era 16 años (art. 325 y 326), mientras que si ya estaba corrompida la edad quedaba rebajada a 14 años, siempre que el sujeto activo no utilizare engaño (art 319). Descontando la impropiedad de la terminología, tales disposiciones no tenían fundamento lógico, amén de que presentaban un vacío consistente en dejar sin sanción los actos sexuales diferentes del coito vaginal, efectuados en una persona corrompida sin su consentimiento. Esto ha sido corregido en los art. 303 a 305 del nuevo código penal.

- Desaparición de la atenuante para el homicidio o las lesiones causados por provocación debida a acceso carnal ilegítimo, consagrado en el art. 382 del viejo código penal.

- Supresión de los delitos contra la moral pública, consagrados en el art. 243 y 249 del anterior código penal quedando de esto un botoncito suelto en el art. 44 del Decreto 522 de 1971, como un reflejo fiel de la índole de estos tipos.

Disposición ésta perjudicial en gran medida para la sociedad; ya que consagrada como contravención queda en manos de quienes realmente no tienen la suficiente capacidad para juzgar sobre tan compleja materia, como lo es la sexualidad humana.

- Despenalización de los actos homosexuales consensuales realizados entre mayores de 14 años, consagrado en el art 323 del anterior código penal como una modalidad de los abusos deshonestos, el cual era complementado con el art 329 del mismo estatuto.

En relación con los desaciertos injustificados a que en principio del presente paralelo hice referencia, encontramos a primera vista la sobrevivencia de la legendaria figura del estupro; esta vez descrita en la forma más ingenua, pues si bien en la época de nuestras immaculadas abuelitas pudo encuadrar esta figura, hoy es ridículo pensar en el solo hecho de ver una mujer entre los 14 y 18 años de edad, seguir a un hombre y ocultarse con él para la realización; ya sea del acceso carnal o de algún acto sexual diferente al acceso, so pretexto de ser engañada o de no haber podido aguantarse su novio hasta el día del rito matrimonial, para la realización de tales actos porque con cara brava le pidió anticipada la prueba de a

mor, yo diría que la prueba de fuego.

Tonterías, y que se me entregó porque me creía!

Es esta la expresión proferida contra aquellas jovencitas denominadas popularmente peladas fáciles.

Si es ridículo lo anterior, absurdo lo es imaginarnos lo contrario, es decir, ~~ver~~ un hombre entre los 14 y 18 años sentado frente a un juez de la República, declarando que una mujer lo engañó, consiguiendo con él una o varias eyaculaciones; ya a través de la realización del acceso carnal o la ejecución de algún acto sexual diferente al acceso.

Pero para colmar la medida, la moderna figura del estupro, contenida en los art. 301 y 302 del Decreto 100 de 1980, le queda sanciona a la derogada disposición de 1936 contenida en el art. 319, en el sentido de fijarle un límite de 18 años al sujeto pasivo; pues no es lógico, ya que siendo así, también es posible engañar a una persona mayor de tal edad; además de entrar en contradicción con la fijación del límite de los 14 años.

Lo mismo sucede, cuando se toma como circunstancia de a

gravación, debe ser de 14 años para abajo; sin necesidad ^{menor de 10 años,} de fijar nuevo límite, debido a que es como lo anterior, arbitrario y contradictorio.

Seguindo con los desaciertos o aspectos negativos del nuevo código penal, encontramos en orden ascendente de las circunstancias de agravación punitiva, consagrada en el art. 306 los siguientes;

- La contaminación venérea, circunstancia esta muy difícil de probar; ^{en} razón de que saber a ciencia cierta si en una violación, estupro o acto sexual abusivo, el sujeto activo recordaba en esos momentos que estaba enfermo, es entrar en el campo de la subjetividad. Esto, tratándose de un hombre, que es el más propenso a cometer dichos ilícitos y que por su naturaleza sexual casi siempre actúa explosivamente, perturbado por la incontrollable eyacuación, una vez excitado.

Otro tanto, podemos decir cuando el sujeto activo es una mujer y se encuentra enferma de gonorrea; pues ella al no experimentar dolor ni poder verse los síntomas, actúa sin la intención. En consecuencia de lo anterior, no habría razones para tomar tal circunstancia como agravación punitiva, siendo aconsejable sancionar el hecho con

su respectiva pena.

En cuanto al embarazo de la víctima, vemos claramente que este se presenta solo en aquellos casos donde se consuma el acceso carnal por vía normal, siendo por consiguiente una consecuencia del acceso y no un agravante; debido a que necesariamente o sin la intención de producirlo, se produjo a raíz del contacto por vía reproductora.

De la extinción de la acción penal, consagrada en el art. 307 del actual código penal, existe una imprecisión en cuanto al término, siendo más acertada la definición del código de 1936 contenida en el art. 322, que habla de exención de pena; que el matrimonio posterior no solo extingue la acción penal, sino que también pone término a la pena impuesta.

Peromás que lo anterior, lo negativo de la disposición radica en lo siguiente;

- Serenamente el infractor puede proceder a casarse con la mujer ofendida; pero solo para asegurar su libertad, ya que muy fácil hallará el camino para abandonarla, o en el peor de los casos hacerle la vida imposible.

Antes de entrar en detalle en relación con los bienes jurídicos protegidos por el Legislador, veamos algunas disposiciones referentes al comportamiento sexual dispersas entre otras normas legales; no acordes como la mayoría de las que conforman esta materia, con la realidad de la época que vivimos. Ejemplo, el art. 154 num 7 del código civil establece como causa de divorcio toda conducta de uno de los conyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, o a un descendiente, o a personas que esten a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.

El art. 259 del nuevo código penal consagra: "El que realice acceso carnal u otro acto erótico-sexual con un descendiente, ascendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años."

Como vemos claramente, se refiere este tipo a la prohibición de las relaciones sexuales entre los miembros de la familia nuclear (madre/hijo, padre/hija, Hermano/hermana).

En forma indirecta o implícita, nos encontramos otra prohibición del comportamiento sexual, consagrada en el art. 269, que tipifica el secuestro simple, al consagrar, el que con propósito distinto a los previstos en el art. an

terior (art. 268 tipificador del secuestro extorsivo), arrebatada, sustraída, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de seis meses a tres años.

De lo anterior se colige, que el propósito de la acción de arrebatar, sustraer, retener u ocultar a una persona por parte de otra, puede ser el de accederla carnalmente o realizar con ella algún acto sexual diferente al acceso.

Figura ésta, similar al rapto que consagraba el art. 349 del derogado código penal de 1936, clasificaba en su título XIV, contentivo de los delitos contra la familia y que con la denominación de secuestro simple encontramos en el nuevo código penal, enmarcado dentro del art. 269 del título X consagrativo de los delitos contra la libertad individual y otras garantías.

En el capítulo VIII de los delitos contra el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos, art. 297, título X, del nuevo código penal, hallamos el problemático comportamiento sexual del irrespeto a cadáveres, denominado este comportamiento por los sexólogos, necrofilia, y que consiste en la obtención de excitación y placer sexual

les mediante la observación de un cadáver o copulando con él. Es una clase de parafilia, que ellos clasifican o tratan como problema sexual.

Incluyen además dentro de esa misma clasificación a la paidofilia, consistente en su sentido sexológico, en la imaginación de fantasías o en la práctica de actos hetero u homosexuales en forma exclusiva o preferencial, por parte de una persona que ha completado su maduración sexual, con un individuo prepúber y, que hallamos prohibida en el nuevo código penal, dentro de los art. 303 y 305.

Y para ponerle término a este punto, debemos señalar los art. 345, 346, 347 clasificados en los delitos contra la vida y la integridad personal del nuevo código penal; que aunque no se refieren directamente al comportamiento sexual, tienen mucho que ver con los delitos contra la libertad y el pudor sexuales; ya que son efectos de sus principales tipos, a los cuales por sus visibles vicios, debemos referirnos en la síntesis del presente trabajo.

Veamos ahora sí, lo relacionado con los bienes jurídicos protegidos por el Legislador en el título XI del nuevo código penal. Dos bienes jurídicos concurrentes tutela

el anterior título, cuales son la libertad y el pudor sexuales, este último término reemplazó al de honor, consagrado en el título XII del código de 1936, por razones que inmediatamente veremos;

- Se ha preferido el término pudor al de honor, por ser el primero más específico que el segundo; tanto en su acepción gramatical como jurídica.

Es decir, el pudor equivale al honor sexual subjetivo, separándolo del honor sexual objetivo u honra, del cual el título XII no diferenciaba.

Además, siendo el honor sexual en su sentido amplio; subjetivo y objetivo, un bien jurídico que nace con la persona y, el pudor, un sentimiento que se adquiere con el desarrollo físico y síquico de la misma, es más razonable proteger este último; puesto que el primero como derecho no se puede perder, aun careciendo de honor el acreedor de ese derecho, debido a que el derecho al honor no presupone la existencia de un honor determinado. En este sentido, tanto el recién nacido como el deshonesto son titulares del derecho al honor.

En cambio, el pudor u honor sexual subjetivo sí es fac

tible de ser lesionado, en razón de constituir un mecanismo inhibitor que induce al ocultamiento de las zonas corporales de connotación erótica y abstenerse de realizar actividades sexuales en público; es una emoción que afecta sobre todo a las mujeres.

En términos generales podemos decir, que pudor es una especie de freno, mediante el cual la persona, además de controlar sus propios instintos sexuales, controla el de los demás, al ocultar sus partes pubendas.

Es por eso, que una vez roto ese freno (forjado por la cultura, educación, costumbre, etc), ya sea voluntariamente por la persona o por otra, se produce un cambio o transformación en el comportamiento erótico-sexual.

Pongamos un ejemplo para aclarar dichos conceptos. La violación en una menor de catorce años.

De acuerdo con el código penal de 1936, esa menor perdía su honor, ya que este era confundido con los conceptos de integridad himenal o virginidad, castidad, continencia, etc. Según el nuevo código penal, no pierde el honor, sino simplemente se ofende su pudor.

Es ésta la razón por la que en el Decreto 100 de 1980, título XI, sean protegidas hasta las personas más deshonestas. Con relación a la libertad sexual han sido pocos los comentarios que se han hecho, pasando al nuevo código penal con su mismo sentido; es decir, tomada en su aspecto negativo, o sea el derecho de no ser obligado a realizar algo contra su voluntad.

Sin embargo es esta una expresión que como el vocablo honor, protegido como bien jurídico en el código penal de 1936, en su doble sentido, subjetivo y objetivo; que también contiene una doble acepción; una en sentido positivo y otra en sentido negativo, no deja de prestarse a confusión; por lo arbitrario y discordante del sentido que se le da con la verdadera realidad.

Es decir, argumentar que la expresión libertad sexual significa no ser obligada a una persona a realizar algo contra su voluntad, ^o quedarse corto; por cuanto no se está incluyendo un elemento o circunstancia que le hace falta para completar su sentido y coincidir con la realidad objetiva, pues solo se está considerando a la persona como sujeto pasivo (no ser obligado) y no como sujeto activo, (facultad para hacer), que es lo que natural y sencillamente significa libertad.

Porque lo importante no es apreciar los vocablos por sus respectivas cargas semánticas, sino que lo esencial, es como sucede en la descripción de cada tipo penal; que lo allí descrito, sea la representación exacta de un determinado comportamiento, factible de producirse materialmente.

En síntesis tenemos, que los conceptos de libertad y pudor sexuales no se ajustan como bienes jurídicos protegidos de los delitos de violación, estupro, actos sexuales abusivos, proxenetismo, por las siguientes razones;

- Es una falsa apreciación, considerar que una persona menor de catorce años, no tenga capacidad jurídica para disponer de su cuerpo en orden a su función sexual; ya que la persona desde el momento mismo en que desarrolla su aparato sexual, es libre de ponerlo en función para bien de su propio cuerpo. Porque injusto es considerar a un menor de catorce años carente de este derecho, como arbitrario, considerar a un adulto solo sujeto pasivo, que solo puede abstenerse o , en el sentido de no ser obligado, como insensible en su aspecto erótico y carente de voluntad, Esto en consideración a la realidad que vivimos, por cuanto la posibilidad de una violación, estupro, acto sexual abusivo, proxenetismo, vendría a ser en estos

momentos una excepción.

Siendo por consiguiente más justo y acorde con la realidad, la expresión disponibilidad sexual; quedando el título XI, así; Delitos contra la disponibilidad sexual, excluyendo el vocablo pudor, por cuanto no está desempeñando ninguna función, debido a que los delitos contra la moral pública (art. 248 y 249), consagrados en el título VII del código penal de 1936, fueron derogados y que son los que realmente ofende el pudor, en razón de ser este un concepto de carácter público.

Pués el pudor de una persona, ^{Jamás} se llegaría a ofender, realizando con ella el acceso carnal o algún acto erótico-sexual en lugar privado o fuera del alcance de la vista de otras personas.

En consecuencia, podríamos decir que en el caso de una violación por ej; que constituye una de las lesiones más graves en materia sexual, estaríamos en presencia de un delito contra la disponibilidad sexual; concepto este que no contiene la misma carga semántica de libertad, pero que además viene a perfeccionarlo por encuadrar mejor dentro del marco que la época presenta; es decir, tanto derecho tiene un menor de catorce años como lo tiene un adulto,

a disponer de su cuerpo en orden a su vida sexual; ya sea absteniéndose a poner en función su aparato sexual o realizando el acceso o cualesquiera actos eróticos-sexuales, toda vez que su organismo lo requiera y las circunstancias se lo permitan.

Otro tanto podemos decir ~~por~~ del estupro, de los actos sexuales abusivos y del proxenetismo, que en forma muy clara en este mismo sentido se están protegiendo por nuestro legislador; o sea en consideración al bien jurídico de la disponibilidad sexual, no apareciendo en ninguno de ellos el pudor, ^{como} posible bien que pueda tutelarse.

Pués no otra cosa están haciendo hombres y mujeres, al disponer de sus cuerpos en orden a su vida sexual, sin ningún control.

Es por lo anterior que me atrevería a decir, que a pesar de las tantas reformas que nuestro código penal ha experimentado, aún no se ha llegado a una codificación acorde con la realidad que nos circunda; principalmente en esta materia que por su complejidad exige mejor atención.

Porque si hacemos un paralelo entre las expresiones

libertad sexual y disponibilidad sexual encontramos que así como se protege a la persona en su derecho a no ser obligada a hacer algo contra su voluntad, que en última instancia viene a ser una prohibición exclusiva para el supuesto caso de una violación, que es el comportamiento que lesiona ese derecho, que no compagina con los demás tipos; dado que la realidad de la época nos está demostrando que el engaño, la inducción, el constreñimiento, el estímulo muy difícilmente se cumplen en la práctica.

Y si de actos sexuales abusivos se trata, la Ley considera que en el caso del menor de catorce años, este no es libre de disponer de su cuerpo en orden a su vida sexual careciendo por tanto de voluntad.

Aunque la realidad sea otra y nos diga que un muchacho de diez, once, doce o trece años de edad, si es consciente de sus propios actos; la misma Ley lo despoja de esa voluntad, a través de una presunción, al considerar que careciendo de libertad, sus actos son inválidos, aparecen o no como voluntarios.

En cuanto al acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, ya sea realizado con una persona en estado de incons

ciencia, o que padezca trastorno mental, o que este en incapacidad de resistir, vemos que en ninguna de dichas circunstancias hay asomos de voluntad, y al no haber voluntad, a quién se obliga entonces ?

He aquí la razón, por la cual debe protegerse también la disponibilidad sexual; ya que en última instancia vendrían a significar lo mismo, si de voluntad se trata.

De ahí que sea más aconsejable, la expresión disponibilidad sexual, en vez de libertad sexual; por cuanto la primera significa disponer de su cuerpo en orden a su vida sexual como abstenerse de ello, o no ser obligada la persona a hacer algo contra su voluntad (estado consciente) o a no ser lesionado ese derecho en las circunstancias de hallarse ella en estado de inconsciencia, perturbadamente o indefensa (incapaz de resistir), es decir, hallándose ausente su voluntad, ya que ese derecho de disposición lo lleva implícito o dentro de su voluntad, así como también lo llevan los menores de catorce años, salvo las circunstancias de esta, no poseer la suficiente educación sexual, para disponer bien de su cuerpo en orden a su vida sexual. Y de hallarse imposibilitada, perturbada mental, ya por enfermedad natural o provocada por vicios.

La segunda expresión o libertad sexual, solo significa, no ser obligada la persona a hacer algo contra su voluntad, Como vemos, nuestros legisladores aún están aferrados a ese formalismo tradicional en cuanto a tipificación se trata, desconociendo a la vez los principios más elementales en materia sexual.

Es éste un título, que debe tratarse en forma especial, con la colaboración de; médicos, psiquiatras, psicólogos, sexólogos, economistas, que opinen sobre el hambre, los vicios, la educación sexual y, en general sobre los diferentes comportamientos y problemas sexuales, sus causas, etc evitando así la tipificación arbitraria, contradictoria y vacía, que antes de favorecer a la sociedad, complican su situación.

No se requiere de profundos conocimientos, para darse una cuenta que el hambre, patrocinado por nuestro sistema social, y el vicio de toda clase arraigado ya en nuestra sociedad, cual una planta venenosa que hunde cada día más sus mortales raíces en el corazón y el cerebro de la juventud naciente, provoca un insaciable deseo erótico-sexual en los hombres y una debilidad en la mujer que la hacen parir anormalmente, para mal de la humanidad.

Lo anterior es una viva voz de alarma que todos los Gobiernos del mundo escuchan y conocen; pero que muy pocos son los que han atendido esta llamada de emergencia, por el vil obstáculo de sus propios intereses.

Es esta la razón por la que jamás se llegará a una regulación de las relaciones sexuales acorde con la realidad; ya que mientras nuestros legisladores no se fundamentan sobre estas bases ciertas, cuales son los efectos que produce una buena o mala alimentación, lo mismo con respecto al conocimiento que se debe tener sobre una buena o mala educación sexual; seguirán girando siempre sobre esa misma norma formalista, arbitraria, contradictoria y vacía que tanto mal ha causado ya a nuestro pueblo, que es en última instancia el más afectado, por su bajo nivel económico y cultural.

Como ejemplo protuberante de contradicción en cuanto a regulación de relaciones sexuales se trata, hallamos en el nuevo código penal, los art. 345 y 347; que aunque esten consagrados en los capítulos Tercero y Cuarto del título XIII, como delitos contra la vida y la integridad personal, tiene mucho que ver con el título XI, en razón de ser efectos de sus principales figuras, cuales son la violación y el acceso carnal, abusivo.

En este sentido, vemos a primera vista, como el legislador no permite que una mujer sea accedida en forma violenta o abusiva por el hombre, imponiéndole a éste la mayor sanción, por considerar que fué obligada a realizar algo contra su expresa voluntad, violándose por tanto su derecho a relacionarse con el hombre que a bien tenga, y más cuando de formar un hogar se trata, sueña principalmente la mujer; ya por su delicada naturaleza, en hallar un hombre con quien compartir el más feliz de los momentos, cual es de traer al mundo un nuevo ser; fruto de su propio afecto y la comprensión de su compañero, además de contar con la alegre y dulce sonrisa de un niño en momentos en que este descubre que tiene ante sí dos seres a quienes con toda seguridad puede llamar sus padres o divinos protectores de sus sueños infantiles.

Pero al mismo tiempo que la Ley no permite violar estos derechos, de que es legítima acreedora la mujer, los está desconociendo al obligarla a llevar consigo la más pesada de las cargas, como es el producto de una simple descarga de espermatozoide, que en vez de producirle satisfacción, le produjo dolor y repugnancia, al mismo tiempo que un desequilibrio emocional, al sentirse burlada, insatisfecha, desilusionada y desprotegida, trayéndole esto como consecuencia, sino odio, un incompleto afecto hacia aquella

criatura; que por inocente, le conviene más no haber nacido, ya que su felicidad, depende en gran medida de la estabilidad emocional, principalmente de su madre.

Así mismo sobre esta contradicción, hallamos una prohibición sin fundamento, referente al abandono del niño dentro de los ocho días siguientes al nacimiento; ya que por la forma taxativa como señala el término, da a entender que necesariamente para que se configure dicho tipo, debe tener exactamente el niño ocho días de nacido.

Pero como todo efecto, tiene su causa, he pensado al tratar de buscar esta, que el Legislador describió este tipo, pensando en la disponibilidad sexual como bien jurídico tutelado y no en los conceptos de libertad y pudor sexuales.

Convencido a su vez de que la posibilidad de una violación o acceso carnal abusivo vendría a ser una excepción en esta época, es decir, el legislador es más inteligente de lo que uno puede llegar a imaginar. Pues al ser una excepción el caso de una violación o acceso carnal abusivo, no va a permitir, siendo un formalista protector de la familia, de que una mujer provoque su aborto, so pretexto de

que fué accedida violentamente, ya por fuerza física o moral, o porque se hallaba atada, inconsciente o en medio de una perturbación mental transitoria.

Además si nos vamos un poco más al fondo del asunto, caemos en la cuenta que no existe desde ningún punto de vista la necesidad de recurrir a la violencia o al abuso para lograr la satisfacción de un deseo erótico-sexual, por muy grave que sea el problema que de tal índole se tenga, pues con la mal interpretada liberación femenina que hoy conocemos, al lado de la formalista protección al homosexualismo, por doquier se encontrará el necesitado con la una o con de las otras.

Pero lo que no tomaron en cuenta nuestros legisladores al considerar el homosexualismo como una enfermedad es que esta viene a ser también una excepcional causa de tal anomalía, puesto que está demostrado por los sexólogos que en materia sexual no existen enfermedades sexuales, sino problemas sexuales; formados por causas externas como son la educación, el medio ambiente, la alimentación, debido a que el principal órgano sexual es la siquis.

Siendo por consiguiente la despenalización del homosexualismo justificante, para los que por la carencia de una

ayuda a tiempo, su problema se les ha convertido en una enfermedad incurable, debido a su acondicionamiento; pero a la vez es peligroso para la juventud naciente por razones de ser fácil presa de los ya convertidos que le ofrecen toda clase de comodidades al joven insolvente a cambio de ese favor, hasta llegar a convertirse en uno más, que a su vez va formando parte de esa gran circunferencia, encerrando en su círculo a los más débiles; que desgraciadamente en nuestro medio son la mayoría.

Claro está, que en esto, también nuestros legisladores tiene parte de razón, al tomar en cuenta las condiciones materiales e intelectivas de los Colombianos; pues más injusto hubiera sido, seguir castigando a quienes realmente, por las circunstancias ya anotadas, no son culpables de su anómalo comportamiento.

Y como consecuencia lógica de la confusión existente en la regulación de las relaciones sexuales que aún consagra nuestro código penal, se vislumbra ya cual un monstruo que crece aceleradamente, el siguiente fenómeno;

Un mayor índice en los delitos contra la asistencia familiar y por ende, desnutrición en la familias; mayor índice en los delitos de homicidio y lesiones personales por

motivos de ~~infidelidad~~; mayor número de casos de aborto y muerte de jóvenes madres a causa de éstos; principalmente en jóvenes de la clase insolvente, que por su crítica situación se entregan inconscientemente en manos de cualquier avivato, ya por ignorancia, por temor a los requerimientos de sus padres, en el caso de estudiantes, o por ser de familias muy pobres.

Estos casos de muerte por aborto provocado, los hallamos también en forma regular en hogares de cierta solvencia económica o estabilidad emocional que al no resultarles los métodos anticonceptivos, se brinda a la muerte.

Así mismo se va a ser notable un aumento de laprostitución y por ende se conocerán mayores casos de enfermedades venéreas; algunos raros, como aquellos inmunes a la penicilina, esto debido a que la mayoría de las enfermedades venéreas se propagan por contacto sexual.

Tendiendo además a desaparecer la baja prostitución, para extenderse a los niveles más altos de la sociedad, como son la clase de los grandes potentados; seguidos de un resagado grupo de la clase media, que trata de nivelarse con la alta.

El primer grupo a que hago referencia, lo hacen por ocio y vanidades, y el segundo, por apremiantes necesidades creadas premeditadamente por el sistema social; imponiendo toda clase de dificultades, tanto para lograr un empleo como para conseguir un poco de preparación intelectual.

Pero al mismo tiempo en que esto sucede, disminuirán los casos de estupro, proxenetismo, y solo se darán casos excepcionales de actos sexuales abusivos y violación; por causas de la intoxicación de drogas o perturbación mental por desnutrición, cometidos por personas de la clase insolvente, ya que en la solvente, son raros los que se llegan a conocer; por razones de que estos fácilmente los ocultan.

Es por todo esto, que nuestros padres de la Patria, en colaboración con el resto de países Latinoamericanos que viven los mismos conflictos sociales, políticos, religiosos, y económicos, y de todos aquellos que en alguna forma u otra, podamos proyectar un poco de luz en relación con la regulación de las relaciones sexuales, debemos hacerlo lo más pronto posible, ya que de continuar subestimando esta materia, muy pronto llegaremos a ser subditos de los países mejor organizados en este aspecto.

Porque la solución no está, como ya lo hemos analizado en nuestro código penal, ~~en~~ en unas simples prohibiciones, si no en un mayor control encuaneto a estupefacientes se refiere; creación de verdaderos institutos de rehabilitación para lapoblación de perturbados mentales; propagación a nivel primaria, secundaria y universitaria de una eficaz educación sexual, como a la vez mayores fuentes de trabajo, para evitar toda clase de corrupción; el ocio, el vicio y la desnutrición.

BIBLIOGRAFIA

ARENAS, Antonio V. Comentarios al nuevo código penal, Tomo II, Temis, Bogotá, 4 edc, 1981.

ARCILA GONZALEZ, Antonio. El delito sexual en la Legislación Colombiana, Caravana, Bogotá, 2 edc, 1959.

ALTAVILLA, Enrico. Psicología judicial, Vol I, Temis, Bogotá, 4 edc, 1975.

ALZATE, Heli, Sexualidad humana, Temis, Bogotá, 1982

BARLOW, David. Enfermedades venéreas, Norma, Bogotá, 1980

DE CASTRO, Josué. Mensajes, Tomo I, Plaza & Janes, Bogotá, 3 edc, 1983

ENGELS, Federico. Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Progreso, Moscú, s.t. 1966

GUTIERREZ JIMENEZ, Luis. Derecho Penal especial, Temis, Bogotá, 1965.

MARTINEZ ZUÑIGA, Lisandro. Derecho penal sexual, Tomo I
Temis, Bogotá, 1972.

MONTENEGRO, Calixto. Curso de derecho penal especial, To
mo I, Universidad Libre, Bogotá, 1977

NUEVO CODIGO PENAL, (Decreto 100 de Enero 23 de 1980), -
Bogotá, 1981.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código penal (Decreto 23 Septiem-
bre 14 de 1936). Temis, Bogotá, 10 edc, 1977

PACHECO OSORIO, Pedro. Derecho penal especial, Tomo II,-
Temis, Bogotá, 2 edc, 1977

PEREZ, Luis Carlos, Manual de derecho penal, Tomo I-II, -
Temis, Bogotá, 6 edc, 1977