

T
364.153
G633



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
Biblioteca Universitaria
Fernandez de Madrid

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

PACULTAD DE DERECHO Y

Ciencias Politicas

" LA VIOLENCIA CARVAL EN LA LEGISLACION COLOMBIANA "

TESIS DE GRADO PRESENTADA PARA OPTAR EL TITULO DE
DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

AUTOR:

45528

RAEIRO GOMEZ ESPINOSA.

1.973

SCIB
00018244

2

DEDICATORIA:

A mi padre a quien debo todo lo que soy y que con su esfuerzo y sacrificio logró que se realizara este hermoso ideal.

A mi madre, que con sus consejos y amor coadyuvó con mi padre a la realización del ideal antes dicho.

A mis hermanos, a quien deseo toda clase de éxito en el futuro.

Y por último a todas aquellas personas que en una u otra forma han contribuido a la realización de este trabajo.

EL RECTOR:

Dr. PEDRO PACHECO OSORIO

EL SECRETARIO GENERAL:

Dr. ALVARO BARRIOS ANGULO

EL DECAHO:

Dr. ANTONIO OSTAID DE LAPOSTOL

EL SECRETARIO:

Dr. JULIO VARELA ESCUDERO

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA

PRESIDENTE HONORARIO:

Dr. DOMINGO GOMEZ GOMEZ

UNIVERSIDAD DE CARRACAS

EL PRESIDENTE DE TESIS:

Dr. ALVARO BARRIOS ANGULO

LOS EXAMINADORES:

Dr. GUILLERMO GOMEZ LEON

Dr. JAIME GOMEZ O'DYRNE

Dr. CARLOS DIAZ GOMEZ

I N D I C E

Pag.

CAPITULO PRIMERO

Resumen Histórico..... 1 - 7

CAPITULO SEGUNDO

Del Acceso Carnal Violento

Sujeto activo..... 7 - 12

CAPITULO TERCERO

Sujeto Pasivo.....12 - 18

CAPITULO CUARTO

Acceso Carnal.....18 - 25

CAPITULO QUINTO

El Consentimiento.....25 - 42

CAPITULO SEXTO

La Violencia Física.....42 - 53

Pag.

CAPITULO SEPTIMO

Acceso Carnal Mediante Violencia Moral:....53-55

CAPITULO OCTAVO

Acceso Carnal con un Menor de Catorce
Años.....56-63

Acceso Carnal con persona a la cual se
haya puesto en estado de inconsciencia.....63-66

CAPITULO NOVENO

Consumación, Tentativa y Concurso de
Delito.....66-71
El dolo.....71-72
Agravantes específicas.....72-73

CAPITULO DECIMO

Irreprochable Honestidad.....73-75
Concurso de delincuentes.....76-77
Calidad del agente respecto del ofendido...77
Violencia Carnal seguida de muerte
o grave daño en la salud de la víc
tima.....78-82

6

REGLAMENTO

Artículo 83

La facultad no aprueba ni desaprueba los conceptos y opiniones emitidas por los graduandos, tales conceptos y opiniones deben considerarse como propia de sus autores.-

CAPITULO PRIMERO

Introducción

**DELITO CONTRA LA LIBERTAD Y EL HONOR SEXUAL
DE LA VIOLENCIA CARNAL**

RESUMEN HISTORICO.-Desde los tiempos remotos se ha tenido la Violencia Carnal como uno de los delitos que indiscutiblemente es considerado como el mas perjudicial de los delitos sexuales ya que se castigaba en Roma con la pena capital. Desde su comienzo fue un delito que llevaba la coacción y en donde el bien juridico tutelado era la libertad individual, recibia el nombre de estupro violento como ya se dijo tenia como pena la muerte del infractor. Esto aparece en el Vigentesimo ley V, titulo VI en la lex Julia de VI pública.-

Así el derecho Canónico lo contempló, siendo riguroso cuando el se cometía en una mujer virgen sin que tuviera penalidad alguna, puesto que el ilícito, era sancionado por los tribunales de la justicia ordinaria .

En la edad media este delito se castigó con rigidez



En castigo de este delito cuando el hombre era libre se le daba cien azotes y era llevado a la esclavitud bajo la sujeción de la mujer violada, (si era esclavo recibía la pena de muerte como castigo por fuego. Este era lo que consagraba el Juero Jusgo.-Como bien se puede observar, este castigo tenía en cuenta el estado del hombre en lo que respecta a su libertad, esto es, si era libre, o esclavo para la graduación de la pena.

En las SIETE PARTIDAS del gran ALFONSO también se sancionaba este delito con la pena capital.

Aunque en las nuevas legislaciones se ha dejado de sancionar este delito con la pena de muerte en Norte América, se mantiene en algunos estados cuando este delito va acompañado del secuestro.-

El bien en el cual recae la tutela del Estado es la honestidad ya que el sujeto pasivo puede ser en lo atómicos, en las mujeres de vida honesta como en la vida licenciosa, no tiene nada que ver con el pudor ya que en la s edades que comprende este delito las personas contra las cuales recae no tiene la noción del sexo.-

En estas condiciones, se ha de concluir, que el bien-jurídico tutelado es la libertad sexual, lo que significa el derecho a disponer libremente de su cuerpo en lo que se refiere a relaciones sexuales.

En cuanto a lo que podía sostener en relación con los niños IMPUBERES en lo que toca a la libertad, como a la del PUDOR, la violación tiene su existencia, aunque no real, pero sí por EQUIPARACION pues no hay discernimiento en una persona cuya edad sea menor de 14 años. Tal cosa sucede cuando la persona ofendida se pone en estado de inconsciencia. Satisfaciendo por este estado el acceso carnal, que necesariamente es contra la voluntad del inconsciente.

Nuestro Código Penal al normar sobre la materia además de la edad de la víctima o sujeto pasivo del delito tiene en cuenta la naturaleza del acto ejecutado con los menores, y su asentimiento que pudieron prestar en forma real o presunta para la verificación del acto. De toda forma el delito se llamará Violencia Carnal en estos casos cuando la acción del actor se encaminó en un menor de 14 años el acceso carnal de con -

fornidad del art. 327 del Código Penal inciso 2o, se deduce que es la edad de la víctima la que origina su configuración.-

En lo que se refiere a la corrupción de menores en términos generales, no atendiendo al caso, el acto nace al iniciar a un menor de 16 años en cualquier acto erótico sexual, ejecutando este hecho en su presencia con su concurso o so lo enseña como lo dispone el art. 325 inciso 2o del Código Penal en términos similares.

En cuanto se refiere al acto de inducir a la prostitución o al comercio carnal, teniendo en cuenta como elemento esencial de este delito, una persona honesta se denomina proxenetismo que preceptua el art. 327 inciso 4o del Código Penal Colombiano.

Como se observa en todos estos casos la edad de la víctima es uno de los elementos tipificadores del delito en los casos en donde el sujeto pasivo de él es menor de 14 años.

Siguiendo este orden de idea, cuando la edad de la víctima es mayor de 14 años y menor de 16 años, puede darse las siguientes infracciones, Violencia Carnal si se ejecutare el acceso carnal, por medio de la

violencia, sea esta física o moral, o llevando a la víctima al estado de Inconsciencia, así como se configura el Estupro si el acceso carnal se da por medio de las maniobras engañosas o supercherias de cualquier género, e mediante seducción con promesa formal de matrimonio, o con persona que padezca de alienación mental, o se encuentre en estado de inconsciencia al tiempo de realizarse el ilícito como lo dispone el art. 319 del Código Penal Colombiano.

Así habrá corrupción de menores si realizándose el acceso carnal con el consentimiento de la víctima, se ejecutaren actos eróticos sexuales diversos del acceso carnal en la presencia de un menor de 16 años, o con su concurso o que se practiquen inicialmente actos sexuales anormales como lo norma el art. 325 inciso 1º y 326 del Código Penal Colombiano, modificado hoy por el art. 1º del decreto 522 de 1.971.

En lo que se refiere al proxenetismo en cuanto al ejercicio de la prostitución o al comercio carnal con el ánimo de lucro, o satisfacer deseo de otro, siendo el sujeto pasivo una persona de vida honesta como lo con

sagra el artículo 327 inciso 3o del Código Penal Colombiano.

El abuso deshonesto se estructura cuando el acto erótico sexual distinto al acceso carnal se realiza en una persona mayor de 16 años empleando los medios señalados en los arts. 316 y 319 del Código Penal (no como dice el Código Penal equivocadamente en el art. 317 y 320). También se da este delito en los casos del homosexualismo ilícito, consagrado en el inciso 2o del art. 323 del Código Penal que modificó el art. 1o del Decreto 522 de 1.970 en el inciso 5o para todos los casos sin tener en cuenta edad, sexo o parangna.

En lo que se refiere al proxenetismo en los mismos casos de cuando el sujeto pasivo persona honesta si se le encamina a la prostitución o al comercio carnal como lo normaliza el art. 327 inciso 2o del Código Penal Colombiano.

Anteriormente, dijimos en lo que atañe a estos delitos en cuanto el elemento edad, como elemento esencial para la configuración de ellos, pero dejar sentado que-

esa misma edad sirve para la graduación de la pena según las distintas infracciones referidas. En otras palabras el elemento tipificador edad, sirve para señalar la pena.--

CAPITULO SEGUNDO

DEL ACCESO CARNAL VIOLENTO

Es el art. 316 del Código Penal el que consagra este delito y su texto, es el siguiente: El que cometa a otra persona al acceso carnal sin consentimiento de esta y mediante violencia física e moral, estará sujeto a la pena de dos a ocho años de prisión. La misma sanción está sujeto el que tenga acceso carnal con una persona menor de 14 años de edad o con la persona a la cual se haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia.

El artículo que acabamos de transcribir, se desprende

que el contiene varias circunstancias que enumerare -
mos así:

- 1o) El de el acceso carnal con la violencia física.
- 2o) El de el acceso carnal con la fuerza moral.
- 3o) El de el acceso carnal con una persona menor de catorce años.
- 4o) El de el acceso carnal con personas a quien se ha puesto en estado de inconsciencia.

Al analizar las cuatro circunstancias que hemos enu-
merado anteriormente, observamos que ellas en las dos -
primeras se refieren a la violencia verdadera o pro -
pia y las dos segundas a las llamadas violencia ficta
o presunta o impropia.

Como se ve esta violencia presunta es equivalente a -
la violencia verdadera en lo que se refiere a la pena
lidad. Siguiendo este orden de ideas nos toca analizar
primeramente el ACCESO CARNAL CON VIOLENCIA FISICA y -
que el art. 316 del Código Penal enuncia así "El que
coneta.....
.....Física."
Del texto de la disposición fluyen los siguientes sig

mentos que se estudiarán en el orden siguiente: Sujeto activo, sujeto pasivo, acceso carnal, ausencia de consentimiento y la característica de esta violencia física; lo que se hará a través del estudio de este delito, teniendo en cuenta, el art. 310 del C.P.P., que estatuye que los elementos objetivos o externos del delito hay que buscarlos en la respectiva disposición penal violada, ya que constituye el cuerpo del delito.

SUJETO ACTIVO.—Por razones biológicas el hombre por lo regular es el sujeto activo de este delito, ya que el delito de violencia carnal conlleva en su esencia el acto viril de la cópula, y como ya se dijo por razones naturales el hombre puede ser llevado a este delito empleando medios violentos que pueden nacer de su propia salvación, pero esto no obsta que la mujer pueda excepcionalmente ser el sujeto activo de este ilícito.

Sobre este punto dice CAÑARÁ "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 car-

nal de la mujer sobre el hombre consumado mediante violencia física razón por la cual los Doctores ejemplificarán frecuentemente esas hipótesis mediante la violencia carnal..

En la hipótesis de la violencia física el hecho se resolverá naturalmente en un ultraje violento al pudor o en una simple tentativa de violencia carnal.

Desde el punto de vista del sujeto activo no pueden presentarse las siguientes hipótesis verosímiles.

El acceso hombre a mujer por la vía natural, el acceso carnal de hombre a mujer en cavidades no idóneas fisiológicamente para realización del acceso carnal.-

El acceso carnal de varón a varón o sea el ayuntamiento homosexual.- Los actos de inversión sexual entre mujer y mujer no constituyen nunca acceso carnal y por eso, en tales casos no puede existir jamás delito de violencia carnal.

Puede configurarse otro delito pero no el de violencia carnal.

En relación a la hipótesis que se discute entre los tratadistas si hay acceso carnal por parto de una mu-

¿Será a un varón; siendo la mujer el sujeto activo del delito de violencia carnal?

Según la legislación Colombiana no hay violencia carnal, puesto que es la esencia de la violación que la gente sea quien cumpla, "Quien someta a otra persona" dice el Código Penal Colombiano.-

Ena actividad erótica de introducción viril, y no el sujeto pasivo, pues es esto el cometido al acceso carnal.-Pero cuando una nodriza o aya valiéndose de la inocencia del menor bajo su cuidado, haciendole los tocamientos necesarios para la erección del miembro viril y cumple el acto sexual con dicho menor. ¿Hay violencia carnal?

La legislación Colombiana acoge el sistema de que la mujer puede ser sujeto activo del delito en estudio, en efecto el art. 316 del Código Penal en su inciso 1o lo designa con la expresión "Otra persona" y en su inciso 2o con la frase "Un menor de catorce años de edad" sin hacer referencia al sexo del ofendido; lo que en teoría se ve claro en la práctica muy difícilmente se puede tratar con precisión, ya que es

may difícil por no decir imposible la erección del miembro viril sin que el sujeto respectivo no solo consiente la cópula sino que desea efectuarla. Sin embargo si una mujer pone al hombre en estado de inconsciencia y consigue que su está viril esté en condiciones de realizar el acceso carnal.-En todavia mas factible en el menor a quien si puede colocar en aptitud para el ayuntamiento.-

Si analizamos estas hipótesis, la definición del delito y los conceptos de los tratadistas, concluiremos que en el único caso donde no hay violencia carnal es cuando el sujeto activo como el pasivo son mujeres, lo cual se configuraría otro delito diferente al de estudio.-

CATEGORÍA PASIVA

SUJETO PASIVO.- "Somete a otra persona"

Quiere decir que el sujeto pasivo de la violencia carnal puede ser lo mismo el hombre que la mujer.-

Siguiendo la forma de análisis hay dos tendencias en las legislaciones contemporáneas la primera sostiene que solo la mujer puede ser sujeto pasivo de este delito, los segundos sostienen que tanto el hombre y la mujer pueden ser sujetos pasivos de la violencia carnal, porque el bien jurídico tutelado es la libertad sexual y no se ve la razón para que en ellas se ampare cuando la ofendida sea una mujer y no se tutele cuando el ofendido es el hombre, caso raro cuando el sujeto activo es una mujer, pero si es frecuente cuando el sujeto tanto pasivo como activo es un hombre, esto se ve muchas veces en la práctica judicial.

Si el bien jurídico tutelado es la libertad y el honor sexual nos preguntamos. El hombre tiene libertad sexual? Según su naturaleza el hombre es libre sexualmente, pero cuando va contra natura la misma ley lo sanciona y se configura el delito de homosexualidad, y consideramos que no debe estar involucrado en este art. 316 cuando el hombre es sujeto activo o pasivo, aunque el consentimiento sea presunto como en el de -

corrupción de menores así se afectúa la cópula.
 En cuanto lo anterior debemos advertir que si el su-
 jeto pasivo puede ser cualquier persona hombre o mujer,
 debe ser una persona viva. Por tanto el acceso carnal
 practicado en el cuerpo de un difunto (Necrofilia) no
 puede constituir nunca delito de violencia carnal.
 Por eso es necesario que la persona sea viva para que
 se configure este delito en estudio, lo mismo diría -
 mos en relación a las condiciones sociales de las per-
 sonas, ya que es indiferente que la acción recaiga so-
 bre una persona honesta o sobre una persona disoluta;
 aunque en este último caso el art. 321 del Código Pe-
 nal al hacer extensiva la pena de la violencia carnal
 disminuida hasta la mitad cuando la víctima fuere "He-
 retris o mujer pública", separando a estas mujeres de
 vida licenciosa porque no es posible que por haber se-
 cogido este destino pueda burlar el infractor su li-
 bertad sexual sometiendo a su capricho aunque a di-
 ferencia de las otras hipótesis la investigación se i-
 niciará por querrela de parte dentro de un término de

un ofo a partir de la fecha del ilícito.

En cambio cuando la persona es honesta puede presentarse en cualquier tiempo y la investigación puede iniciarse de oficio.

Sobre este punto hay discrepancia entre los autores, - si la meretriz o mujer pública puede ser sujeto pasivo de este delito.

Al dicho del Doctor HUBERTO BARRERA DE LINER cuando dice: "No se requieren calidades especiales en la víctima como la honestidad, o determinada edad de aquella. La mujer de vida licenciosa o prostituta misma, como antes se dejó estudiado, puede ser objeto del delito de violación, si bien el hecho reviste entonces una menor gravedad".

GUILLERMO COLON.-También considera a la meretriz o mujer pública como sujeto pasivo del delito de violencia carnal.-

PEDRO PACHECO OSORIO.-Considera también a la meretriz o mujer pública involucrada dentro de los posibles sujetos pasivos del delito en estudio.

Lo contrario de lo expuesto por los tratadistas antes nombrados el Doctor JIMENEZ DE ASUA sostiene que la prostituta no puede ser sujeto pasivo de este delito porque ella carece de honestidad y pudor.-Pero como no son estos, sino la libertad sexual el bien jurídico tutelado, no puede aceptarse el parecer de JIMENEZ DE ASUA, particularmente en Colombia donde un texto legal rechaza semejante tesis, en cambio recoge los conceptos de BARRERA DONCELIGUEZ, PACHECO OSORIO, GUS- LMO COLOJ etc.

CARRERA.-Sintetiza así las faces históricas en que se desenvuelve la doctrina relativa a la meretriz como sujeto pasivo de la violación carnal."La primera y mas antigua face se encuentra en la opinión de los que decían que la violación de la meretriz no era políticamente imputable.

Este principio tuvo, en parte su raíz en las reglas del derecho romano que negaban a las personas viles y que ejercían un oficio lúbrico el derecho de querrelar por el delito de estupro; Y en parte provino de

las ideas feudales, pero especialmente encontró fundamento en el singular punto de vista de aquellas que - considerando a las meretrices casi funcionarios públicos, pensaban que las mismas no podían negar su oficio a quien se lo requiriese".

"Una segunda parte de la doctrina fue aquella en la cual rechazaba toda distinción, la violencia carnal - se castigó inexorablemente con la pena ordinaria, aunque se cumpliera sobre una pública.

Esta enseñanza se inspiró, tal vez en el odio contra el pecado; y si en esos tiempos hubiesen sido claramente comprendidas ciertas distinciones acerca de la objetividad del delito, podía decirse que tal doctrina encontró su razón en la idea de que el delito de violencia carnal sacaba su exclusiva criminalidad de la ofensa a la libertad personal, independientemente de toda consideración de la contaminación del cuerpo". La tercera y última fase es aquella en la cual la violencia sobre una meretriz es mucho más leve que la cometida en perjuicio de una mujer honesta.

Esta es la última doctrina que hoy prevalece en la ciencia y que es seguida por los mejores códigos contemporáneos (Programa número 1526 y 1529).

CAPITULO CUARTO

ACCESO CARNAL

" Al acceso Carnal "

Qué se entiende por acceso carnal?
He aquí otra insuperable fuente de disputa entre los entendidos. Sottione Maggiore que usa una expresión semejante a la nuestra "unión carnal", sostiene que tal fenómeno se completa con "el simple contacto externo del pene con las partes pudendas de la víctima" ya que ya había dicho que estas son "la bulba y el ano"., no la boca, por la cual el impropriadamente llamado coito carnal no es otra cosa que una forma de masturbación que no puede constituir violencia carnal sino únicamente un acto libidinoso. La gran mayoría de los tratadistas

opinan que para la existencia del acceso carnal, se requiere la introducción del asta viril en el cuerpo de otra persona; pero se subdivide entre quienes consideran que tal acto solo se presenta cuando la referida introducción se efectúa por la vía normal vale decir, en los órganos genéricos de una mujer, quienes admiten que también se integra cuando la penetración se realiza por base indebida, limitando algunos este último concepto al esfínter anal; y otros haciendo extensivo a la boca.

Al dicho del Dr. PEDRO PACHECO OTOLIO "yo creo que las expresiones, accesos o acceso carnal, concubito a juntamiento, etc. se identifican entre sí para expresar la acción de copularse, esa de unirse o juntarse carnalmente. La primera consecuencia de que aquí se sigue es la necesidad, para que pueda hablarse de violencia carnal o sea acceso, de que haya conjunción entre los actores, esto es que se junten o copularen formando a manera de un todo irreparable, mientras o-quea subsista; cuyo fin propiamente son deleites carnales a los partícipes o siquiera a uno de ellos y aun-

que el otro solo experimente molestias, dolor o repugnancia. Por lo tanto, el simple acercamiento o aproximación sexual, no alcanza a constituir el acceso carnal característico de este delito. Podría eventualmente configurar abusos de debilidad o corrupción de menores, en su caso, ahora bien. Cual es el órgano del accoplamiento carnal, o en otros términos, el objeto capaz de ligar entre sí los cuerpos de dos personas y de percibir y comunicar a la vez las sensaciones que producen el desahogo de los apetitos carnales?

Claro que el miembro viril es esencial, por lo cual parece indispensable que este penetre en el cuerpo del otro sujeto para poder afirmar que se está en presencia de un acceso carnal. La introducción de otras partes corporales, como los dedos, puede servir de vínculo de unión física entre los dos individuos pero no carnal en el sentido en que está empleada aquí esta palabra por cuanto a ello no tienen la virtualidad de percibir las sensaciones que conducen a la satisfacción de los deseos sexuales. Viceversa, los frotamientos de un clitoris hipertrofiado en los genitales de

otra mujer son susceptibles de causar placeres carnales a quien los realiza, aún a quien los recibe, pero no constituye unión, ni por lo mismo acceso carnal. En consecuencia, tales actos tampoco podrían configurar el delito de abuso de honesto o corrupción de menores según el caso.

Por otra parte, las expresiones que se vienen analizando tienen una acepción tan amplia que el vocablo coito en el cual se indica el acceso carnal del hombre con la mujer, los únicos seres humanos que están en capacidad de copularse normalmente, si el legislador se abstuvo expresamente de emplear dicho término, para acogerse a la locución más lata que figura en el texto, es preciso colegir que el acceso carnal de que aquí se trata no es sólo el que se realiza en forma regular, sino que también lo constituye la introducción contra natura del miembro viril en el cuerpo de otra persona, cualquiera que sea su sexo; siempre que en ello implique unión y sea idóneo para hacer, si quiera en uno de los participantes, sus apetitos car-

nales, lo cual puede hacerse utilizando, además del es-
finter anal, la boca.

Si desde el punto de vista fisiológico es indudable -
que el acceso carnal puede efectuarse en una de estas
cavidades, tampoco hay en el campo jurídico razón al-
guna para excluir el acto que mediante ella se reali-
za del concepto de violencia carnal, a fin de estruc-
turar con él delitos más leves de abuso deshonesto o
corrupción de menores. Porque siendo como es, mucho -
más grave, por la mayor repugnancia que lógicamente -
debe producir a la víctima y por la mayor alarma so-
cial que ocasiona, la violación de una mujer por vaso
indebido que la practicada por la vía natural, resul-
taría un contrasentido que la primera fuese reprimida
con más benevolencia que la última.

El Doctor ANTONIO VICENTE ARRIAS, sostiene: "Es aquí -
el elemento diferencial entre la violación y los abu-
so deshonestos, llamados en otras legislaciones at-
tados al pudor. Por tanto, si quien ejerce la violencia
física o moral sobre otra persona lo hace para obte -

ner el acceso carnal, y la obtiene, consuma una violación; pero si lo hace para ejecutar actos eróticos - sexuales diversos del acceso carnal, no comete violación sino abusos deshonestos. Esto es importante tenerlo presente porque facilita distinguir en la práctica los casos de tentativa de violencia carnal de los abusos deshonestos consumados, de lo cual hablaremos mas adelante.

La expresión empleada por nuestro legislador es ningunamente afortunada y guarda relación con el sistema de considerar como posible sujeto pasivo no solamente a la mujer sino también al hombre. Otras legislaciones aun las que aceptan como sujeto pasivo al hombre, emplean la palabra cópula, equivalente a coito, o sea el ayuntamiento sexual entre varón y mujer por la vía normal. El empleo de sus palabras a dado origen a discusiones entre los médicos legistas y los juristas, pues los primeros consideran que la cópula es el coito por la vía vaginal, practicado por el hombre en la mujer. Y los juristas le dan a la palabra una acepción más -

amplia para hacerla extensiva a todo accoplamiento a -
acto de acceso carnal, cualquiera que sea el sexo del
sujeto pasivo y sin tener en cuenta la vía por donde
el acto se practique.

En nuestra legislación no hay lugar a discutir este -
punto porque la expresión acceso carnal igual a la em-
pleada por el Código Argentino y semejante a la del -
Código Italiano conjunción carnal, significa todo ac-
to 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.

De acuerdo con lo que acabamos de decir el acceso car-
nal para que pueda configurar el delito de violencia
carnal puede ser normal o anormal, pero requiere in-
troducción, no importa si completa o incompleta del
miembro viril en el cuerpo de la otra persona.

Tampoco se exige que el acceso carnal se haya consumado
es decir que tenga perfección fisiológica, basta la in-
troducción una o menos completa, sin que la presencia
o la ausencia de eyaculación pueda influir para la -

perfección del delito. Con la introducción aún incompleta, el delito está consumado, aunque no se haya agotado. A este respecto debe tenerse siempre en cuenta la distinción que hace CAMARA entre delito consumado y delito agotado. Así el que prende fuego a una casa ajena pero la oportuna intervención de los bomberos impide que el fuego se propague, consuma el delito pero no lo agota. Lo mismo ocurre en la violación: con la introducción del miembro viril el delito se consuma, sea que se agote o no, con el derrame seminal.

CAPITULO QUINTO

LA FUERZA DEL CONSENTIMIENTO

"sin consentimiento de esta"

A primera vista parece innecesaria haber hablado de falta de consentimiento. Porque es natural que si el coyuntamiento se comete por medio de violencia física o moral, el consentimiento no puede existir, de modo que el empleo de la violencia, implica la falta de

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

consentimiento no puede existir, es todo que el ejercicio de la violencia implica la falta de consentimiento en el sujeto pasivo.

No obstante, puede presentarse casos en los cuales, a pesar de existir la violencia efectiva, hay consentimiento de la víctima y por tanto no se tipifica la violencia carnal. Así cuando un varón sadista ejerce violencias en el cuerpo de otra persona con el consentimiento de esta, para satisfacer una aberración sexual, la violencia carnal no se estructura, porque aunque la violencia existió ella fue consentida.

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

Desde que las violencias hayan sido consentidas, cualquiera que sea la causa o el motivo para haber dado el consentimiento, no hay violencia carnal porque no ha existido atentado contra la libertad sexual.

Datos ejemplos bastan para demostrar que si en proco-

dente exigir, aun en los casos de violencia física o moral, la falta de consentimiento por parte del sujeto pasivo.

Con la excepción del acceso carnal cumplido en persona menor de catorce años de edad el cual se reprime como delito equiparado a violencia carnal, los eventos de la violencia previstos en el artículo 316 implican que el agente someta al sujeto pasivo al acceso carnal, sin el consentimiento de este.

Esta ausencia de consentimiento de la víctima exige, naturalmente que ella tenga capacidad física o moral de oponerse a las pretensiones libidinosas del delincuente. En efecto, son el despliegue de energías cumplido por el agente sobre el sujeto pasivo para quebrantar su resistencia (violencia física) o los medios intimidativos puestos por aquel en juego para determinar la aceptación de este (violencia moral) las notas características de la violación propia sin embargo, la doctrina y algunos Códigos califican el acceso carnal realizado en personas que física o moralmente están en imposibilidad de resistir o de opo-

porce a las pretensiones libidinosas del agente como violencia carnal impropia: persona que se encuentre en estado de inconsciencia o que padesca de enajenación mental, o que por cualquier otra causa no pueda ofrecer resistencia.

En cambio no puede aceptarse como acto no consentido, aquel en que la víctima presta consentimiento, así se trate de menores de catorce años, pero en edad suficiente para tener capacidad volitiva.

Tanto menos, como dejamos dicho en otra parte, cuando semejante presunción de falta de consentimiento procede aún en el supuesto de que el sujeto pasivo acepta el acceso carnal momentos antes de cumplir los catorce años, según resulta de lo previsto en el Código Penal Colombiano (Art. 316 inc. 2o); y en cambio deja de existir esa violencia presunta cuando la aceptación del acceso carnal la hace el menor solo segundos después de que haya llegado a dicha edad.

Quienes sostienen la tesis de la violencia presunta afirman que por razón de la corta edad del menor, no está este en capacidad física para determinarse li -

bremente en materia erótica, y por lo tanto, su ocupación no tiene validez jurídica. Pero cabe preguntar: Cómo es que en pocos segundos, los apenas necesarios para que un menor de catorce años de edad deje de ser lo, adquiere el ese cúmulo de conocimientos sobre las cuestiones sexuales, que lo convierten de absolutamente incapaz de prestar su consentimiento en materia erótica, en persona apta para aceptar el accaro carnal?

Es mas técnico admitir en esto la tutela de las personas que no han llegado a la pubertad con fundamento en la defensa de su seguridad sexual reprimiendo cualquier acto erótico que con ella se lleva a cabo sin con el consentimiento, así deba acudir a una presunción diferente, pero mas realista: la de que las personas solo llegan a la capacidad sexual externa a determinada edad, por ejemplo, la de catorce años según la legislación penal Colombiana.

Los Códigos Penales de Colombia de 1.857 (Art. 703), de 1.873 (Art. 525) y de 1.890 (Art. 683) concretamente se refiere a la tutela de los imberes, para sancio-

nar cualquier trata erótico que con ello se cumpla. La falta de consentimiento impone lógicamente la carga de querer: el no querer es propio del que pretende querer.

Requiero por lo tanto, que no exista cuerpo sobre el acceso carnal. Mas si el convenio se refiere, por caso a una introducción viril conforme a natura y el agente, mediante fuerza o intimidación lo realiza en vasos no idóneos, la violación existe, por cuanto el consentimiento, para ese acto erótico concreto, no fue prestado por el sujeto pasivo. También el aforismo romano expresa que "CONSENSUS EST DUORUM IN IDEM PLACITUM": el consentimiento es el acuerdo de dos sobre lo mismo.

Ahora bien: en las cuatro hipótesis traídas por la Ley Penal Colombiana como constitutivas del delito de violación carnal (Art. 316) se tiene lo siguiente, respecto al consentimiento del sujeto pasivo:

PRIMERO: Acceso carnal mediante violencia física. En este caso la fuerza quebranta la oposición de la víctima. El acceso carnal, de consiguiente, se cumple con-

tra su consentimiento.

SEGUNDO: Acceso carnal mediante violencia moral: en este supuesto, el sujeto pasivo acepta la intromisión viril, pero coaccionado por la intimidación, hay, pues consentimiento pero viciado por el miedo. El sujeto pasivo acepta, pero coaccionado: (COACTUS VOLUNT NRO VOLUNT).-

TERCERO: Acceso carnal cumplido con personas a la cual el agente ha colocado en estado de inconsciencia. Dada la actividad del delincuente puesta en juego para quebrantar, en últimas, cualquier posibilidad de resistencia de la víctima, esta hipótesis constituye un evento de violencia física. El acceso carnal, en estas condiciones, se realiza contra el consentimiento del sujeto pasivo.

CUARTO: Acceso carnal con los impuberes aun cuando hayan prestado su consentimiento. Se trata, en este supuesto, de una ofensa a la seguridad sexual y no a la libertad sexual, que el legislador Colombiano (el cual bien habría podido hacerlo bajo la denominación de corrupción de menores) comprende dentro del capítulo de

45528

la violencia carnal, a fin de reprimir con la sanción de este delito el acceso carnal cumplido con personas que no han llegado a la madurez sexual, aun cuando hayan prestado su consentimiento.

Es cierto, sí, que cuando por la corta edad del impúber este no tiene capacidad para querer (ausencia de razón) el hecho se realiza sin su consentimiento, así como sucede en los casos de trato sexual con los dementes o con las personas que se encuentran en estado de inconsciencia. Pero cuando el impúber tiene esa capacidad de raciocinio y, consiguientemente, la de querer, no es posible hablar de ausencia de consentimiento (si es que lo ha prestado) cuando la realidad demuestra todo lo contrario.

Y es indudable, repetimos, que el interés primordialmente tutelado en este supuesto es el de la defensa del desarrollo normal de la función sexual de las personas impúberes, puesto en peligro o efectivamente lesionado con un trato erótico prematuro o pervertido.

EL DR. PEDRO PACHECO OSORIO sostiene: "La resistencia-

c/o

del sujeto pasivo para el sometimiento al acceso no es contra lo que piensa la generalidad de los expositores, presupuesto del delito de violencia carnal. Esto es diáfano en nuestro derecho, y el cual no exige la concurrencia de la expresada circunstancia, para que integre la infracción, y bien puede acontecer en la práctica que esta se complete sin que la víctima haya resistido, por no habérsele dado oportunidad para ello. Supóngase, a una mujer, que duerme en alcoba que también ocupa otra persona, y a quien despierta un sátiro que, poniéndole al pecho una pistola, la constriñe a permanecer en quietud y silencio y a permitirle el concubito, bajo la amenaza de disparar acto seguido si ofrece la mas leve demostración de resistencia; si la víctima, presa de pánico por la audaz insolencia del forzador se deja poseer por él, en la certidumbre de que pagaría con su vida cualquier rechazo, la violencia carnal es perfecta, sin haber concurrido la resistencia de la ofendida.

Lo que el art. 316 de nuestro Código Penal exige, es fórmula un tanto pleonástica, es que se someta a otra

persona al acceso carnal., sin consentimiento de ésta y mediante violencia física o moral. Basta, pues que - la víctima no haya condescendido a la práctica del ayuntamiento, aunque, por no haberselo permitido hacer demostraciones concretas y positivas de su voluntad - contraria, no haya opuesto resistencia, para que se - llene este requisito estructural de la figura.

Por supuesto que no debe confundirse en esta materia - según se insinuó antes, al consentimiento viciado con la falta de consentimiento, que son dos fenómenos sí - quicos jurídicamente diversos. Este asunto es de singu - lar importancia, sobre todo, en los casos en que la - violencia determinante del sometimiento a la cópula - es de índole moral, pues en tales casos dicho resulta - do hace presuponer al menos una apariencia de ascenso por parte de la víctima, a diferencia de lo que suce - de en los casos en que la fuerza es de carácter físic - o, en los cuales el sujeto pasivo suele expresar con palabras o hechos, su voluntad contraria, pero impo - tente, para comunicar a sus músculos la energía nece -

caria para el rechazo de la agresión.-

La fuerza que vicia el consentimiento, deja a la víctima voluntad de elección, aunque no libre, desde luego sino cohibida por el temor. Si un malandrín, amenaza a una mujer con causarle en el futuro un daño irreparable y grave (matarla a ella o a su hijo, incendiarle su casa etc.) o con otro inminente, pero más o menos insignificante (darle de bofetada o abandonarla en parto solitaria) sino accede a copularse con él, la deja en situación de escoger entre la ofensa a su derecho a la abstinencia sexual y los riesgos que envuelven los otros extremos.

Puede abstenerse de yacer con el bellaco, en el primer ejemplo, y recurrir al amparo de las autoridades, de parientes o amigos, o aprestarse ella misma a la defensa; si no apela a ninguno de estos medios, prefiriendo ser poseída para verse libre de molestias, es porque teme que dichos medios, le resulten infructuosos.

En el segundo supuesto, si no afronta los peligros -

con que se la comina, es también por el temor a las consecuencias desagradables que puedan sobrevenirle de su oposición al acceso.

En ambas hipótesis consiente (aunque con el consentimiento que pudiera considerarse viciado) el acto, y no hay, por lo tanto violencia carnal.-

En cambio, si a la misma mujer se la amenaza con un mal grave, irreparable, inminente (notarla a ella o a su hijo, incendiarle su casa etc.) o futuro pero inevitable (denunciar el delito que la llevará a la cárcel o revelar el secreto que constituirá su deshonor y la ruina de su hogar) si no accede a la cópula, se le coloca en un torturante dilema que elimina su voluntad de elección; ante la necesidad ineludible de conjurar el mal que considera mayor, se abandona en actitud sumamente pasiva desde el punto de vista psicológico, a las pretensiones de su verdugo. De ella no puede decirse que ha consentido, con consentimiento libre, ni viciado, el acceso carnal, sino que ha sido forzado o tolerarlo contra su voluntad.-

Claro que si la víctima se encuentra en condiciones de expresar su falta de consentimiento para la práctica del acceso carnal, debe hacerlo ofreciendo la resistencia adecuada que la libre de ser consentida a él; la cual puede manifestarse "con gritos o con actos de fuerza que realmente demuestre una voluntad contraria a la de su agresor" al decir de CARRARA.-

La resistencia, para que sea expresiva de un sincero y auténtico descontento, debe ser efectiva y seria o suficiente, entendiéndose por aquella que es capaz de rechazar o hacer negatoria la fuerza mediante sobre la cual se trata de vencer a la víctima. Es basta, en consecuencia, que en esta finja oponerse con protestas verbales o débiles nociones físicas encaminadas a simular honestidad, o lo que es peor a hacer mas intenso el deseo del agresor, o por instinto racoquista pues en todos estos casos hay consentimiento disimulado por falsas apariencias.- Pero no es imprescindible que la persona agredida ofrezca una resistencia de - comparada e ineflita; porque como lo anota CARRERA, -

La ley no buscaⁿ en las mujeres heroínas ni en los violadores, colosos de fuerza y de poderⁿ

Es suficiente a este respecto que oponga la energía - do que es capaz un sujeto moral en la defensa de sus derechos, problema que debe quedar a la prudente apreciación del juez en los casos concretos.-

La resistencia, como la fuerza agresora ha de ser continuada, y no siempre "persistente" o "continua" como exigen algunos, pues bien puede ocurrir que quien sufre el ataque símla a rato rendirse , deponiendo su actitud defensiva, en espera de que ganando tiempo, - pueden presentarse terceros y socorrerlo. Por lo demás el cansancio y la fatiga pueden ser aconsejables instantes de aparente resignación y reposo a fin de recuperar energías que lo faciliten continuar la lucha. Pero es obvio que si después de haber resistido victo- riosamente y cuando todavía puede seguir haciéndolo, desiste de modo voluntario y se entrega al agresor, - debe admitirse que otorgó consentimiento, aunque vi- ciado por la fuerza, y no alcanzar a configurarⁿ el

delito. Tampoco importa que la persona agredida hubiera accedido al coñubio en virtud de haberse estimulado su apetito sexual con los tocamientos y caricias de que puede ser objeto durante la contienda, pues el ascenso por ello otorgado impide que se integre este presupuesto de la figura.-

No creo que entre cónyuges no separados canónicamente o divorciados conforme a la ley puede darse el delito de violencia carnal; por el hecho de que el uno someta al otro al coito (ayuntamiento normal) mediante el empleo de la violencia y sin el consentimiento transitorio de quien se dice ofendido. En efecto, el matrimonio, tanto el celebratorio como el civil, es un contrato consensual, mediante el cual se unen un hombre y una mujer con el fin primario de procrear (cánon 1015 y art. 113 del C.C.) el cual supone la necesidad de copularse conforme a natura.-

De esta suerte, si dos personas se unen entre sí por medio del vínculo matrimonial no otorgan recíprocamente un consentimiento general o irrevocable para la -

realización del coito, y cada uno adquiere respecto -
del otro el derecho de exigirle y el deber correlati-
vo de no oponerse a él.

Por lo tanto si uno de los esposos, por capricho, fas-
tidio o desamor, resuelve no cumplir con su obliga-
ción en esta materia, deja al otro en la facultad, le-
gítima de someterlo. Y como la ley no establece ante-
qué autoridades y mediante qué procedimientos debe el
ofendido hacer efectivo su derecho, ha de entenderse
que lo autoriza para acudir a su propia fuerza, sien-
pre que con ello no vulnere un bien jurídico distinto.
De otra parte, al cónyuge reamente no le es dable ar-
guir que fue sometido al coito sin su consentimiento,
por cuanto no podía revocar el otorgado **AB INITIO**.

Su descenso, a todas luces contrario al fin principal
del matrimonio, es ilegítimo, y no puede, por lo mis-
mo invocarlo para tornar delictuosa la conducta de -
quien no lo respetó.

Por lo tanto si el agente, mediante el empleo de la violencia
somete al otro cónyuge, sin consentimiento de la vie-

tira, al exceso carnal contra natura, que pervierte y contradice los fines del matrimonio, es intuitivo que se hace responsable de la infracción en estudio. Por que en esta hipótesis es plenamente legitimo el sentimiento del agraviado, por no haber consentido en ello al casarse, y no existir de su parte la obligación de permitirlo, ni tener derecho el otro a hacerlo efectivo.

Es también de la esencia del matrimonio que los cónyuges se auxilian mutuamente, y ambos deben velar de consuno por la sanidad de la prole (cánon 1113 y art. 253 del C.C.) De aquí se sigue, cuando el ayuntamiento crea un riesgo para la salud de uno de los esposos (por padecer el otro enfermedad infectocontagiosa que pueda comunicarse por tal medio) o de la descendencia (por sufrir ambos o uno de ellos alguna mal transmisible a los herederos), deja de ser un delito conyugal, por cuanto contradice los fines matrimoniales, y es, por tanto, susceptible de constituir violencia carnal si concurren los demás elementos del delito.-

En la misma situación anterior se hallan el hombre y mujer que viven en concubinato, pues entre ellos existe también un acuerdo de hecho similar al matrimonio, aunque efectuado al margen de la ley.--

CAPITULO SEXTO

LA VIOLENCIA FISICA

"Y mediante violencia física" - Por violencia física se entiende: los actos de fuerza material que, ejercitados sobre el cuerpo del ofendido, anulan, superan o vencen su resistencia, obligándolo a tener acceso carnal contra su voluntad.

Hay quienes ponen en duda que el acceso carnal pueda practicarse por medio de violencia física unscular o momentánea, ya que la mujer o el hombre en su caso, por medio de movimientos de rechazo, puede hacer impracticable el ayuntamiento. Pero no debe perderse de vista que los actos de violencia pueden producir y produj

con en la víctima reacciones de cansancio que la obligan a rendirse cuando ven que toda resistencia es inútil, y entonces la violación se consuma, aunque en definitiva la víctima por relajación de sus fuerzas físicas, cese en la resistencia que no esté en condiciones de seguir oponiendo, sea por agotamiento o por miedo.

La violencia física puede practicarse por diversos medios, como asordazar a la víctima para que no grite, sujetarla con cuerdas, intimidarla con armas, agarrarla por el cuello en ademán de estrangulamiento y todos los demás que, como golpes, sevicias etc., sirvan para vencer o superar la resistencia opuesta por la víctima.-

Los actos de violencia física deben recaer sobre la persona misma con quien se pretendía tener acceso carnal.

Por consiguiente si la violencia física o los actos de fuerza material se ejercen sobre una tercera persona; cara a la víctima, a fin de que esta ceda, ateno-

rizada por el mal grave que pesa sobre un ser querido ni no cede, no constituyen violencia física sino violencia moral, cuando el sujeto pasivo, para evitar el mal grave que amenaza a esa tercera persona cede a los impulsos del agente. Por la misma razón no constituye fuerza o violencia física el hecho de ejercer violencia sobre la persona de un criado, por ejemplo: cuando se opone a que el agente llegue hasta donde se encuentra la persona codiciada, lista a prestar su consentimiento al arante que llega.

Así poco puede considerarse como violencia física lo que se ejerce sobre las cosas, como sería el caso de quien rompe una ventana o una puerta para llegar hasta el sitio en donde la persona codiciada lo espera para entregárselo voluntariamente.

En esta hipótesis no habría delito de violencia carnal, aunque sí se configuraría el delito de daño en cosa ajena.

Para que la fuerza material pueda considerarse suficiente a vencer la resistencia opuesta, debe ser, co-

gún CARRARA, "seria y constante la resistencia que se opone. Por fuerza suficiente se entiende la que sirve para vencer la resistencia de una persona normal, pues ni en el violador deben exigirse prodigios de fuerza, ni en la persona violada actos de heroísmo. Debe atenderse a lo común y corriente y no a lo excepcional.

La resistencia opuesta debe ser seria, es decir no fingida para simular honestidad, sino que con la expresión de una voluntad inequívocamente adversa. La simple negativa no es suficiente para estimar seria la resistencia.

La actitud de rechazo, al parto de la mujer, es un fenómeno natural, una especie de afrodisíaco de que se vale la naturaleza para excitar el deseo del varón y provocar el acoplamiento perfecto entre ambos y obtener así una fecundación satisfactoria. Esa resistencia natural no es seria sino provocada por la misma naturaleza con fines engendradores y por eso a la mujer le place que el acceso carnal esté precedido de un ase-

dio racional. Si bastara la simple negativa para aceptar la resistencia no habría nunca violencia carnal, pues solo las mujeres de vida disoluta se entregan - sin presentar resistencia mínima que es grata al varón y a la especie.

El mismo pensamiento lo expone LAZZINI con las siguientes palabras. "La violencia carnal que no constriñe, pero induce o conquista, que da el viático al poder dominado por las sensaciones de la pasión libidinosa, de antemano despertada y embriagante, satifaga el amor propio y calma la conciencia de la mujer que vence aquella repugnancia compuesta de coquetería y de desco, que la mujer ostenta como las hembras de muchas especies animales, esta dulce violencia seductora pero no coercitiva, esta via grata pueril, no es ciertamente la violencia necesaria para hacer punible el acceso carnal. El agente no ha penetrado por la fuerza; se ha limitado a empujar una puerta cerrada, si no completamente abierta (ob cit pag. 27).

La resistencia opuesta debe ser nómada constante o con

tinuada, es decir, que no se haya iniciado para abandonar en seguida, pues esa resistencia sería muy semejante al rechazo natural que ya hablamos. CARRERA dice: que la resistencia debe ser "sostenida hasta el último momento", pero como ya lo advertimos, el acto final no puede realizarse sin el consentimiento de la víctima, la cual, ya vencida, deja de oponer resistencia. De ahí que algunos autores usen la palabra continuada en vez de constante. Basta que la definitiva entrega voluntaria sea el resultado de la fuerza ejercida para que se configure la violación, pues ese consentimiento final que es el efecto inmediato de la violación, es un consentimiento violado por la fuerza y por consiguiente sin valor; es un consentimiento fisiológico sin ningún valor jurídico.-

Por último la resistencia seria y constante tiene mejor de expresión que la denunciamos inequívocamente, - como las voces de auxilio, las huellas o rastros que en el cuerpo de la víctima con el testimonio de que sí resistió y la desigualdad manifiesta entre la fuer

za del forzador y la víctima de la violación. No basta decir que la víctima resistió seria y constantemente, debe haber alguna prueba de ello, bien sea por la actitud asumida por la víctima, bien por las señales de su cuerpo herido o maltratado, bien por la desigualdad de condiciones con el forzador. De ahí que cada caso que se presente deba estudiarse de acuerdo con sus modalidades características.-

El Doctor PEDRO PACHECO O. ORTIZ Dice: "Entendido por violencia, en la acepción genérica del vocablo, la fuerza o el impulso en las acciones y referido el término a la persona humana, significa fuerza con que a uno se le obliga a hacer o soportar lo que no quiere, por medios a los cuales no pueda resistir"

La violencia puede ser, como de modo expreso lo dice la ley, física o moral. Existe la primera cuando el agente despliega una energía física dirigida a compelir a la víctima a hacer lo que no quiere o a abstenerse de hacer lo que quiere.

Y la segunda, cuando la energía desazonada con el

nismo fin es de carácter moral. La típica violencia moral es la consistente en la amenaza de emplear la violencia física o de causar al sujeto pasivo males de índole afectiva o moral.

Hay violencia física contra una persona cuando se ejerce sobre su cuerpo la fuerza humana, como ocurre si se le golpea con los puños o se la sujeta con las manos, y cuando el agente se vale de otros medios materiales (ataaduras, mordazas, grillos, esposas, armas etc.). Para impedir o vencer su voluntad contraria.

La violencia física, para ser tenida en cuenta en orden a la integración de este delito, debe ser efectiva o, lo que es lo mismo, consistir en el uso real de los medios coercitivos destinados a impedir o vencer la resistencia de la víctima. La violencia presunta no es, en consecuencia, admisible para constituir este elemento estructural de la infracción. De esta suerte, aunque el agente se encuentre provisto de armas y abrigue el propósito de usarlas en caso necesario, no puede imputársele violencia física si no las usa realmente, a pe

ser de que el ofendido, atemorizado por habersele visto, se hubiera abstenido de resistir.
 Porque es posible que el culpable, colocado ya ante la alternativa de tener que violentar o desistir del acceso carnal, hubiese adoptado el último extremo.
 Sin embargo, la simulación de una violencia objetiva - (comenzar a descargar un arma desprovista de proyectiles) basta para integrar el elemento que se exige, - si indujo en error a la por otra ofendida, pues respecto de esta concurren todas las condiciones de la violencia física. "La víctima ve ante sí el despliegue de una fuerza, y no solo la conjetura, como en la hipótesis de la violencia puramente y el delincuente emplea - intencionalmente un medio objetivo destinado a neutralizar la acción de la víctima.
 La violencia física debe ser también seria o suficiente; vale decir, que la fuerza desplegada ha de ser idónea para vencer la resistencia opuesta u oponible por la persona agredida. Si no tiene tal carácter, es obvio entonces que la víctima accedió voluntaria -

al ayuntamiento, y que no fue sometida por la fuerza, la vis grata puellis (violencia agradable a las muchachas) no es constitutiva del delito en análisis, como tampoco lo es la que la priva de ciertos aspectos de la libertad individual (el encierro en una celda) y la deja en condiciones de resistir, pero no se requiere el empleo de una energía excesiva, capaz de hacer sucumbir la más empuñada voluntad contraria, basta que en el caso concreto haya tenido la virtud de imposibilitar o anular el desentimiento de la víctima, la apreciación de lo cual debe dejarse al prudente arbitrio del juez.

No es imprescindible que la violencia física ejercida sobre el sujeto pasivo sea continua o persistente. Basta que sea determinante del consentimiento al acceso carnal, aunque adolezca de interrupciones y no resulte, - por lo mismo, más que continuada, pero si la víctima no opone al cohecho cuando el agente ha suspendido de manera transitoria o definitiva el uso de la fuerza, debe continuarse que no ha sido sometida mediante esta a la cópula, sino que la ha practicado por su propia vo-

58

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE QUARACENA

52

lunta, y no hay, por lo tanto, delito que reprimir. Exige el texto legal que el sometimiento al acceso se realice "mediante violencia física...", es decir, por razón de esta; lo cual implica que entre la existencia de la misma y el referido sometimiento debe haber relación de causa a efecto.

Mas no demanda que la fuerza sea empleada por el agente del delito, que es lo que sucede a menudo. En consecuencia, puede darse este elemento de la infracción cuando el responsable solo se aprovecha de la violencia ejercida por otro; como en el caso de quien se aprovecha a la víctima atada, y abusando de esta circunstancia, la posee, sin denunciar al mismo violencia alguna, por ser, desde luego, innecesaria.

Si la violencia no se agota como medio dirigido a someter a la víctima al sometimiento, sino a manera de manifestaciones cálicas, para hacerlo posible o aumentar el placer mientras se realiza con persona consentidora, no se da este elemento del delito.

Parece fuera de duda que la violencia física, como medio que ha de ser para reducir a otro al acceso carnal,

debe recaer sobre la propia persona arreviada, y no -
 ejercerse respecto de terceros o en la relación con -
 las cosas, aunque estos procedimientos pueden ser cong -
 titutivos de violencia moral, según se verá luego. De -
 consiguiente, quien mata o hiere al portero, a la fém -
 la u otro sujeto distinto o destraza la puerta que le
 cierran el paso, para yacer con la mujer que consiste
 en ello, no incurre en violencia carnal.

CAPITULO SEPTIMO

ACCESO CARNAL MEDIANTE VIOLENCIA MORAL

"..... O MORAL"

Por violencia moral se entiende las amenazas capaces -
 de producir en la víctima una intimidación suficiente
 para vencer su voluntad adversa al acceso carnal. Para
 Garrand la víctima debe recibir la sensación de estar
 expuesta a un mal considerable y presente. Pero se ob -
 serva que si la intimidación se ejerce sobre la perso -
 na de la víctima, el mal puede ser y debe ser iminan-



te sin dejar de ser futuro, pudo si el mal fuera presente, como dice Garrand no habría verdadera violencia moral, sino violencia física.--

Lo mismo que la violencia física, la violencia moral debe ser seria y constante. No basta un miedo ridículo ante una amenaza insignificante. Pero en esta materia no se puede señalar normas absolutas, sino que es indispensable estudiar caso por caso, pues la violencia moral que en uno puede ser seria, dada la calidad de la víctima, en otra deja de serlo por la misma razón. La amenaza de una maldición o de un maleficio puede constituir la intimidación moral bastante en una persona rústica e ignora, pero no en una persona culta.--

Lo es indispensable que la fuerza moral aniquile por completo la posibilidad de elección. Por muy grave que sea la amenaza siempre habrá posibilidad de escoger. Basta que la amenaza actúe en forma tan grave que la víctima se vea precisada a escoger el mal menor. Tampoco es indispensable que la amenaza se refiera directamente a la persona en quien se pretenda el acceso carnal. La amenaza puede referirse a personas ligadas a la

víctima con lazos de afecto.-

Humberto Barrera Dominguez, sostiene: "Así como puede decirse que mediante la violencia física se amilia la resistencia material de la víctima. También puede afirmarse que con la violencia moral se avasalla su voluntad, al efecto, mediante la amenaza de un mal grave y próximo, el agente busca constreñir al sujeto pasivo, para que preste un consentimiento que, de otra manera, no hubiera otorgado."

"Relación de causalidad"

Entre la fuerza física o moral empleada y el acceso carnal obtenido, debe existir relación de causa a efecto, es decir que al acceso carnal no 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 coito o al acceso carnal sobrevinieron las violencias, puede haber un delito contra la integridad personal, pero no delito de violación. Lo mismo ocurre cuando la víctima, después de haber sido golpeada, se entrega voluntariamente por propia elección forzada.-

CAPÍTULO OCTAVO

PACIFICACIÓN CARNIAL CON UN MENOR DE CATORCE AÑOS

"A la misma sanción estará sujeto el que tenga acceso carnial con un menor de catorce años de edad."

Como lo hacen otras legislaciones, el código Penal Colombiano, también incrimina como violación ORO SEXUAL - el ayuntamiento que se cumpla con personas impúberas - (art. 316. habla de menores de catorce años de edad) aun cuando hayan prestado su consentimiento.

Es evidente, como se dejó examinado, que en estos casos es que ciertamente el menor presta su consentimiento, resulta contrario a la realidad que se sanciona una ofensa a la libertad sexual, por supuesto VIOLACIÓN SEXUAL.

El trato sexual con los impúberas (personas que no han llegado a la madurez sexual) representa para estos un daño o al menos un peligro de daño de la función sexual, si se tiene en cuenta que las relaciones eróticas prematuras, normales o anormales, pueden originar afecciones físicas, capaces de repercutir perjudicial

mente en el desarrollo correcto del instinto genérico. Antes que una ofensa a la libertad sexual se tiene en esta hipótesis un daño a la seguridad sexual, siendo más técnico calificar esta conducta como corrupción de menores, atendiendo al perjuicio o posibilidad de perjuicio psicofisiológico en la víctima.

La legislación penal anterior al Código Colombiano vigente, de manera más apropiada, prohibía bajo sanción, el trato crítico con los impúberes, sin indicar presuntivamente, la edad en que las personas llegan a la madurez sexual, la que es variable según la raza, el clima y muchos otros factores.

Además, la legislación penal vigente (art. 316, inc. 2o) al señalar la edad de catorce años como la fecha en que los varones y las mujeres llegan a la madurez sexual, olvidó que el Código Civil Colombiano, considera púberes a las mujeres que han llegado a la edad de doce años, país autoriza su matrimonio con los varones que hayan cumplido, ya, los catorce años.

En consecuencia, al prohibir la ley penal Colombiana, bajo sanción, el trato crítico con las personas nero -

res de catorce años de edad, sin distinguir entre varones y mujeres, da ocasión a una evidente incongruencia entre los Códigos Civil y Penal, que lleva a consecuencias verdaderamente absurdas.

En efecto: si alguien realiza con una mujer casada menor de catorce años de edad el acceso carnal, con el consentimiento de esta, comete el delito de violación, si se trata de persona distinta del propio cónyuge de la ofendida. Si lo lleva a cabo el esposo, no existe delito por ausencia de antijuricidad en la conducta, si bien algunos admiten la violación entre cónyuges. Y puede aceptarse que una mujer casada, mayor de doce años de edad pero menor de catorce, resulte libre para cuando tiene relaciones sexuales extramatrimoniales, y, en cambio, debe tratarse como libre si ese trato ético lo cumple con su marido. Y puede admitirse que la misma mujer tenga capacidad para consentir en materia práctica, si se relaciona sexualmente con su esposo no trata, y, en cambio, se sanciona (violación preterita) que no la tiene cuando presta su consentimiento para relaciones sexuales extramatrimoniales. Acaso el matrimo -

puede tener semejante poder de convertir en púber a la mujer que el Código Penal considera impúber; o de hacerla capaz de prestar consentimiento en materia erótica, cuando, según algunos (los que sostienen la tesis de esa supuesta violencia presunta), no tiene esa capacidad antes de cumplir catorce años de edad?

Los resultados absurdos a que da lugar esta incongruencia legislativa, toman mayor entidad si se admite la posibilidad del delito de violación entre cónyuges, pues entonces, cabe preguntar si el marido de una mujer mayor de doce años, pero menor de catorce, incurre cada vez tenga relaciones sexuales con su cónyuge, en ese delito de violación carnal ope legis que sanciona el artículo 316 del Código Penal Colombiano.

Añádase; si la mujer casada antes de cumplir los catorce años de edad, se convierte, inmediatamente en intocable críticamente, ¿por qué no se le concede consentimiento. La viudez la convierte en intocable le acarrea una incapacidad para consentir en materia sexual, a fin de aceptar esa supuesta violencia presunta a que se refiere el artículo 316 del Código Penal Colombiano.

Esta incongruencia legislativa no aparece, por caso, en la Argentina pues en este País la legislación civil - prohíbe el matrimonio de los menores de doce años y el Código Penal reprime el trato arcaico con las niñas, aun cuando hayan prestado su consentimiento - (art. 119, ord. 1o)

Ahora bien; la presunción de impubertad en los menores de catorce años, que se desprende de la disposición correspondiente del Código Penal Colombiano, no admite prueba en contrario. Otra cosa es el error esencial de hecho - no debido a negligencia, respecto a la edad inferior - de catorce años de la víctima, el cual contradice el concepto de culpabilidad y acarrea consiguientemente de responsabilidad (C.P., art. 23, ord. 2o)

Dr. Sr. Arturo VILLALBA ARIZA DÍAZ: "Este concepto de violencia carnal solo requiere dos elementos para estructurarse: primero, que haya acceso carnal, y segundo, que el sujeto pasivo sea menor de catorce años. No hay necesidad de acreditar la existencia de actos violentos, y es indiferente que la víctima haya consentido o no. Nuestra ley Penal establece aquí una presunción Juris

et de Jure, o sea una presunción de derecho que no admite pruebas en contrario, fundada en que el menor de catorce años está incapacitado física y jurídicamente para prestar su consentimiento en materia de relaciones sexuales.

El límite de la edad varía de unas legislaciones a otras, pero generalmente se adopta como límite máximo aquella en que aparece los primeros síntomas de la pubertad, o sea los doce años en la mujer y los catorce en el hombre.

Los autores han discutido la justicia de esta rígida presunción de derecho, fundado en que hay casos de porcosos aún imputores, lo cualmente iniciadas en la vida sexual sino pervertidas. Pero estos casos son excepcionales y por ello ríscos insuficientes para regir la justicia que entraña la disposición legal que estamos considerando.

Aquí debería formular un reproche a la legislación Penal Colombiana, porque si de acuerdo con nuestra legislación Civil es válido el consentimiento que para contraer matrimonio. Otorgan, la mujer de doce años y el hombre de catorce, no se ve la razón para que la legisla-

ción penal presume de derecho la violencia cuando el sujeto pasivo es una mujer menor de catorce años y mayor de doce.

Nuestro anterior Código Penal, con mayor acierto, hablaba de impúberes, o lo que es lo mismo de los varones menores de catorce años y las mujeres menores de doce.

El Código Civil Colombiano, en su artículo 140 señala como causa de nulidad del matrimonio la siguiente: Cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años y una mujer menor de doce, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad. Por lo tanto, si la mujer que ha cumplido doce años puede otorgar válidamente su consentimiento para el matrimonio, debe aceptarse que puede darlo también para el acceso carnal, o mejor dicho, no debe presumirse la violencia en este caso sino que debe demostrarse.

Por lo anterior no queremos significar que el acceso carnal con mujer menor de catorce años y mayor de doce no constituya delito. Si debe considerarse como delito, pero no de violencia carnal sino de corrupción de men-

ros.

Como conclusión nos permitimos aconsejar que se señale como límite para la violencia presunta la edad de doce años, tanto para el hombre como para la mujer, y de los doce a los catorce que se demuestre la violencia para que exista esta figura delictiva, y si no se establece la violencia pero si el acceso carnal, entonces deberá considerarse cometido el delito de corrupción de menores pero no el de violencia carnal.

La mayor parte de las legislaciones incluyen entre los delitos de violación la especie que estamos estudiando pero unas pocas como la Mexicana no la estiman como delito de violación, propiamente dicho, sino como "delito equiparado a la violación" para los efectos de la penalidad, ya que en verdad la violencia no se puede presumir. Esta es cuestión de simple técnica legislativa.

"ACCESO CARNAL CON PERSONA A LA CUAL SE HAYA PUESTO EN ESTADO DE INCONSCIENCIA"

*... O con personas a la cual haya puesto por cual -

quier medio en estado de inconsciencia.

La última parte del inciso 2o del artículo 316, al preveer y reprimir el acceso realizado por el agente "con persona a la cual haya puesto por cualquier medio en estado de "inconsciencia " parece que no contempla, como lo creen algunos, una forma de violencia carnal ficticia o "presunta" sino una modalidad de la violencia real o verdadera.

Dícese que una persona es puesta en estado de inconsciencia cuando se la coloca en incapacidad de darse cuenta exacta del alcance de sus acciones y no le es posible por lo mismo, comprender la trascendencia del acceso carnal que con ella se realiza. El medio para lograr tal efecto puede ser cualquiera (el hipnotismo, sustancias alcohólicas, estupefacientes, sedantes etc) a condición de que sea idóneo.

Es indudable que un sujeto en estado de inconsciencia no puede prestar consentimiento válido para el ayuntamiento. Así lo entiende la ley y no exige, por ello, para reprimir el delito, el descenso de la víctima. Más aún, ni siquiera requiere que ésta sea sometida a la

cópula, pues hasta que con ella el agente le "tonga" - para que el delito sea perfecto, sin reparar en cuál - de los dos, protagonistas del acto carnal tomó la iniciativa de su realización.

Lo que si es menester, para admitir la invalidez absoluta del consentimiento de la persona ofendida, es que haya sido puesta en verdadero "estado de inconsciencia lo cual debe dejarse en los casos concretos a la prudente apreciación de peritos médicos y del Juez. Por lo tanto, si el médico, empleado por el agente no logró más que colocarla en "condiciones de inferioridad síquica", que no eliminaron, sino que redujeron su capacidad de resistir, no se configura violencia carnal, - por cuanto no hay ausencia de consentimiento. Tal sería el caso de la mujer a quien suministran afrodisíacos, que estimulan su apetito sexual sin anular su voluntad y bajo el acicate que ellos le producen accede a la práctica del acto carnal o la solicita.

En dicha hipótesis no se integra este delito, aunque eventualmente pudiera darse el de estupro, como se verá en su lugar, porque la víctima otorgó consentimiento,-

aunque viciado por las maniobras a que pudo haber sido sometida.

De lo anterior ha de colegirse que aunque la norma no lo dice en forma expresa, el hecho de haber puesto a la víctima en estado de inconsciencia debe haber sido predispuesto o siquiera aprovechado por el agente para tener acceso carnal en la víctima, sin que esta hubiera consentido cuando estaba siquica y jurídicamente capacitada para hacerlo.

Otra cosa es que el supuesto agraviado asevere que había consentido, antes de estar inconsciente, la realización del concubito en las circunstancias en que se llevó a cabo; lo cual es una prueba susceptible de ser contradicho, desde luego, de la existencia previa del consentimiento, que se impida que se complete ignoción del delito.

CAPITULO NOVENO

CONSUMACION, TENTATIVA Y CONCURSO DE DELITO.--

Es obvio que en el momento consumativo coincide con el

hecho de someter a la víctima mediante violencia física o moral y sin su consentimiento, a la cópula, en la hipótesis de la violencia carnal verdadera del inciso lo; y con el de tenerla con el sujeto menor de catorce años o a quien el agente haya puesto en estado de inconsciencia en las demás. El delito, pues, se consuma con la realización del acceso.

La tentativa es o no 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 ha ya quedado a discreción del culpable y si por una circunstancia extraña a la voluntad de este, no alcanza a realizar la cópula, se estaría en presencia de una tentativa punible. Pero si el acusado solo quiere poseer a un menor de catorce años o a persona a quien hubiera puesto en estado de inconsciencia con finalidad distinta, considero también incontestable que la ejecución -

del delito comienza también con el acceso carnal, vale decir, con la introducción del pene, en la cavidad respectiva del cuerpo de la otra persona. Mas como esto entraña de por sí la consumación de la cópula y del delito, resulta menester concluir en la necesidad de descartar el conato en tales hipótesis.

Tampoco me parece posible el fenómeno de la frustración en este delito, pues 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 la cual resultan también completos el concubito y la violencia carnal.

La desistencia voluntaria del agente que hubiere usado de la fuerza física, o moral idónea para cometer a la víctima el acceso carnal, o que la hubiere puesto con el mismo fin en estado de inconsciencia, puede dar lugar a los delitos de abusos deshonestos o corrupción de menores, si los hechos realizados durante el proceso ejecutivo entrañan por sí solo tales infracciones. En igual situación se encuentra quien realiza actos -

preparatorios de la cópula con el propósito de reali -
zarla; si no lo logra por circunstancias extrañas o no
a su voluntad.

Al contrario, si se configurara la violencia carnal en
el grado de consumación o tentativa, dicho delito ab-
sorbe el de estupro, abuso deshonesto o corrupción de
menores que también se haya estructurado, pues el pri-
mero resultaría una infracción progresiva, de la cual
el otro sería tan solo su etapa menos grave. Tampoco -
concorre la violencia carnal entre los delitos contra
la libertad individual ni con el rapto, mientras esto
se utilice por el culpable como medios inmediatos e in-
dispensables para la realización del concubito, por los
motivos que acaban de expresarse.

Pero si la víctima de la secuestra, se la detiene ar-
bitrariamente, se la hace recluir fraudulentamente en
un asilo consiguiendo pasarla por alionada, se le vio-
la su domicilio o se le rapta a fin de aprovechar la -
situación respectiva para cometer en ella violencia -
carnal, esta infracción concurre materialmente con la
otra que se configura en virtud de que ambas tienen -

existencia aislada e independiente, tanto desde el punto de vista objetivo como desde el subjetivo, según se explicó antes respecto de la falsedad en documentos como medio para estafar. Hay también concurso real entre el delito que se examina y los de secuestro, detención arbitraria o rapto, según el caso, cuando después que cometido el primero se mantiene a la víctima privada de su libertad ambulatoria aunque este hecho se hubiere utilizado inicialmente como medio inmediato para la realización del ayuntamiento.

Si el sujeto pasivo de la violencia carnal es una de las personas indicadas en el art. 357 se integra un concurso ideal de delito, pues con un mismo hecho se violan las disposiciones de la ley Penal (Art. 31).

No hay, desde luego, concurso material ni formal entre el delito en examen y la figura de actos ofensivos del pudor público prevista por el art. 247; porque la última es típicamente subsidiaria de las infracciones previstas en el presente título.

Al comentar el artículo 318 habré de referirme a la posibilidad de que concurra con la violencia carnal el

homicidio y las lesiones personales.

"EL DOLO"

Para fijar cual es el elemento psicológico del delito de violencia carnal es necesario hacer distinciones entre las diversas figuras contempladas por el art. 316. Respecto de la violencia carnal verdadera, prevista por el inciso 1o, se requiere el dolo específico, consistente en el propósito de someter a la víctima al acceso carnal. Esto se deriva de la consideración que la violencia debe ser ejercitada, o siquiera aprovechada como medio para obtener dicho fin.

Si la voluntad del agente estaba dirigida a lograr un resultado distinto no podrá hablarse de violencia carnal en el grado de consumación, frustración o tentativa.

En cambio, el dolo característico de las modalidades del delito descritas en el inciso 2o, es el genérico, que se integra por el conocimiento y la voluntad de tener acceso carnal con un sujeto menor de catorce años

o/o

45528

72

de edad o a quien el responsable haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia. Pero como la ley no exige que el agente proceda a sabiendas de que la víctima es menor de catorce años, basta según se dijo antes, el dolo eventual a este respecto, para que se integre la primera de estas dos modalidades del delito, y, a la inversa, en relación con la segunda se requiere que el culpable sepa de manera positiva que el sujeto con quien se copula se encuentra inconsciente, pues a diferencia de lo que acontece con la edad, la sanidad mental se presume cuando no aparece de manifiesto lo contrario.-

AGRAVANTES ESPECIFICAS

Art. 317: "La pena señalada en el artículo anterior se aumentará hasta en una cuarta parte en los casos siguientes:

- 1o) Si el delito se comete en la persona de una mujer virgen o de irreprochable honestidad.
- 2o) Si se comete con el concurso de otras u otras personas.

o/o

3o) 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".

Este artículo reúne en su numeral 1o dos circunstancias calificadoras distintas, que tienen su fundamento común en la conducta de la víctima en cuanto se refiere a sus actividades sexuales; en el 2o contempla otra agravante específica, deducida exclusivamente de la pluralidad de persona que concurre a la comisión del delito; y en el 3o prevé una distinta, cuyo fundamento radica en la calidad del agente respecto a la persona ofendida.-

CAPITULO DECIMO

IRREPROCHABLE HONESTIDAD

Virginidad y honestidad no son palabras equivalentes. Una mujer puede ser honesta sin ser virgen, y a la inversa, puede ser virgen y ser deshonesto. La mujer puede mantener intacta la membrana himenal. Signo anatómi-

o/o

co, no necesario, de virginidad, y ser no obstante, deshonesta, bien sea porque la elasticidad del himen le permita tener y tenga repetidos actos de acceso carnal sin ruptura de la membrana, o bien porque habitualmente practique otros actos cr6ticos sexuales, diversos del acceso carnal.

Por eso hemos considerado que la virginidad y la irreprochable honestidad son circunstancia de agravaci6n distintas.-

La honestidad puede revestir dos formas, una individual y otra social. La primera puede tomarse como sin6nimo de castidad, y la segunda, como notoria de buena fama. Entendamos que en este segundo sentido debe tomarse la expresi6n empleada por el legislador. Por consiguiente, si una mujer, por un pecado de juventud, ha tenido un d6sliz que le ha ocasionado la p6rdida de la virginidad o ha llegado a tener un hijo fuera del matrimonio pero toda su conducta anterior y posterior la redime de la falta cometida, se la debe considerar como mujer irreprochable y socialmente honesta, para los efectos de admitir como procedente la agravante si lle

ga a ser víctima de violencia carnal. Lo mismo puede decirse con mayor razón, de la mujer que ha perdido su virginidad como resultado de un delito de violencia carnal. No se necesita que la mujer sea inmaculada. Basta que disfrute del aprecio social, de notoria buena fama, aunque haya en su vida algún lunar por sí solo insuficiente para estimar su honestidad digna de reproche. Es indudable que a la sociedad le repugnan las uniones transitorias, máxime sino tiene como objeto la procreación y por eso reputa deshonesto a la mujer que se une habitualmente con hombres distintos del marido, particularmente cuando no tiene en mira los altos fines de la aproximación sexual. Una mujer con estos hábitos, aunque sea reservada y discreta, puede gozar de relativo aprecio social, sin que para esto pueda decirse que su honestidad sea irroprochable. Por tanto aunque esté relativamente bien reputada y goce de consideración en los círculos sociales. Si llega a establecerse que practicaba el acceso carnal fuera de matrimonio no se puede, cargar a quien la viole la agravante que estamos analizando.

CONCURSO DE DELINCUENTES

Si el delito de violencia carnal se comete con la participación de otras personas, es natural que la sanción sea mas grave pues la concurrencia en la acción punible disminuye para la víctima la posibilidad de defensa. No se quiera que todos los coparticipes realicen el acceso carnal con el sujeto pasivo. Basta que, con conocimiento del fin delictivo, se preste una ayuda al autor, la que puede ser monetaria o accesoria, (C.P. - Art. 19 y 20).

Respecto de la pena aplicable al cooperador, no veo dificultades. En efecto cuando participan varios en la ejecución del hecho, aunque uno solo realice el concubito con la víctima, el delito que se comete es el agravado, por la circunstancia prevista en el numeral en estudio y la sanción aplicable es la del artículo 316, aumentada en los términos indicados en el artículo 317 y como "el que tome parte en la ejecución del hecho... quedará sometido a la sanción establecida para el delito (art. 19) es claro que se hace acreedor a la pena -

S I S T E M A
UNIVERSIDAD DE VARRACKA

de la figura calificada.

QUALIDAD DEL AGENTE RESPECTO DEL OFENDIDO

El fundamento de esta circunstancia calificadora de la violencia carnal reside también en la mayor facilidad en que se encuentra el responsable para cometer la infracción.

Pero debe aclararse que si el responsable tiene la calidad de descendiente o ascendiente, aún ilegítimo, de afin, en línea directa o de hermano o hermana del sujeto pasivo no opera la agravante, porque el hecho de tener acceso carnal con él constituye entre nosotros el delito de incesto, previsto y sancionado por el artículo 357 que es norma específica respecto de la genérica contenida en el numeral 3o del art. 317. En tal supuesto, esta última infracción concurre idealmente con la violencia carnal y se tomará en cuenta a la vez como agravante, se quebrantaría el principio NON BIS IN IDEM.

o/o

VIOLENCIA CARNAL SEGUIDA DE MUERTE O GRAVE DAÑO EN LA SALUD DE LA VICTIMA

Art. 518: "Si los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionare la muerte o grave daño en su salud, la pena será de tres a diez años de presidio."

Esta definición que completa la figura compleja de violencia carnal seguida de homicidio o lesiones preterintencionales, parece inspirado en los artículos 122 y 124 del Código, que a su vez prevén dichos resultados como agravantes específicas de aquel delito.

De la violencia carnal se deriva corrientemente una serie de secuelas, constitutivas las más de las veces de lesiones personales leves, que tienen sus causas en el empleo de la fuerza o en la práctica de la cópula, pero como aquellas son consecuencias más o menos necesarias de la ejecución de estos elementos integrantes del delito principal, es obvio que cuando concurren, deben ser absorbidas por este. Tales son las magulladuras, en

coriaciones, equinovis, ligeros trastornos del sistema nervioso, etc, deducidos del empleo de la violencia, y el desgarramiento de la membrana himenal, maltratados en la región vulvar etc., ocasionado por el acceso.- Pero ocurre en ocasiones que dichas secuelas adquieran mayor entidad, por el deficiente estado físico e mental de la víctima; por la desproporción entre las dimensiones del asta viril y las de la cavidad donde es introducida; o en virtud de haberse complicado con procesos infecciosos. En tales casos puede presentarse una seria enfermedad a la persona ofendida, inclusive su deceso, con la cual emerge esta figura de violencia penal agravada por el resultado, consistente en un grave daño en la salud del sujeto pasivo o en su muerte.- El grave daño en la salud no es un concepto que se asimile exactamente al de lesiones personales graves o gravísimas, no definidas de modo expreso en nuestro Código, sino una situación de hecho "enfermedad o incapacidad para el trabajo más o menos prolongadas, pertur-

bación síquica o del órgano de la procreación, transitoria o permanente etc", que debe ser apreciada por el Juez con el auxilio de peritos médicos.

Nótese que la norma establece como condición de la agravante que la referida secuela se originen en "los actos ejecutados sobre la víctima" En cuáles? podría preguntarse. Por supuesto que en los constitutivos de violencia carnal, pues este es el delito a que el proceso alude. De ahí que se hable de resultados preterintencionales, por cuanto rebosan el designio único del agente de emplear la fuerza física o moral para someter a la víctima al acceso.

De lo dicho se sigue que si el agente procedió, además con propósito homicida o con el ánimo de lesionar, ya no se estará en presencia de esta figura agravada, sino de un concurso real de violencia carnal simple y de homicidio o lesiones personales, cuyo tanto de pena ha de fijarse teniendo en cuenta la gravedad del resultado querido o previsto por el culpable, conforme a lo -

dispuesto por los arts. 33 y 36 del Código Penal tal fenómeno se produce aunque las lesiones personales voluntariamente causadas sean de carácter leve, siempre que no sean naturales consecuencias del empleo de la violencia característica del delito en examen; porque, según lo anota SOLER, "la ley supone el uso de la fuerza física, pero no el de instrumentos vulnerantes".

Si el grave daño en la salud de la víctima consiste en la contaminación de una enfermedad venérea que padezca el agente, no hay concurrencia de la figura calificada que se examina y el delito de lesiones personales previsto por el art. 381, el cual se integra por el solo hecho de que la persona atacada de dicho mal "tuviese acceso carnal con otra" pues el peligro presunto en que se funda esta incriminación es absorbido por aquel resultado dañoso. En tal supuesto, solo se aplican las sanciones del art. 318. Las circunstancias calificatorias de que se habla es, desde luego, distinta de la contemplada en el art. 317 que tienen otros fundamentos.

y bien pudiera concurrir con ella, a no ser porque la ley no refiere las últimas a la figura compleja resultante de que la violencia esté seguida de la muerte o de un grave daño en la salud de la víctima. de tal muerte, siempre que se produzca uno de estos resultados se impondrá la escala penal del art. 318 con preponderancia de las agravantes del art. 317.-

CONCLUSIONES:

Después del análisis del art. correspondiente a la -
 violencia Carnal, debo considerar si la norma debe -
 ser reformada o continuar con su vigencia actual, te -
 niendo en cuenta la capacidad que para ésta época -
 tienen los sujetos agentes del delito, dada la cir -
 cunstancia que cuando el Código de las Penas fue pro -
 mulgado, la mentalidad y capacidad de los ciudadanos
 Colombianos no eran la misma que tienen en ésta épo -
 ca de transformación social, en donde la agudeza del
 hombre como la de la mujer, ha adquirido un grado de
 desarrollo, y por ello el sujeto activo del delito -
 en estudio ha evolucionado en una forma tal, que se
 puede valer de medios de argucia para perpetrar el -
 hecho criminoso, como también el sujeto pasivo tam -
 bién ha evolucionado como para contrarestar los me -
 dios de engaño y subterfugio de que se pueda valer -

o/o

X

el sujeto activo.

Tanto es así que se quiere disminuir la edad de la -
persona, pues se considera que un individuo menor de
21 años tiene suficiente madurez para entender lo -
bueno y lo malo.

BIBLIOGRAFIA

PEDRO PACHECO OSORIO: Derecho Penal Especial Tomo II

ANTONIO VICENTE ARENAS: Derecho Penal Especial

HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ: Delitos Sexuales

LUIS CARLOS PEREZ: Tratado de Derecho Penal

ANTONIO VICENTE ARENAS: Compendio de Derecho Penal

Código Penal Colombiano

Código Civil Colombiano

Código Canónico.