

T.-D
323

1

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS

POLITICAS

Cartagena, Junio 11. 1976

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

Rector : Dr. Wulffram Ripoll M.

Secretario General : Dr. Humberto Benedetti W.

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

Decano : -Dr. Carlos Villalba B.

Secretario : Dr. Jorge Payares Bossa

Presidente de Tesis : Dr. Domingo Orlando Rojas

SCIB

00018390

Examinadores :

Dr. Guillermo Gómez León

Dr. Eduardo Matson Figueroa

Dr. Jaime Lince O'Byrne

DEDICATORIA :

A MI MADRE :

Maximima A. de Pérez

Que con sus plegarias al cielo y sus grandes sacrificios ayudó a concluir mis anhelos.

A MI ESPOSA :

Avelina F. de Pérez

Fiel seguidora de amarguras y alegrías.

A MI HIJO :

Samir

Este triunfo se lo ofrezco para que su futuro sea estímulo protector.

A MI PADRE :

José E. Pérez

Hombre luchador y forjador, para que éste triunfo sea un estímulo para todos.

A MIS HERMANOS :

Por sus consejos que en cada momento me estimularon.

A MIS SOBRINOS :

He prendido la antorcha para que no la dejen apagar.

Presentada

por

ALEJANDRO PEREZ ALVARADO

" VIOLENCIA CARNAL EN
LA LEGISLACION PENAL
COLOMBIANA "

6

" LA FACULTAD NO APRUEBA
NI DESAPRUEBA LAS OPINIO-
NES EMITIDAS EN ESTA TESIS,
TALES OPINIONES DEBEN CON-
SIDERARSE COMO PROPIAS DE
SUS AUTORES " (Facultad de
Derecho y Ciencias Políticas.
Reglamento, Artículo 83).-

DATOS HISTÓRICOS

A pesar de que son las relaciones sexuales lo que mancomunan más a las personas, quizás no hay en el campo moral ni en el jurídico nada en que sea tan dispares los criterios para deslindar los campos de lo lícito y de lo ilícito tan más cuando lógicamente deben aceptarse que solo por excepción (cuando ofenden intereses necesarios a la vida y sociedad), puede ser objeto de represión penal.

El hombre primitivo gobernado en sus relaciones eróticas solo por el instinto sexual, o sea por los impulsos de la proximación favorable al más eficaz cumplimiento de las funciones reproductoras mal podría tomar en cuenta factores diferentes para señalar el buen o mal carácter de sus relaciones eróticas a las cuales llegaba por la violencia si era necesario. Los conceptos de fidelidad conyugal y de honestidad sexual, para la época en la mujer fue considerada como una propiedad del varón, se compaginaban inclusive con el préstamo que este podría ser de su compañera, como demostración de amistad para con otro.

En el Código de Don Alfonso el sabio (partida setena, ley III, título XX) la diferencia de castigos se establecía en atención a la calidad de la mujer ofendida : si se trataba de viuda de buena fama, o virgen, o casada, o religiosa, el hecho de yacer con ella " por fuerza " era reprimido con la muerte, y todos los bienes del culpable pasaban a ser de la violada, haciéndose extensiva la sanción a " los que le ayudaron a sabiendas a forzarla "; más si la víctima era " alguna muger otra, que non fuese ninguna de estas sobredichas ", quedaba sujeto a la pena arbitraria, que el juez debía aplicar " catando quien es aquel que fizo la fuerza, e la muger que forzó, e el tiempo, e el lugar en que lo fizo ". También se prohibía a la ofendida casarse con su ofensor, so pena de que los bienes de este pasasen a poder del padre o madre de aquella, si nó habían consentido en el matrimonio, y, en el caso contrario, a la cámara del Rey. Si la perjudicada era una monja, los referidos bienes se incorporaban al patrimonio de su convento.

El Código de Manú preceptuaba el ayuntamiento sexual de la mujer que no había tenido hijos con su cuñado dentro del propósito único de procurar las fecundaciones y con este mismo fin, Liturgo ordenaba a los varones ceder sus mujeres a otros más robustos y viriles.

GRECIA Y ROMA

Tuvieron épocas del más crudo libertinaje en materia sexual, habiéndose llegado hasta erigir divinidades protectoras de toda clase de desenfreno lividinosos. Pero la Roma Antigua, muy celosa del libertinaje individual, siempre reprimió penalmente las formas coactivas del trato sexual, denominándolas "Violencia Pública".

En la Siete Partidas se previó la pena de muerte para el violador y la confiscación de sus bienes en favor de la mujer ofendida, si ésta era casada o viuda de buena fama, virgen o religiosa. En los demás casos, la pena quedaba al criterio del juez.

El Juro Juez (Ley 14 Tit. V Lib. III) sancionaba la violencia carnal con la pena de azote, si el violador era un hombre libre, y con la de ser quemado vivo si era siervo.

En el Derecho Canónico se acogió la teoría en que predominó el principio de que el violador de una mujer soltera estaba obligado a casarse con ella, esto porque calificaba como pecado de lujuria cualquier desahogo sexual fuera del matrimonio

las Naciones que acogieron esa moral de castidad, como reacción contra el paganismo llegaron hasta reprimir como delito, todo lo que para esta religión es pecado de lujuria, sin hacer el necesario deslinde entre el campo de la moral y el campo del derecho.

Solo después de varios siglos empezó a restringirse el concepto de delito sexual a aquellos actos de lubricidad que la gente cumple en el cuerpo de otra persona o que a esta los hace realizar como ofensa de aquellos intereses como la libertad, el honor y la seguridad sexual necesarios de las conveniencia social. Sin embargo, aún existen legislaciones influidas por esa confusión de las normas religiosas con las normas del derecho y que reprimen como delito los desahogos lúbricos que no inciden en los intereses de la libertad, del honor y de la seguridad sexuales de la persona.

Existen delitos siempre que el comportamiento incriminado busque la defensa de aquellos que es esencial en la vida de las comunidades. Mientras una conducta no incida perjudicialmente en aquellos bienes que la sociedad interese resguardar, el Legislador no puede reprimirlas con el señalamiento de una pena.

Por consiguiente, no puede constituir delito de la esfera de la s relaciones sexuales los actos libidinosos que no ofenden

ni el honor ni la libertad, ni la seguridad erótica de las personas cuya defensa es indispensable para una ordenada convivencia social.

La Ley Penal tiene por objetivo mantener el mínimo ético indispensable para las conveniencias sociales, y frente a él carecen de relevancia las acciones impúdicas o deshonestas, mientras no se comprometa ni ataque, ni lesione determinados órdenes sociales. Esto porque el derecho penal representa un mínimo ético y suficiente para mantener la ordenada convivencia social en un determinado momento histórico de un pueblo dado.

INTRODUCCION

El ensayo que he elaborado como tesis de grado, para optar el título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, ha sido producto de una exhaustiva investigación y estudio que elaboré sobre la "VIOLENCIA CARNAL EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA".

El bosquejo que he propuesto esbozar en varios Capítulos, está contenido en los que el Código Penal Colombiano agrupa bajo el título de "Delito contra Libertad y Honor Sexual".

Quizás el delito de Violencia Carnal ha sido a mi modo de apreciar uno de los más controvertidos por la Jurisprudencia Colombiana.

Este tema que he argumentado son con mis pequeños conocimientos que tengo sobre la materia, de acuerdo a las orientaciones que mis profesores me han sabido canalizar hacia el sendero al cual he querido llegar. Por lo tanto, no he querido hacer de él un manuscrito, sino el aporte como estudiante para el futuro de mis compañeros que más tarde le van a servir como base para su engrandecimiento en bien de la sociedad, porque el derecho

es eminentemente social y evoluciona de acuerdo como la sociedad también lo hace. Por consiguiente, he quedado satisfecho al hacer este bosquejo, para así contribuir con el bien de los demas.

Para terminar de modo especial he insistido en el tamaño, tipo y espacios de las letras y en el ancho de las columnas impresas, para que las primeras no causen fatiga al no requerir esfuerzo adicional de atención y para que la segunda se pueda abarcar de un extremo a otro con el solo movimiento de los lóbulos oculares, de suerte que no se haga necesario la utilización de otras zonas musculares, ha efectos de evitar el cansancio que ello produzca.

- 1o.) Sexo
- 2o.) Pubertad
- 3o.) Diferencia de sexo; y
- 4o.) Atracción entre los sexos.

1o.) S E X O .- Condición orgánica que distingue al macho de las hembras. El término se usa muy latamente para aludir a una infinita variedad y combinación de características y fenómenos estructurales, fisiológicos y aún psicológicos relacionados con una forma especial de reproducción. Lo sexual desde el punto de vista jurídico el sexo de hoy es una variedad individual que no implica capitis-diminutio de la capacidad jurídica. Las reivindicaciones del feminismo conducen, poco a poco a las sociedades modernas de una equiparación jurídica de los sexos. La posición actual de la mujer casada, se modificó en el mismo sentido de emancipación. Pero el derecho moderno no podría olvidar, por esto la defensa peculiar de la mujer cuando

las condiciones sociales y económicas más que las biológicas la colocan en una situación de debilidad, inferioridad, fáciles de abuso.

- 2o.) P U B E R T A D .- Es la pubertad un período de la vida del ser, en que el organismo adquiere un grado de relativa perfección funcional, al propio tiempo que se presenta una actividad nueva, la de los órganos de la generación que se han desarrollado. Puede decirse que hasta aquí el individuo vivía estrictamente personal, dedicado solo a su propia conservación; pero de aquí en adelante aparece un factor altruista y expansivo que permite asegurar la conservación de la especie, prodúcese así una conmoción orgánica, una evolución verdadera, la más trascendental en la crisis de la existencia del ser, cuyos efectos múltiples representan sobre los varios sistemas de la economía como son el sistema vascular, digestivo, muscular, renal, óseo, pulmonar, cutáneo y neopsíquico, además, de otras manifestaciones de la vida de relación que tiene una significación hasta tanto desde el punto de vista social, como bajo el aspecto biológico.

Los autores consideran tres períodos de evolución puberal, el primero causado por una detención en el desarrollo, como si la naturaleza quisiera ahorrar la fuerza para el siguiente período.

Quetelet, hace notar que a menor desarrollo en la estatura, corresponde cierto grado de perfecciones biológicas y psicológicas, en tanto que un indicio de inminente desarrollo de los órganos genitales internos y externos y la aparición de la región pubiciana se presenta como constitutivo de esta primera faz, viene enseguida un período de crecimiento acelerado en el cual la capacidad vital y la estatura tiene su más rápido empuje, y los caracteres físicos de la pubertad se hacen más evidentes; el hombre corresponde a este período entre los 13 a los 15 años por término medio, y es cuando el pene y los testículos se aumentan mucho de volumen, la secreción espermática se establece y van apareciendo los caracteres sexuales secundarios, como es la aparición de los pelos de pubis, de las axilas, en las tetillas, el bigote y la barba, lo mismo que viene el cambio de la voz, que se hace ronca y autoritaria. La actividad de los orga-

creción espermática, acompañada de frecu-
nes. En la mujer la pubertad aparece por término medio a
los 14 años de edad, y coincide con la aparición normal de
las reglas de menstruación y la expulsión de óvulos de los
folículos de graf (evolución), y al mismo tiempo aparecen
los caracteres sexuales secundarios, como son el desarro-
llo completo del útero, de los ovarios, de los órganos ge-
nitales externos y de las glándulas mamarias o senos, apa-
recen los pelos abundantes en el pubis (llamado monte de
Venus) en las axilas, la voz se hace más alta y chillona y
por el retardo de los procesos de oxidación, se acumula
una gran cantidad de grasa en el tejido celular subcutáneo,
la que va llenando de morbideces, su cuerpo imprime con-
tornos de suprema elegancia a sus lineamientos.

Entre las modificaciones que produce el instinto sexual
por la excitación que determinan los órganos genitales so-
bre la corteza del cerebro, está en primer término el
despertar de los atractivos de la sexualidad que se acom-
paña de un grado más o menos intenso de histeresia

síquica y con este apetito surge en el ser de un modo insidioso y vaga el sentimiento del amor, que asumirá enseguida una fuerza más preponderante y que viene a ser la culminante manifestación síquica o idealista del instinto sexual que asegura la conservación de la especie humana.

3o.) DIFERENCIA DEL SEXO.- La diferencia de los sexos se presentan en todos los órganos de la naturaleza. Lo masculino de los femenino se distingue en primer lugar, por las características sexuales primero, y en segundo término, por las características sexuales secundarias. Las glándulas sexuales (testículo en el macho, ovarios en la hembra), con las características primarias, el desarrollo de las mamas, el sistema piloso, el cambio de voz, etc., son las características secundarias y aparecen a medida que el cuerpo se desarrolla.

4o.) ATRACCION ENTRE LOS SEXOS.- Por qué el hombre busca a la mujer y ésta a aquél ? El hombre que ha logrado la explicación de tantos misterios y ha resuelto tantos problemas materiales de la vida, se estrella una y otra vez ante el problema de desarmo-

nías sexuales y ante el intento elemental de su educación. Más no podemos olvidar que los mismos hombres han con tribuido a crear otras desarmonías artificiales que entur bían la vida de los sexos, como la invención de tantos con vencionalismos leyes y preceptos que unas veces se opo- nen abiertamente al instinto y otras solo sirven para cu- brir bajo la capa de la legalidad, delito de toda naturale- za. Más esto no importa; las leyes pueden cambiarse en unos días y las costumbres cambiarse en una generación. Lo esencial es lo elegante a la vida palpitante de los orga- nismos, lo que depende directamente de condiciones bio- lógicas de lenta y difícil modificación.

Asis Tófano, en " EL BANQUETE DE PLATON " discu- rre ampliamente sobre este tema. Para él los hombres eran primitivamente de tres (3) categorías; unos varones, que procedían del sol; otras hembras y por mitad varón que procedían de la Luna, Jupiter, para castigar su au- dacia los dividió por la mitad y desde entonces cada mi- tad busca su contrario. - Y este es el amor. Cuando Schopen Haver, dijo que el amor no era sino una aliación

biológica en el cerebro; y cuando expresó que detrás de todas las complicaciones del amor, los seres opuestos actúan simplemente como dos cuerpos químicos complementarios que se buscan para unirse, no hizo sino expresar que el ser humano, como todos los del reino animal, tiene por obra de la naturaleza un sentimiento de atracción hacia el sexo opuesto que es la exteriorización de una función orgánica que aparece únicamente cuando el órgano que lo engendra ha alcanzado su completa madurez.

La explicación biológica del instinto sexual, la encontramos también en las Obras de FREUD, cuando afirma : "El hecho de las necesidades sexuales en el hombre y en el animal es explicado por la biología mediante la admisión de instinto sexual " por analogía con el instinto de la absorción de los alimentos, éste es el hombre.

En el lenguaje popular falta un término que corresponde al hombre en lo relativo a lo sexual.

La diferencia de los sexos es la causa de la atracción que biológicamente se realiza independientemente de toda expe-

riencia de placer, aunque esta experiencia arguye la concupiscencia y el deseo. Y al producir la diferenciación de los sexos, esa atracción que tiende a la complejión biológica y a la reproducción, convierte en causa potencial del acto moral. Como una afloración de la atracción, aparece el amor que inclina al acto, y sin ser causa de él, lo facilita. Las relaciones entre los sexos deben estar reguladas por esta exigencia de la propagación de la especie. La continuidad de la especie es la primera razón de la diferencia entre los sexos y de sus atracciones. Si el acto sexual es ajeno, la satisfacción del instinto sí es la expresión de un hecho biológico y por lo tanto en el hombre es un hecho humano, lógicamente se deduce que su funcionamiento debe ajustarse a la regularización que de todos los actos de los hombres hace el encargado de la comunidad, y por eso la función sexual tiene que someterse a los dictámenes de la razón y de la ley.

CAPÍTULO SEGUNDO

- 1o.) Elemento Objetivo
- 2o.) Elemento Normativo
- 3o.) Elemento Subjetivo

1o.) **ELEMENTO OBJETIVO .-** Este elemento lo constituye la expresión física de la conducta humana definida como delictuosa . Es la acción física de que habla Ferri. Es la parte externa del actuar humano previsto como infracción penal.

Si el iter-criminis o elemento típico objetivo delito es fraccionable, esto es, si la consumación del reato no ocurre sino después de varios actos externos de la gente, la Doctrina Moderna denomina a las violaciones prenibles en que esto sucede delitos plurisubsistentes; y llama unisubsistentes a aquellos en que la consumación sucede en un solo acto.

Esta distinción tiene la importancia de que se señala un criterio más certero que aquel otro de materiales informales,

para aceptar o no los grados de tentativa y frustración en un delito determinado, pues permite afirmar que los reales unisubsistentes no ofrecen, siendo posible solo en lo plurisubsistente. Sobre este particular observa JOSE FRIAS CABA LLERO, en su Obra " El Proceso Ejecutivo del Delito ", lo que pasamos a transcribir:

" La división de los delitos atendiendo elementos de la consumación en formales y materiales, no tiene ningún valor, sobre todo desde el punto de la tentativa. Ocasiona dificultades incluso cuando partiendo de ella, se requiere determinar el momento consumativo de las llamadas formales. La verdad es que si bien no todos los delitos requieren para llegar a la consumación, el acaecer de un resultado material de cierta índole, todos sin excepción, requiere la producción de un resultado sensible, como ya lo hemos señalado antes. No hay delito sin resultado, como ya se ha visto en otras oportunidades.

Esta controversia que podía aparecer un poco verbal como han entendido algunos, no lo es si se la mira desde el punto de vista de los delitos que siendo formales, pueden consumarse, es decir, alcanzar su resultado propio por medio

de una actividad fraccionable en el tiempo y en el espacio. Estos casos y no los otros en que la aceptación del principio " El delito formal no admite tentativa ", es un perjuicio eficaz y un obstáculo insalvable y perjudicial.

Si se requiere llamar materiales a los delitos que requieren, para su consumación un resultado de cierto carácter por oposición a los que no requieren como resultado sino la actividad que agota el tipo y que en muchos casos discurre en el mundo físico.

" Haciendo cierto camino " llámeseles en buena hora, pero no sería que estos últimos llamados formales, no admiten tentativa, sin que exista ninguna razón valedera que se asiente en la realidad de los hechos y en los principios del derecho, por otra parte, la relatividad del concepto se ha señalado ya por Alimena, y esa relatividad ocasiona precisamente las dificultades prácticas aún desde el punto de vista del momento consumativo : Si el delito de denunciar a un inocente como reo del delito se hace consistir en el engaño real de la justicia y en el daño real causado al inocente, el delito será material, si en la posibilidad actual del perjuicio formal, y el engaño y perjuicio reales son

un estado exterior. Es por todas estas razones por lo que no es una simple sutileza llamar plurisubsistente a los de litos que siendo o no formales admiten fraccionamiento y por ende tentativa, y unisubsistentes a los que no la admi ten, porque su esencia estriba en que en el momento de la ejecución y el de la consumación "coinciden en el tiempo y se sueldan últimamente "siendo la tentativa imposible, tal terminología agrega mucho a la falsa idea de los delitos formales y que queda subsistente apoyada en la realidad de la vida ". La diferencia cualitativa que hay entre la injuria oral y la escrita ".

Es por eso por tal terminología ha sido aceptada por muchísimos tradistas. De acuerdo con ellas la tentativa no es posible en los delitos que se perfeccionan uni-acto, en tanto que es ella posible en los llamados plurisubsistentes, es decir, en los de ejecución compuesto, sean o no formales, pues su ejecución es fraccionable temporal y especialmente, razonamiento aplicable a los delitos de pe ligro que ciertamente no se supone a los de los delitos formales.

Las figuras penales pues, en su mayor parte señala proceso externo que puedan ser determinado especial o temporalmente, de naturaleza objetiva, son ellas una descripción de conducta que se concreta en movimientos o incir-cias corporales.

Dice Mariano Jiménez Puerta, que "La descripción abstracta y objetiva de conducta anti-jurídica recogida en el tipo penal, contiene un verbo activo que reviste la más cendente importancia de encerrar la verdadera esencia o núcleo la del tipo.

Agrega sinembargo, que sería desconocer la naturaleza de las cosas, si tratásemos de conseguir el verbo activo o núcleo como elemento en el que se refleja siempre y en todo caso la verdadera esencia del tipo.

Jiménez de Asua, reconoce y proclama que el verbo puede ser por si mismo, explosivo de una conducta indicia-ria o concretizadora de lo injusto, sino de naturaleza inocente que toma color por el medio o la condición del sujeto pasivo.

Tal acontece por ejemplo, en el delito de violencia carnal.

Tener acceso carnal es una conducta que no puede constituir en si mismo indicios o concretización se produzca, hay que añadir una referencia al sujeto pasivo (persona mayor de 14 años, por caso según la legislación colombiana) o al medio (violencia física o moral) que asume así papel decisivo.

20.7 ELEMENTO NOR'MATIVO.- Lo constituyen todos esos presupuestos del injusto penal, que solamente pueden ser determinados mediante una especial valorización jurídica o cultural que realiza el juzgador. Estos supuestos aluden unas veces, a la cosa sobre que recae la acción delictiva o determinadas condiciones del sujeto pasivo del delito o de la persona sobre quien recae la actividad delictuosa.

Acaece muchas veces que para tipificar una conducta es necesario incrustar en el tipo elementos que implica juicios normativos sobre el hecho que obligan al interprete a efectuar una especial valorización de la ilicitud de la conducta tipificada, esto dice Jiménez Huerta.

Bindig considera que todos los elementos de la figura penal son descriptivos y que de consiguientes no existen elementos normativos.

Jiménez Huerta, anota que los elementos normativos son únicamente los que resultan específicamente la antijuricidad de la conducta, como el indebidamente o el arbitrariamente, o el sin derecho. Cabe observar sin embargo, que el delito siempre es una conducta anti-jurídica, pues dejaría de serlo si el comportamiento fuese jurídico, debido con derecho. De consiguiente esas referencias a la antijuricidad de la conducta a que acude el Legislador al definir algunos delitos constituyen la más de las veces, una innecesaria previsión como sería la de indicar que la muerte que otro cause a la persona, debe ser ilegítima para que constituya homicidio.

Resulta de más utilidad y ciertamente más técnico el criterio de Nezgar, quien entiende un concepto de elemento típico normativo a todos aquellos presupuestos de la definición penal, distintos de los elementos típicos objetivos que exigen una valorización jurídica o cultural de

... que se interprete.

30.) ELEMENTO SUBJETIVO.- Está representado por todas esas condiciones de orden síquico, como el a sabiendas, la simpatía y otras semejantes y por esa especial intención o dolo específico que en algunas definiciones penales es precisa para que el delito tome cuerpo.

A ellas se alude el Art. 273 del C.P.P., cuando dice que la Ley Penal exige que un hecho " para ser delito cometa a sabiendas o con alguna otra circunstancia semejante, dicha circunstancia deba aparecer plenamente comprobada para que haya cuerpo de delito".

Por cuanto algunos autores confunden el delito específico (especial intención) con actuaciones de orden subjetivo diferente, como el a sabiendas, la animadversión, la simpatía, el consentimiento de la víctima, etc.

Siendo así que el dolo específico como particular orientación de la conducta de la gente a un fin conocido es algo más que actuar a sabiendas (o mero estado de conocimiento) o por simpatía o animadversión (simples actua-

ciones afectivas), pueden intentarse una clasificación de estos estados síquicos a saber :

1- **Situaciones síquicas de la gente, diferentes del dolo específico.** Son todos aquellos estados psicológicos semejantes a sabiendas que no implica dirección de la voluntad, hacia un fin determinado y conocido, es decir, que no tiene nada de intencionalidad y, que por lo tanto, no puede denominarse dolo específico.

En el Art. del C.P. se reprime a quien a sabiendas haga uso con propósito de lucrarse o perjudicar a terceros, de un documento falso :

La primera condición subjetiva, el a sabiendas, es apenas un estado de conocimiento. El dolo específico que aquí también se requiere está indicado en el "propósito de lucrarse o perjudicar a terceros".

2- **Estados síquicos intencionales del agente.**

Dolo específico. - Consiste en esa particular intención que en algunas figuras delictivas es indispensables.

En el delito de rapto de acuerdo con la definición que trae el artículo 349 del C.P., el sujeto activo debe proponerse

una satisfacción sexual o el matrimonio con la mujer rap
tada. Si en cambio busca una provecho económico exi-
giendo una suma de dinero por el rescate de la mujer así
privada de su libertad, el delito es de extorsión de acuen
do con el Art. 406, del C.P., si obtiene el provecho. Si
este propósito de utilidad económica no tiene cumplimient
o, entonces la violación preñible es la que define el Art.
293, del mismo Código, bajo el título de secuestro agr-
bado y con el hecho de privar de la libertad a esa persona,
no se propuso el delincuente esos fines específicos del
rapto y del secuestro agrabado, ni obtuvo la utilidad eco-
nómica y lícita buscada, entonces el delito cometido es el
de secuestro simple, de acuerdo con el Artículo 294 del
C.P. Por consiguiente, el Dolo Específico permite gra-
duar la mayor o menor peligrosidad de la gente desde el
punto de vista legal, según los móviles de su conducta.

3-Condiciones Subjetivas del sujeto pasivo del delito.-

Se trata de circunstancias de orden síquico ajenas a la
gente y que el legislador indica como necesario para que
parezca determinada conducta punible. Estas son : a)

Ausencia de consentimiento de la persona en el delito de violación carnal.

b) La alienación mental del estado de inconsciencia en el delito de estupro.

La existencia en el caso dado de esas condiciones típicas de orden objetivo, subjetivo y normativo nos permite diferenciar que se cuenta con el cuerpo de un determinado delito.

- 1o.) Bien Jurídico Tutelado
- 2o.) Libertad psicológica de obrar
- 3o.) Libertas - Honor y Seguridad sexuales
- 4o.) Concepto de honor y honra.

Equivocada terminología en nuestro Código. El honor y su variabilidad.

- 1o.) BIEN JURIDICO TUTELADO.- Tenemos que el delito de violación que define el Artículo 316 del C.P., tutela la libertad sexual de las personas, entendida como el derecho que tiene para disponer de su cuerpo en materia erótica como a bien tenga ó de abstenerse de cualquier trato sexual.

Si bien algunas legislaciones denominan a los delitos de la esfera de las relaciones sexuales atentadas contra la honestidad, es lógico que no solamente resguarda con las conductas que reprimen el honor sexual de las personas a su pudor sexual, sino también este interés de libertad

sexual principalmente tutelado en el delito de violación. En efecto : el pudor dice los Ingenuos, ha sido en su origen un deber impuesto por el amo de sus esclavos, de cultural contra posibles usurpadores las partes más apetecibles de su cuerpo, sin que se excluya totalmente otras causas más en armonía con nuestras ideas sexuales. Es sentimiento propio del hombre y del hombre civilizado, pues es desconocido no solamente entre los animales, sino también en las razas inferiores de la humanidad. Es el producto de muchas causas : En cierta medida de la necesidad en que estén los amantes de buscar el secreto de ocultarse porque su pasión los deja sin defensa.

Podría entonces admitirse que el acceso carnal violento cumplido en una persona en la que este sentimiento del pudor no se ha formado o se ha perdido, no constituye delito es indudable, sí que en la mayoría de las hipótesis, además de la ofensa a la libertad sexual, con el delito de violencia también se ofenden otros intereses individuales como el honor sexual, el pudor, la integridad física y la misma libertad personal.

Pero el interés primordialmente asegurado con la incriminación de esta conducta, llamada violación, es aquel de la libertad sexual.

De otra parte, la honestidad sexual puede no existir en el sujeto pasivo de una ofensa a la libertad erótica.

Como se dijo examinada la prostituta misma puede ser víctima de los delitos de violación y mediante estas normas no se resguarda específicamente el honor, ni el pudor, sino ese derecho de las personas a disponer libremente de su cuerpo en materia erótica y abstenerse de relaciones sexuales, que no cabe desconocer en las personas sexual. Ahora bien, la Ley Penal ampara la autonomía de las personas para hacer o no hacer lo que tienen derecho a realizar o dejar de cumplir.

El Art. 298 del C.P., reprime a quien " con violencia o amenaza constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa.

Se indica en esta norma, una tutela genérica de la libertad individual.

Más cuando específicamente esa lesión a la autonomía de las personas se concreta en determinados hechos particularmente reprimido, debe sancionarse la conducta de acuerdo con esas disposiciones especiales, pues el delito previsto en el artículo 298, tiene un alcance subsidiario.

Por lo tanto, en la violación existe, ante todo una ofensa a la libertad individual, que al encontrarse específicamente en el patrimonio sexual, de alguna persona, por el cumplimiento de acceso carnal contra su consentimiento o sin su consentimiento origina dicho delito. Y con la prostituta mantiene ese derecho a la autonomía individual y este es lesionado cuando es sometido a un trato erótico que no ha consentido, es lógico que se lesiona su libertad sexual y tal ofensa es constitutiva de delito.

Así se explica como el Art. 321 incrimina el acto sexual contra o sin la voluntad del sujeto pasivo, cuando esta es una meretriz o mujer pública.

20.) LIBERTAD PSICOLÓGICA DE OBRAR.

La libertad psicológica es una prerrogativa de la voluntad humana y consiste en que esta en su carácter de "antecedentes racional" y señora de sus actos, puede, previo siempre que el dictamen de entendimiento, obrar o no obrar por ejemplo: pasear o no pasear - hacer esto o aquello.

Se opone al concepto de libertad, así entendida al concepto de necesidad la cual puede ser interna o externa.

La voluntad humana está constituida de manera que no puede aborrecer el bien ni amar el mal. Es un caso de necesidad interna.

El hombre aunque es capaz de suyo para caminar más, no lo puede hacer, si está con grillos en los pies. Es un caso de necesidad externa. El fundamento de esta necesidad no se toma de la naturaleza de la voluntad humana, sino de algún adjunto extrínseco a la misma.

La virtud pues de esta libertad psicológica del ser racional, cualquiera puede disponer a su albedrío de su cuerpo para elegir tanto a la persona como al placer, o prescindir

dir de esta de tal manera que aquel que mediante violencia o sea la "necesidad extrínseca" le obligue a ejecutar el acto sexual está coartando su libertad y vulnerando su albedrío. Pero no quiere esto decir que todos los hombres sean libres sin excepción en sus operaciones. Existen efectos y quienes adolecen de diferentes enfermedades psíquicas que los incapacitan para proceder con inteligencia y libertad en sus actos.

Las acciones de los hombres a que nos referimos podrán ser actus-hominis, como se expresan los filósofos escolásticos, más no actus-humani, ya que los actos humanos son propios del hombre en cuanto tal; y es sabido que el hombre en cuanto tal procede con inteligencia y libertad en sus obras.

De esto se infiere con claridad que si alguna lesión de los órganos, algún trastorno súbito y violento de las facultades, algún accidente imprevisto paraliza la actuación y ejercicio normal del libre albedrío, entonces, a pesar del acto material, no hubo inteligencia y libertad en el obrar. De esto se deduce, pues, porque en los delitos contra la libertad sexual, nuestro Código contempla

como tales, los actos sexuales ejecutados en personas que se hallan en un estado de inconciencia o a quienes por cualquier medio se haya puesto en este estado, con el su ministro de drogas, alcoholes, o narcóticos.

Por considerar que no existe verdadera libertad, ya que la voluntad está viciada por ausencia de discernimiento, la legislación sanciona como delito contra la libertad sexual el acto ejecutado con un menor de 14 años, aún con su voluntad. En este caso la ley tutela un bien jurídico de cuyo valor el menor no ha adquirido aún plena conciencia.

La Ley presume que el menor puede prestar su consentimiento, hijos de su espontaneidad, pero no producto de su voluntad.

Las características de la violencia carnal consiste en que se compete a una persona a ejecutar actos contra su voluntad, bien materialmente por medio físico, o bien por medio síquicos, como la sugestión hipnótica o el suministro de sustancias propias para despertar el instinto o

adormecer la voluntad.

30.) **LIBERTAD-HONOR Y SEGURIDAD SEXUALES**.- La represión penal de la conducta erótica tiene lugar cuando lesiona intereses necesarios a la ordenada convivencia social; como los de la libertad, el honor y la seguridad sexuales.

Los Códigos, como norma constante prohíben cualquier trato erótico con personas pubes. Asimismo los actos violentos o abusivos que afecten la vida sexual de las personas jóvenes, aún cuando entrada a la pubertad, es materia de la tutela penal, hasta en los casos en que la víctima ha prestado su consentimiento, así como también en la mujer, cualquiera que sea su edad, frente a los actos de proxeneta.

En relación a estos intereses de la libertad, el honor y la seguridad sexuales, puede decirse lo siguiente :

LIBERTAD SEXUAL.- Es el derecho de la persona para disponer de su cuerpo, en materia erótica, como a bien tenga y consecuentemente, para abstenerse de cum

plir sexuales.

Dado el respeto por la dignidad es lógico que ninguna persona sea cual fuere su raza y condición social o moral, su edad o sexo, puede ser sometida contra su consentimiento o sin su consentimiento o asaltada en su buena fé, mediante engaño o seducción verdadera, o trato sexual alguno, sin que ello constituya una ofensa o un interés básico de la vida en sociedad; libertad sexual. La prostituta misma tiene ese derecho para disponer de su vida erótica, como a bien tenga y de abstenerse en relaciones sexuales, así lo quiere, su deshonestidad sexual no implica renuncia a los derechos fundamentales de toda persona como esté de poder el trato erótico que no sea atropellar una meretriz se ha lesionado un bien jurídico que ella posee aún cuando haya perdido el pudor.

" Libertad Sexual "

Es conveniente por lo tanto indicar como libertad sexual ese derecho del individuo a disponer de su cuerpo, en materia erótica como a un bien tenga.

A nuestro juicio el bien jurídico lesionado es la libertad

individual en cuanto cada cual tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual, y tal como lo afirma exactamente Salvagne Campos, prescindir de ella si así lo place.

Dentro de este concepto de la libertad sexual puede quedar comprendidos los casos en que la gente obra con el consentimiento de la víctima (mediante violencia física, o moral), o sin el consentimiento de esta ausencia de voluntad, como cuando el trato erótico se cumple encontrándose en estado de inocencia o de enajenación mental; ó cuando el sujeto pasivo puesto su consentimiento en razón del engaño o de la educación verdadera. No es técnico en cambio, señalar una ofensa de violencia apoyada en una discutible capacidad, en capacidad para consentir cuando el trato sexual se cumple con personas menores de esa edad en que generalmente llegan las personas a la pubertad, porque ello llegar a negar un consentimiento prestado y a situaciones realmente inaceptables.

Así por caso, si una mujer menor de catorce (14) años, (para acudir a la Legislación Penal) momentos antes de

las doce (12) de la noche de la fecha en que va a cumplir los catorce años de edad, consiente el trato sexual con un valor, quien realice con ella el acceso carnal, el delito cometido es el de violación, dízque por violencia presunta apoyada en una no privada incapacidad para consentir en una deficiencia de su voluntad para determinarse con pleno consentimiento de causa en materia erótica. Pero si ese mismo hecho ocurre minutos después de las doce (12) de la noche de esa misma fecha, ya no existe atentado contra la libertad sexual, no hay violación en esos minutos transcurridos en esos momentos en que esa mujer era menor de catorce (14) años y aquel en que llegó a ser mayor de tal edad, adquirió como por encanto esa capacidad para consentir, esa eficacia de su voluntad para determinarse en materia erótica, ya que no hay violación presunta.

Corresponde mejor a la realidad decir que las personas menores de determinada edad son generalmente imprints; incapaces de la función sexual externa y que cualquier trato erótico con ellos presenta un daño o un peligro de

daño al normal desarrollo del instinto genérico. Por lo tanto antes que una ofensa a su libertad sexual, existe un daño o peligro de daño a su seguridad sexual.

Luis Carlos Pérez, refiriéndose a este derecho de las personas para autodeterminarse en materia erótica, como a bien tenga afirma que en los eventos delictivos que lo ofenden seleccionará asimismo, la honestidad sexual.

De esto se refiere que los bienes jurídicos denominados "Libertad y Honor", referidos al sexo, se comunican o compenetran hasta llegar a ser inseparables.

HONOR SEXUAL .- Honor es una cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo, y nosotros mismos. Consiste también en la honestidad y recato en la mujeres y buena reputación que se granjea con esas virtudes.

Exige este concepto por lo tanto la abstención de los placeres libidinosos calificados de ilícitos por la moral mínima de un pueblo dado y requiere igualmente una correcta actitud respecto al pudor público y privado. En cuanto

a la mujer, sexual se confunde con la castidad entendida esta como el sometimiento a las normas que gobiernan el uso de los placeres eróticos, o como dice Santo Tomás: " Virtud por la cual reprimimos la concupiscencia de la carne por el gobierno de la razón ".

Refiriéndose Luis Carlos Pérez, a los conceptos de honor en general, y de honor sexual en particular, dice lo siguiente :

- a) Como sentimiento íntimo de estimación y respeto por la propia dignidad; y
- b) Como buena forma o reputación de que goza una persona ante las demás.

El primero es el que se ha denominado honor subjetivo y el segundo es el que se conoce como honor objetivo, equivalente a honra.

En otros términos, el honor subjetivo es de naturaleza social. El primero está ligado a las concepciones éticas que cada uno tiene, según su posición de clase; y responde a los sentimientos consiguientes, más o menos variables

según la índole del sujeto; el segundo es predominantemente externo, se refiere a la valorización de la persona, de los actos hechos por las otras y puede prolongarse a través de las generaciones y los grupos, es pues, tan fluctuante y tornadizo como éstos.

Barcia, por ejemplo, dice: " El honor consiste en un sentimiento de que el hombre se siente animado en la conducta que se traza, en los principios que se sirven de norma a sus operaciones, propiedad que no puede arrancarnos la acción extraña. 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 proponiéndole.

La honra es un honor tradicional heredado; es el caudal que nos legaron nuestros padres. El honor se tiene, la honra se hereda.

El honor es independiente de la opinión pública, la honra es o debe ser fruto del honor, esto es, la estimación con que la opinión pública recompensa aquella virtud.

Pero no tan independiente, pues la persona está penetrada por su ambiente una de cuyas manifestaciones es la llamada opinión pública. No hay duda que la Ley se refiere tanto al sentimiento personal, íntimo o, lo que es igual, al recato como a la honra, ésto es, a la buena reputación; tanto de criterio subjetivo que cada cual tenga sobre la integridad de sus virtudes sexuales como a la ajena apreciación de las mismas.

El honor subjetivo es susceptible de ofensas, pero no se pierde. Por el contrario, la honra sexual puede ser dañada y aún destruída.

SEGURIDAD SEXUAL. - Numerosos códigos considerarán como violencia carnal la introducción viril cumplida en personas de cierta edad, aunque hayan prestado su consentimiento.

Así por ejemplo, el Código Italiano reprime como acceso carnal violento el que se cumpla con un menor de catorce (14) años.

Las Legislaciones Penales de Argentina, de Austria, de

Hungría, de Chile, de Portugal y de Colombia, sancionan el acceso carnal cumplido en personas menores de catorce (14) años de edad, aún cuando hayan prestado su consentimiento.

Rusia considera delictuoso cualquier trato erótico que se efectúe con personas que no han alcanzado la madurez sexual.

Es lógico que para las personas de corta edad es indispensable la tutela penal respecto de cualquier acto de lubricidad que se haga realizar aún cuando hayan prestado su consentimiento, no porque se consideren de su falta de madurez sexual llegue a que esa aceptación se tenga por no válida, uno porque el trato erótico en los imprimeres repercute sicofisiológicamente en el desarrollo moral de la función sexual externa :

No ocurre en estos eventos las llamadas (violencias presuntas) a que numerosos tratadistas se refieren, pues es no darlos presumir contra la realidad de un consentimiento prestado ni se puede admitir que se tenga por

invalidez un consentimiento con base en una supuesta falta de conciencia de alcance de las relaciones sexuales de parte de quienes, por caso, son menores de catorce (14) años, si de otra parte aparecen absurdos que momentos después de cumplir esa edad, las mismas personas resulten, de manera inesperada, suficientemente informadas sobre esa materia únicamente por transcurso de muy pocos segundos.

Se ha aceptado que de acuerdo con la moderna psicología los primeros experimentos sexuales tienen una gran importancia, como si estas son prematuras, irregulares o desafortunadas, suelen producir perdurables perjuicios síquicos.

Inclusive, para la persona ya entrada en la pubertad, la primera aventura erótica puede ser decisiva. Stekel, afirma que nuestras primeras experiencias crean en nosotros una imagen de la vida, de la cual difícilmente nos libramos.

Superamos el pasado si existe en el presente un aporte suficiente de valores.

Para la primera aventura amorosa determina casi siempre la forma y el carácter del amor durante la vida entera. Con razón Rinet, relaciona la enfermedad más curiosa de la vida amorosa " la atracción parcial.", con la fijación en torno a una primera impresión.

Antonio Seco, anota la importancia de las primeras experiencias sexuales, y dice que los fracasos, errores y desviaciones de la infancia y de la adolescencia dejan su sello de la conformación de la personalidad sexual.

Los fracasos debilitan la confianza, suprimen la espontaneidad, perturban el automatismo de la actividad sexual y pueden llegar a inhibirla y detener su evolución. La ley impone a todos o a determinadas personas un deber absoluto de abstención del acceso carnal con aquellos sujetos que ella particularmente tutela, y que en forma implícita considera carnalmente inviolable, aún en el caso de que consienta:

El trato sexual con una mujer entrada ya en la pubertad y consiguientemente apta para la función sexual externa es más perturbador de su honestidad sexual que de su

seguridad sexual. En cambio, el cumplimiento de la misma hipótesis en menores de catorce (14) años, (no maduros sexualmente) y aún la iniciación, y la enseñanza de cualquier acto erótico, hasta el normal, lesionan la seguridad sexual de la víctima, precisamente por su falta de capacidad psicológica para ser sujeto preceptivo de estas iniciaciones o enseñanzas las representen desfavorablemente en el normal desarrollo de función sexual externa.

- 40.) CONCEPTO DE HONOR Y HONRA - EQUIVOCADA TERMINOLOGIA EN NUESTRO CODIGO - EL HONOR Y SU VARIABILIDAD .- El honor, que en sentido late, representa un bien individual de carácter inmaterial, protegido por la Ley para permitir al individuo la manifestación de su propia personalidad moral, encierra en sí una doble noción. Considerada en sentido objetivo, el honor se identifica con el sentimiento que cada una tiene de su propia dignidad moral indicando de este modo la suma de valores morales que en un individuo se atribuye así mismo, esto es precisamente, lo que por lo común se digna como

honor en sentido restringido. Considerado en cambio en sentido objetivo, el honor es la estimación o la opinión que los demás tienen de nosotros. Representa, pues, el patrimonio moral que deriva de la consideración ajena y que se define por un término claramente comprensivo, con la palabra reputación.

La Enciclopedia Universal Ilustrada Espasa, expone lo siguiente sobre el concepto de honor :

" se confunden frecuentemente el honor y la honra y se toman como actos deshonestos los que son deshonorables y viceversa.

La honra es el juicio que la opinión externa forma de nuestros actos y conducta. El hombre de honor es el que cumple con sus deberes, el hombre honrado es el que recibe de sus conciudadanos y amigos la justicia de saber que los cumple, entre ambos términos existe el hipócrita, que no siendo hombre de honor aparece como hombre honrado.

El vulgo ha llegado a confundir ambos términos, y la confusión ha generalizado tanto que la ha invadido al campo

de las legislaciones. Por eso se llaman tribunales de honor los que son de honra, se dice honores militares, honores fúnebres Consecuencia de esto a su vez, la falta de precisión al hablar de deshonra. Esto es, en vigor, la desconceptuación en el ánimo de nuestro semejantes, actos ilícitos o inmorales.

El Tribunal de Bogotá dice al respecto : " Nuestro Código habla de defensa del honor, delito contra el honor sexual parece que el término no es el más propio, debía decirse defensa de la honra, ya que lo defensable es este último, pues el honor es consecuencia de la consecuencia de la existencia de la honra; quien pierde la honra, la apreciación y estima de sus conciudadanos, cae en deshonra, y quien llega a este extremo pierde el honor.

El honor, la honra en sentido estricto, es en el fondo una cuestión subjetiva que objetiva hace relación a la persona, a su educación, profesión u oficio y aún a las circunstancias peculiares de la vida social, porque la diversidad de condiciones sociales implica una inversidad de condiciones de existencia física y moral.

El doctor Gutiérrez Gómez, dice, refiriéndose a este asunto :

" por esta razón el juicio general sobre el honor varía de manera indefinida según el sexo, la edad, el lugar y el tiempo."

Tenemos por ejemplo el concepto de honor según el sexo de la persona, el honor en la mujer radica en modo principal en la estimación que le tenga la sociedad por la conducta digna que observe en cuanto a las relaciones sexuales.

Su honor sufre, mengua si mantiene relaciones sexuales que la sociedad reputa como ilícitas.

En el hombre en cambio, el honor suele cimentarse en otros criterios diversos de los sexuales muy particularmente en la conducta correcta en cuanto al derecho matrimonial de los demás. De ahí que a nadie se le ocurra sugerir que un hombre ha perdido su honor, o que por lo menos le haya manchado por tener relaciones ilícitas que en cambio sí son motivo de tacha para la mujer.

Aún más, hay muchos hombres que se entregan en la profesión sexual de manera y de acuerdo con la naturaleza, sino que son víctimas de vicios y de aberraciones patológicas claramente repugnantes y sin embargo pueden pasar ante la sociedad, en realidad pasan como hombres de honor, como personas estimables, que en muchas ocasiones ocupan preminentes posiciones en la misma sociedad.

- 1o.) Violencia Carnal - Definición.
- 2o.) El sujeto del Delito
- 3o.) Condiciones típicas del Delito de Violación.
- 4o.) Violencia Física y Moral.
- 5o.) Legitimidad del Acceso Carnal.
- 6o.) La edad del Sujeto Pasivo
- 7o.) El estado de inconciencia
- 8o.) Presunción de Violencia
- 9o.) La consumación del Delito
- 10o.) La Anomalía Síquica.

1o.) LA VIOLENCIA CARNAL.-

Art. 316 .- El que someta a otra persona al acceso carnal, sin consentimiento de ésta y mediante violencia física o moral, estará sujeto a la pena de dos a ocho años de prisión. A la misma sanción estará sujeto el que tenga acceso carnal con un menor de catorce (14) años de edad, o con una persona a la cual haya puesto por cualquier medio en estado de inconciencia.

DEFINICION .- Doctrinariamente la violencia carnal tam
bién violación, existe en el acceso carnal cumplido en
una persona y contra su consentimiento o sin su consenti
miento.

Se dice que hay violación propia cuando la introducción
del miembro viril, por cualquiera de estos esfínteres de
la víctima se realiza mediante violencia física contra su
consentimiento, o con su consentimiento, pero obtenido
mediante intimidación o amenaza (violencia moral). Se
entiende por violencia impropia el acceso carnal cumpli
do en una persona que por imposibilidad física o síquica
no pueda oponerse : " estados de inconciencia, de enaje-
nación mental, etc."

- 20.) EL SUJETO DEL DELITO.- El Legisla
dor colombiano en Código vigente se aparta del anterior
criterio doctrinario, pues ha de ser siempre masculino,
teniendo que ser mujer necesariamente el sujeto pasivo.
Más en la Doctrina y en la práctica, tanto la mujer es
susceptible de ser actora de este hecho como también
el hombre ser la víctima.

Cárdenas manifiesta que en su concepto, la violencia ejercida para lograr acceso carnal, no puede tener lugar sino entre el hombre y la mujer, cuando hay el propósito de realizar la cópula.

Todas las demás violencias de carácter carnal de un hombre sobre otro hombre, de una mujer sobre otra mujer, o de un hombre y una mujer para cometer un acto distinto de la cópula, deben denominarse "Impúdicas", deshonestidad, corrupción en algunos casos.

Balestra dice : " También la mujer puede ser sujeto activo de la violación, más solo cuando practica el acceso carnal con un hombre, más no cuando tiende a tener contacto con otra mujer, pues tal contacto sexual no importa al verdadero acceso carnal constitutivo de la materialidad del delito. El hecho tendría en último como los caracteres de abuso deshonestos. "

Balestra trae otra hipótesis que confirma lo aseverado, ya que manifiesta que puede darse el caso de un menor de doce (12) años, del sexo masculino, a quien una mu-

jer puede llevar al acceso carnal, haciendo fácil uso de su situación, en cuyo caso presume la ley que el menor carece de voluntad, y el delito se hallaría.

Esto es así porque el delito de violación requiere para su perfeccionamiento la introducción del órgano genital de una persona en base de otra.

En cuanto al sujeto pasivo, éste puede ser hombre o mujer, ya que la introducción del aparato genital masculino puede ser en el genital femenino, o en la apertura anal del mismo o de diferente sexo. Tan cierto es ello, que nuestro Código dice :

" El que someta a otra persona " y no el que someta a una mujer; y en el inciso segundo dice : " Con un menor de catorce (14) años de edad " y no con una menor.

3o.) **CONDICIONES TÍPICAS DEL DELITO DE VIOLACION.**.- La diferencia punible que trae el Art. 316, del C.P., ofrece cuatro hipótesis a saber :

1.- Acceso carnal mediante violencia física.

2.- Acceso carnal verificado en persona a la cual el agente haya puesto por cualquier medio en estado de inconciencia.

3.- Acceso Carnal cometido con persona menor de catorce (14) años de edad.

El Maestro Carrasa, menciona entre las condiciones de la esencia del delito de violencia, el "consentimiento carnal o cópula" que recaiga sobre una persona renuante y logrado mediante el uso de violencia verdadera o presunta; consentimiento carnal, que distingue este delito del simple ultraje violento del pudor.

La mayoría de los tratadistas entienden por acceso carnal la intromisión viril por cualquiera de los esfínteres de la víctima, ya sea parcial momentáneo y sin que se haga indispensable la inmisso-semi.

Vicenzo Manzini, dice "Que es indiferente el punto del cuerpo en el cual ocurre (según o contra natural). " Por esto el delito subsiste tanto en el caso del coito vaginal, como en el coito anal u oral.

Maggiore considera que es suficiente el contacto externo del miembro viril con las partes pudendas de la víctima, para que se tenga como consumada la violación. Más la tesis generalmente aceptada en la doctrina y en la Jurisprudencia es la de que el acceso carnal implica al menos la introducción parcial del miembro viril en cualquiera de los efésenteres del sujeto pasivo.

Ahora bien, con toda razón expresa Maggiore que " no puede constituir violencia carnal la desfloración efectuada por los dedos".

Configura un delito de lujuria, si se ha cometido con fines libidinosos; o de lesión personal, si se cometió con el único fin de menoscabar la integridad corporal. Por cuanto el acceso carnal se tiene como cumplido en el momento mismo en que ocurra la introducción viril, la interrupción de la actividad erótica del delincuente, voluntaria o debida a cualquier otro motivo, no excluye la consumación del delito.

No se puede en tales supuestas, hablar de delito imperfecto y mucho menos de la circunstancias eximente

señalada en el Art. 15, de la Legislación Penal Colombiana (desistimiento voluntario de la consumación de un delito).

4o.) VIOLENCIA FISICA Y MORAL.-

Violencia Física, es aquella que se emplea para vencer a la víctima cuando está en condiciones de oponer su voluntad a la del sujeto que pretende el acceso carnal; Esta debe ser suficiente y continuada.

Fontan Balestra dice: " La violencia efectiva física ha de ser además, suficiente y continuada. Ha de ser suficiente como para poder vencer la resistencia natural de una mujer normal ".

Empleamos los términos natural porque como dice el Dr. Pedro Pacheco Osorio, no ha de buscarse en las mujeres heroínas, ni en los violadores celosos de fuerzas y de poder.

La resistencia de la mujer debe haber sido real "seria " como dice Groizad, porque no es suficiente la simple negativa para admitir que la supuesta víctima haya llegado

al coito vencida por la fuerza del acto. La negativa, o una resistencia previa al acto se manifiesta en la enorme mayoría de los casos en que se trata de mujeres no acostumbradas a la promiscua relación carnal. Los criminalistas prácticos decían que era suficiente que la mujer decidiera un tanto para que no pudiera considerarse configurada la violación sin duda no es posible este principio, en la forma rígida en que ha sido sentado, pues se impone considerar cada caso en particular. Debe agregarse, además, que la violencia debe haber sido ejercida para lograr el acceso carnal, pues la ejercida durante el coito que fue consentido libremente, no puede constituir nuestro delito.

Carrasa sostiene que la violencia debe ser seria y constante. Al respecto dice "Existe verdadera violencia siempre que la voluntad contraria de la víctima fue dominada por la fuerza física" Es preciso que la resistencia de la mujer que se dice violentada se haya manifestado con gritos o con actos de fuerza que realmente demuestren en ella una voluntad contraria a la

de su agresor. No basta que se haya limitado a decir que no quiera, dejando después que el hombre realice sus deseos sin oponerle resistencia. Esto no basta por dos razones : En primer lugar, porque el Juez quedará siempre en la duda que si en verdad esa mujer que se oponía de palabra, quería o no el acto obsceno, por lo que muy defícilmente podrá declarar probada en su sentencia la certidumbre que es necesaria, el elemento objetivo de la voluntad.

En segundo lugar, frente a esa conducta contradictoria usada por la mujer en relación con sus tentativas, el imputado puede muy bien alegar que no creyó ejercer violencia sino realizar un acto gratísimo para aquella". Y luego agrega que " para que exista violencia carnal, la resistencia de la mujer debe ser seria y constante, Sería, esto es, no rebuscada para simular honestidad, sino realmente expresiva de un querer decididamente contrario. Constante, vale decir, mantenido hasta el último momento sin que exista al comienzo y luego se abandone para dar lugar a un concurso en el mutuo goce.

'''

Al hablar de la seriedad de la resistencia por parte de la

víctima, cuando ésta es una mujer, dice Marzini: " La violencia que no contriña, pero induce a conquista, o que dá viático al pudor dominado por las sensaciones de la pasión libidinosa, de ante mano despertada y embriagante, que satisface el amor propio y colma la conciencia de la mujer, que vence aquella repugnancia compuesta de coquetería y de deseo, que la mujer ostenta como las hembras de muchas especies de animales esta violencia seductora, pero nocuerfítica, esta vis grata pullis, no es ciertamente la violencia necesaria para hacer punible al acceso carnal. El agente no ha penetrado por la fuerza; se ha limitado a empujar una puerta cerrada, sino completamente abierta". Eugenio Cuello Calón, anota que " La dificultad de probar la violencia así como la resistencia de la mujer determinó a los antiguos jurisconsultos a formular una serie de presunciones legales de las que se deducía la existencia de ese delito. Para que fuera admitida una acusación por violencia exigían :

- 1.- Una resistencia constante y siempre igual en la pretendida violada;

- 2.- Evidente desigualdad entre la fuerza del agresor y la del agredido;
- 3.- Que éste hubiere gritado o pedido auxilio; y
- 4.- La existencia de huellas y señales sobre la mujer, que atestiguan la fuerza empleada de esas presunciones...

Si bien son reglas de prudencia que aún hoy puedan servir de guía a los Magistrados en asuntos de esta índole...

No todos igualmente admisibles : Puede suceder que la impresión, el miedo, paralice a la mujer impidiéndole resistencia y pedir auxilios; por otra parte, las huellas del delito pueden desaparecer sobre todo, con el transcurso del tiempo.

VIOLENCIA MORAL. → Se entiende que hay violencia moral, cuando la víctima es obligada al coito mediante amenazas capaces de producir en ella una intimidación que alcanza a vencer su voluntad. Mas esa violencia debe ser seria, pues como dice el Dr. Pedro Pacheco Osorio : " La intimidación moral debe ser de las que caigan sobre las personas comunes, pues un miedo ridículo, la fuerza intentada por un niño de pocos años no justificaría

de seguro la violencia, cualquier mujer que lo alegare como prueba de esto, daría a entender que solo buscaba un pretexto para disfrazar su debilidad o satisfacer su apetito ".

La amenaza hay que valorarla en cada caso, para probar la eficacia que puede producir sobre la víctima. Lo que para un hombre de cultura puede ser ridículo, para una muchacha inesperta puede ser móvil suficiente que le induzca realizar un acto contra su propia voluntad.

El Dr. Antonio Arcila González dice que " Hay violencia moral cuando la víctima es obligada al coito mediante amenazas capaces de producir en ella una intimidación que alcance a vencer su voluntad".

Esta clase de violencia, al igual que la violencia física, debe ser seria, es decir, capaz de producir en la víctima tal temor, que sin él nunca se hubiera prestado a ser accedida carnalmente. Así no se podía decir que hubo violencia carnal en la amenaza de un niño de corta edad. Igualmente se refiere en la amenaza, que se trate de un

En el grave, debe existir una relación de causa a efecto; si la amenaza que pretende hacer sentir en la víctima el sujeto activo, no es otra cosa que un temor ridículo, no apto para atemorizar a aquella, no podrá hablarse de violencia moral, pues no existe verdaderamente intimidación. El juzgador en estos casos debe obrar con mucha inteligencia, examinando las condiciones morales e intelectivas de la víctima, así como el grado coercitivo de la amenaza.

Fonten Balestra, sostiene al respecto: " Es necesario valorar en cada caso, la posible eficacia en relación directa con la cultura de la víctima" . En efecto, supongamos el caso de una mujer, a la que se pretende obligar al acto carnal mediante la amenaza de lanzar con ella y toda su familia una maldición o hacerla objeto de algún embrujamiento o maleficio y que tal amenaza emane de persona que tiene fama de poseer tales sacrificios. Esa amenaza resultará sin duda, absurda y ridícula para una persona culta, que no cree en esos supuestos dones sobrenaturales del autor, pero podrá provocar, en cambio, un estado

de temor, capaz de vencer la voluntad de una persona de poca cultura y más aún, la de aquellos cuya fé en esos embaucadores es absoluta.

En síntesis, es necesario tener en cuenta el grado mayor o menor de intimidación que va envuelta en la amenaza y la naturaleza más o menos débil de la víctima.

La amenaza hay que valorarla en cada caso para probar la eficacia que puede producir sobre el sujeto pasivo. Lo que para un hombre de cultura puede ser ridículo, para una mujer inexperta puede ser móvil suficiente que la induzca a realizar un acto contra su propia voluntad. Es necesario igualmente, que la amenaza haga referencia a un daño inmediato o al menos próximo. Si ella se refiere a un mal remoto, no creo que esa intimidación sea capaz de causar en la víctima tal temor que la lleve a acceder al coito. El mal amenazado debe ser presente o al menos próximo, esto es que puede ser futuro, con tal que no sea tan remoto.

La amenaza para que pueda ser idónea, debe estar diri-

gida contra la persona a la cual se pretende acceder carnalmente o contra terceros, con tal que estos representen para la víctima, seres queridos; así por ejemplo, el caso en que el secuestrador de un niño le dice a la madre que si no deja accederse carnalmente por él, le dará muerte a su hijo. Aquí en este ejemplo, la amenaza es futura y va dirigida contra terceros, pero no por serlo, deja de tener poder intimidatorio, capaz de influir en el sujeto pasivo y llevarla a dejarse acceder carnalmente.

5o.) ILEGITIMIDAD DEL ACCESO CARNAL.- Toda violación punible es una conducta típica antijurídica y culpable, por lo tanto, si el hecho, sin embargo, de ser típico y culpable resulta conforme a derecho, no puede ser delictuoso.

Pues bien, siendo evidente que nadie está facultado para tratar sexualmente a otra persona, con ofensa de su libertad o de su honor, o de su seguridad sexual, cabe preguntar si a pesar de los fines mismo del matrimonio, es posible admitir el delito de violación entre conyuges.

No creo que entre conyuges no separados canónicamente o divorciados conforme la ley pueda darse el delito de violencia carnal , por el hecho de 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 eclesiástico como el civil, es un contrato consensual, mediante el cual se une un hombre y una mujer con el fin primario de procrear (canon 1013 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, se otorgan recíprocamente un consentimiento general e irrevocable para la realización del coito, y cada uno adquiere respecto al otro el derecho de exigirlo y el deber correlativo de no oponerse a él. Por lo tanto, si uno de los esposos, por capricho, fastidio o desamor, resuelven no cumplir con su obligación en esta materia, deja al otro la facultad de legitimar 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, siempre que con ellos no vulnere un bien jurídico distinto.

De otra parte al conyuge remuente no le es doble arguir que fue sometido al coito sin su consentimiento por cuanto no podía revocar el otorgado ab initio. Su disenso, a todas luces contrario al fin principal del matrimonio, es ilegítimo, y no puede por lo mismo invocarlo para tomar delictuosa la conducta de quien no lo respetó.

Pero si el agente, mediante el empleo de la violencia somete al otro cónyuge, sin consentimiento de la víctima al acceso carnal contra natura, que permite y contradice los fines del matrimonio, es intuitivo que se hace responsable de la infracción en estudio. Porque en esta hipótesis si es plenamente legítimo el disentimiento del agraviado por no haber consentido en ellos al casarse, y no existir de su parte la obligación de permitirlo, ni tener derecho el otro hacerlo efectivo.

Es también de la esencia del matrimonio que los conyuges se auxilién mutuamente, ambos deben velar de con-

... por la sanidad de la prole (canon 1113 y Art. 253 del C.C.).

De aquí se sigue que, 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 desendencia (por sufrir am bos o uno de ellos algún mal transmisible a los derechos), deja de ser un débito conyugal, por cuanto contradice los fines matrimoniales, y es, por tanto, susceptible de cons tituir violencia carnal, si concurren los demás elementos del delito.

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

La mayoría de las opiniones se inclinan por negar esta hipótesis delictiva, siempre que se trate de relaciones normales y no se encuentre la conyuge en ninguna de aquellas circunstancias que le permitan legítimamente oponerse.

Carrara dice: " Qué es indudable que aunque pueda reprocharsele brutalidad, el marido nunca podrá ser declarado culpable en razón de cualquier acto que esteriorice la consumación de la cópula carnal. Pero por otra parte, es también indudable que el marido pueda ser castigado por un ultraje violento al pudor cometido sobre su mujer, cuando busque satisfacer sobre el cuerpo de éstas de manera ilícita, un debido desahogo y haga uso de la violencia para lograrlo.

Según este tratadista, sería constitutivo de violación el ayuntamiento entre cónyuges en los casos siguientes, si bien algunos otros no la admiten en ningún caso, (salvo cuando el marido coopera en la violación que otro cumpla en su esposa).

- a) Por vía contra natura ;
- b) Entre conyuges divorciados;
- c) En los casos en que la cónyuge puede negarse legítimamente como cuando el esposo padece de alguna enfermedad venérea, o si el trato sexual resulta dañoso para su salud, o puede dar lugar a una fecundación nefasta;

d) Si implica un exhibicionismo obsceno.

Aún cuando se presentan los casos antes mencionados ni razón de otra alguna que justifiquen en la esposa su actitud de rechazo de las relaciones sexuales que le solicita su marido consideran que el esposo cometió delito de violación los tratadistas Eusebio Gómez, Luis Carlos Pérez y Francisco González de la Vega, no compartimos el punto de vista de estos expositores pues lleva el absurdo de admitir la existencia de un delito en un comportamiento jurídico (conforme a derecho).

Y si de la legislación penal de Colombia se tratase, se tendría insólita situación de que el marido que cumple las relaciones sexuales de todo matrimonio, si su esposa es menor de catorce (14) años de edad, cometería el delito de violación, aún cuando ésta haya prestado su consentimiento de acuerdo con la previsión contenida en el inciso 2o., del Art. 316, como antes dejamos señalado. Para que exista el delito de violación carnal entre conyuges, es indispensable que la pretensión sexual del marido sea contraria a derecho anti-

...sido. De consiguiente, en las relaciones sexuales, conforme a natura y cuando el conyuge no tiene razón legítima para oponerse, no cabe admitir la violación, aun que el ayuntamiento se lleve a cabo mediante violencia.

Otra cosa es que de la violencia resultan para la esposa un grave daño en su salud, o la muerte misma, pues entonces responde el conyuge por los delitos de lesiones personales u homicidio.

Las razones de estos tratadistas son las siguientes: el primeramente nombrado dice que " Los que no admiten la posibilidad jurídica de la violación en la hipótesis planteada, invocan el argumento de la libertad de la cópula emanada del derecho a la misma que al marido pertenece. Es innegable tal derecho. Tiene su fundamento en la institución del matrimonio, y a sus finalidades responde. Pero la licitud de la conjunción carnal entre conyuges, que está fuera de toda controversia, no es argumento bastante para fundar la tesis enunciada.

Los que sus defensores han debido demostrar, necesari-

riamente, en que, contra todos los principios el marido tenga la facultad de recurrir a la violencia para ejercitar sus derechos cuando le es negado por la mujer. Esta negativa autorizará el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza.

Por respeto a la dignidad humana debe sostenerse que el marido por medio de la violencia física o moral tiene acceso carnal con su mujer, comete el delito de violación.

El Dr. Luis Carlos Pérez, anota que "el derecho al acceso carnal no es de la misma especie que los demás derechos matrimoniales, porque hay un bien inagenable que solo conocía el Arcaico ritual de algunos pueblos Bárbaro : La persona en su increíble intimidad. Y si las normas civiles inspiradas en ideas de su juzgamiento, conservarían la inicial potestad marital, jamás podría aceptarse que esa potestad se ejerza violentamente, hasta el punto de menoscabar la integridad de quien se ve obligado a soportarla.

De igual modo sucede con el quebrantamiento de la liber

tad sexual de la mujer.

La unión supone para el efecto de matrimonio, dos personas iguales en derecho, y la igualdad obra esencialmente en cuanto se refiere al acoplamiento sexual, para la procreación acto que debe traducir voluntariedad y cuya provocación mediante el sometimiento de la mujer, es no so lo indigna, sino perjudicial para la desendencia que resulta de esa unión forzada.

Además, si existiera el derecho marital de violentar, también lo tendría la esposa y sería injusto que no pudiera ejercerlo solo porque las condiciones fisiológicas del hombre no permiten la acción viril sin proceso mental favorable.

La verdadera ciencia jurídica no puede partir de tan notoria desigualdad entre los individuos de uno y otro sexos. Consagrar la facultad del marido para vulnerar cualquiera de los derechos de su esposa, es adaptar la posesión anti-científica y por lo mismo perjudicial para los asociados.

González de la Vega, observa que no obstante que recono

emos el palmario derecho al fornicio matrimonial, estimados que su exigencia por medios violentos no puede quedar amparados por la esoluyente.

Cierto que esta es una causa de justificación de la conducta o de eliminación de lo injusto, pero como los derechos individuales están acondicionados por los derechos de terceros, en la estimativa de la eximente, se hace necesario la valorización jurídica de las acciones afectadas por el sujeto al exigir e imponer el cumplimiento de sus derechos y recordar los casos de abuso del derecho, estudiados por la Doctrina Moderna.

La cópula en sí misma considerada cuando responde a los objetivos del matrimonio, es ilícito, pero la cópula impuesta violentamente nó, ya que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí mismo, y ejercer violencia para reclamar sus derechos.

Las razones de los tres autores que acabamos de citar, permitirán definir un delito en que el abuso del derecho en que pueda incurrir el cónyuge más no dan base para

tener como existente un atentado a la libertad sexual en la esposa que sin razón legítima alguna, rechaza el trato erótico que le pide su marido. Las relaciones sexuales entre esposos cumplidas conforme a natura y en aquellos casos en que la conyuge no tiene motivos legal alguno para rechazarlo, así se lleve a cabo mediante la violencia, no resulta anti-jurídica desde el punto de vista del patrimonio sexual del esposo y, por lo tanto, no puede originar un débito sexual.

Si las violencias ejercidas por el marido sobre su esposa, constitutivas indudablemente de un abuso del derecho son políticamente inculpables, bien puede hacerse a cualquier otro título, pero no como violación, pero si de un trato sexual legítimo se trata por corresponder a los fines mismos del matrimonio, mal puede deducirse un comportamiento anti-jurídico de esas relaciones eróticas.

No debe perderse de vista que la inexistencia de la violación elude aquellos eventos en que la esposa se niega sin razón al ayuntamiento carnal y podría entonces esta actitud contra la libertad sexual imputarle al esposo que acude a la violencia para buscar al ayuntamiento que

prescribe el matrimonio único que violentaría el esposo es la actitud injustificada de su esposa; al negarse al trato sexual. Vale decir, ese rechazo de la esposa es contrario a sus derechos, pues se examinan las hipótesis legítimamente negarse al trato sexual que le pide su conyuge, y lo que conduce al negar legítimo, no pueden resultar también ilegítimo y mucho menos delictuoso.

Si las relaciones sexuales entre conyuges, en las condiciones anotadas dieran lugar al delito de violación se caería en el absurdo de admitir, así mismo el derecho de legítima defensa en la esposa que sin fundamento alguno, no solo rechaza el trato erótico que le solicita su marido, sino que para impedirlo ante las violencias de este, le da muerte.

El tratadista Luis Jiménez de Asúa, observa que para la legítima defensa no cabe contra el que ejercite un derecho, por eso la mujer no puede actuar en defensa legítima negando al marido el derecho al coito, puesto que este tiene derechos personales sobre la mujer, concedidos por el matrimonio; pero sí puede defendirse violentamente de actos contra natura o de índole sicopática que le quieran

ser impuesto por el marido, y también cuando este se halle enfermo o embriago para evitar el contagio, en el primer caso, y la fecundación inefasta para la prole en el segundo.

Es indiscutible que la mujer goza de los mismos derechos del varón. Pero ni esta ni aquella en lo que respecta a las relaciones que nacen del matrimonio, pueden obtener la tutela de la Ley Penal, para asegurar el cumplimiento de propósitos irracionales o arbitrarios como sería justificable alguna rechaza al trato sexual que su marido le solicita conforme a los fines propios del matrimonio.

60.) LA EDAD DEL SUJETO PASIVO.-El que tenga acceso con una mujer de catorce (14) años de edad, comete violencia carnal, según el artículo que se viene concretando. No se trata ya aquí de la violencia física efectiva y de la violencia moral. Es que en este caso entra en juego la doctrina de la voluntad que se encuentra viciada por ausencia de discernimiento nace así, la noción de lo que los autores denominan violencia ope legis, expresión latina que significa obra de la ley, ya que aquí no cabe hablar de una violencia verdadera real

lo presunta sino de una violencia carnal ficticia, no porque en el sujeto pasivo haya ausencia de voluntad, no porque esta no pueda exteriorizarse sino por inmadurez.

Ya Carrara demostró con argumentos, incontestables, la impropiedad en que se incurre hablar de "Violencia carnal presunta", que es con todo, la denominación más difundida.

Basta para mentes en que este delito puede cometerse venciendo la expresa voluntad contraria de la víctima mediante el empleo de la violencia efectiva como ocurre a menudo para caer en la cuenta del contrasentido que implica tal denominación; aunque se arguya que lo presu-
puesto por la ley es el disentimiento de la persona ofendida por la misma razón, me parece más incorrecto todavía hablar de "violencia carnal ficta", pues no es verdad que se dé existencia ideal a un delito inexistente.

Lo que sucede es que la ley parte de la ficción, creada por ella misma, de que los menores de determinada edad (14 años entre nosotros). Son absolutamente incapaces

de otorgar consentimiento u oponer disenso para la realización del acceso; y equipara -en forma convencional, aunque caprichosa y anti-técnica-, en el nombre, en la esencia y en la gravedad del delito putativo al verdadero. No es más. En virtud de tal ficción y equiparación, el consentimiento del menor de catorce (14) años es siempre jurídicamente inválido (aunque por su desarrollo físico y su prematura madurez intelectual esté naturalmente en capacidad de consentir); de donde se sigue que carece de importancia jurídica el empleo de la violencia efectiva pues, aunque ella no concurra, el acceso carnal se realiza, " sin el consentimiento " de la víctima.

Dije que la asimilación es caprichosa y antitécnica, porque se refiere también a la gravedad de las figuras. Está bien que se identifique el delito putativo y el verdadero en cuanto a la denominación y a su esencia de hechos, porque así plazca al legislador pero nadie podrá negar que es antológicamente más grave y causante de mayor alarma social copularse con un menor de catorce (14)

años de edad, venciendo su resistencia natural por medio de la fuerza efectiva, que hacerlo en iguales circunstancias con un mayor de dicha edad, o quien no lo ha cumplido, pero sin que medie violencia ni oposición.

La identificación debe hacerse, pues, en lo que respecta la gravedad, del delito putativo contra el menor de catorce años (sin fuerza efectiva que evite o venza el disenso de la víctima). Con el delito verdadero contra el mayor de esta edad (con violencia real que impida o quebrante la resistencia del sujeto pasivo); y erigir en figuras agravada el delito verdadero contra el menor, con fundamento en que, siendo este incapaz de ejercer la tutela privada sobre su abstinencia carnal ha de ser más vigorosa la protección punitiva.

Tampoco parece haber estado asistido por la lógica el legislador colombiano al reprimir como violencia carnal el hecho de tener acceso "con un menor de catorce años de edad", y castigar como estupro (delito menos grave). El mismo acto realizado "con persona que padezca de alienación mental o que se halle en estado de

inconsciencia" (Artículo 319). Porque el loco e inconsciente se encuentran por lo menos en la misma situación del impúber en cuanto a su incapacidad de consentir la práctica de la cópula y de oponerse a ella. Lo más prudente habría sido, pues, hacer de ambas figuras una sola de estrupo ficticio, siguiendo las enseñanzas de Carrara, o de violencia carnal.

Más sea de ello lo que fuere, lo cierto es que la infracción que ahora se estudia se integra por el simple hecho de tener acceso carnal con un menor de catorce años, sin requerirse que la iniciativa parte de l agente. Este puede hasta ser inducido por la víctima y responderá siempre como si fuera autor de violencia carnal verdadera, quedando sujeto a la pena señalada para ella por el inciso 1o. del Artículo 316 del C.P.

Tampoco es menester que el responsable tenga conocimiento de que la persona con quien efectúa el ayuntamiento es menor de catorce años, pues "no se trata de un elemento subjetivo del tipo expreso", según lo anota Soler, si nó de un presupuesto de índole objetiva.

Si antes lo duda de que sea mayor o menor de dicha edad no se abstiene del concúbito, responde a título de dolo eventual.

Pero la plena buena fé determinado por error esencial de hecho sobre la edad puede ser causal de irresponsabilidad, conforme a lo dispuesto por el inciso 2o. del artículo 23, quien posee a una mujer prematuramente desarrollada, cuya edad aparente es superior a la real sobre todo si ya tiene experiencia en los placeres sexuales, puede alegar con éxito su equivocada creencia de que no se trataba de una menor de catorce años.

Fontan Balestra anota que en el caso de la violencia carnal ficticia no se trata en realidad violencia sino de ausencia de voluntad, ya que ésta bien, pueda no exteriorizarse o por imposibilidad, o por inmadurez, ya que fuerza no se ejerce por no encontrar el actor resistencia que vencer.

La filosofía enseña que lo voluntario es lo que procede de la voluntad con deliberación; la deliberación es el acto de entendimiento con el cual el hombre comprende

lo que va hacer, el acto voluntario o libre es el que el hombre ejecuta con absoluta determinación, porque quiere aquello que ha deliberado.

La Ley presupone que el menor puede prestar su consentimiento hijo de la espontaneidad, pero no producto de su voluntad.

70.) EL ESTADO DE INCONSCIENCIA.-

El estado de inconsciencia puede haber sido aprovechado por el agente o bien haberías aprovechado de las circunstancias de encontrarlo en ese estado al agente pasivo. Es claro que el primer caso transmite una mayor responsabilidad, por eso nuestro Código sitúa a quien provoca la inconsciencia en el capítulo de la violencia, mientras que si se aprovecha de la inconsciencia de la víctima, la sitúa en el capítulo que trata de estupro, que tiene una pena menor.

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 transcendencia del

acceso carnal que con ella se realiza, el medio para lograr tal efecto puede ser cualquiera (el hipnotismo, substancias alcoholicas, estupefacientes sedativas, 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 existe por ello, para reprimir el último, el disenso de la víctima. Más aún, ni siquiera requiere que ésta sea sometida a la cópula pues basta que con ella el agente la "tenga, para que el delito sea perfecto," sin reparar en cual de los dos protagonistas del acto carnal tomó la iniciativa de su realización.

Lo que si es menester, para admitir la invalidad 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 medio empleado por el agente no logró más

que colocarla en "condiciones de inferioridad psíquica", que no eliminaron sino que redujeron su capacidad de resistencia, no se configura violencia carnal, por tanto no hay ausencia de consentimiento. Tal sería el caso de la mujer a quien se suministran afrodisíacos que estimulan su apetito sexual sin anular su voluntad, y bajo el acicate que ello se producen accede a la práctica del acto carnal o la solícita. En dicha hipótesis no se integra este delito aunque eventualmente pudiera darse el de estupro, 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 con la víctima, sin que esta hubiera consentido cuando estaba psíquica y jurídicamente capacitada para hacerlo.

Pero no es menester, como lo entiende Carrara, para

dar por demostrada la existencia del delito "la prueba positiva de las negativas precedentes" de la vida, ni "sus posteriores afirmaciones bajo juramento" de "que ella no había consentido de ninguna manera si se hubiese encontrado, en la plenitud de su entendimiento, libre, dueña de sí misma".

Esto es claro en nuestro derecho, el cual instituye en el delito de violencia carnal no sobre la base de una manifestación voluntaria contraria de la persona ofendida, sino sobre su falta de consentimiento, que puede traducirse en hecho positivo disenso, o en la mera pasividad impuesta a quien se dejó incapacitado para consentir válidamente y también para disentir. Otra cosa es que el supuesto agraviado asevere que había consentimiento 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 contradicha desde luego, de la existencia previa del consentimiento, que si impide que se complete la noción del delito, tampoco el robo se desnaturaliza porque el dueño de

los bienes sustraídos manifieste después de consumado, que había consentido en que los ladrones se los llevaran sino lo hubiera puesto, mediante el empleo de la violencia, en incapacidad de asentir u oponerse a sus propósitos. En ambos casos la lesión al derecho agredido (abstinencia sexual o la propiedad) es perfecta, por cuanto se privó de él al sujeto pasivo sin su consentimiento.

Creemos, que si la ofendida voluntariamente se prestó para ello, habiendo podido necesariamente preveer las consecuencias de su acto, no puede negarse carecer de voluntad, tal por ejemplo, la mujer que se encierra so la en una cantina a libar licor con su novio o amigo, pues en esto se expuso voluntariamente al mal que le sobrevino.

Todos los doctores comprenden dentro de esta previsión de la ley, la ebriedad, el hipnotismo, el uso de narcóticos, los afrodisíacos y el sueño.

ANOMALIAS SIQUICAS.- Anomalía, irregularidad, estado contrario al orden natural.

ALIENACION.- Es término genérico que comprende todos los trastornos intelectuales tanto los temporales o accidentales, como los personales.

TRASTORNOS .- Perturbación del sentido o la cabeza.

PERTURBAR .- Trastornar el orden y concierto de las cosas.

CONCLUSION .- Anomalías y alienación son equivalentes al menos en un sentido amplio.

CAPITULO QUINTO

CONSUMACION, TENTATIVA Y CONCURSO DE DELITOS .-

El delito de violencia carnal se consuma mediante la introducción del asta viril en el cuerpo del sujeto pasivo.

Es completamente indiferente para este efecto, que acto haya tenido o no perfección fisiológica. Por consiguiente, basta que haya habido introducción, más o menos completa del asta viril, para que el delito esté consumado, aunque no haya habido eyaculación o derrame seminal. Recordamos aquí nuevamente la importancia distinción de Carrara entre delito consumado y delito agotado. La violencia carnal se consuma cuando se produce la introducción del miembro viril en el cuerpo del sujeto pasivo, y se agota cuando el sujeto activo ha satisfecho su apetito mediante la eyaculación. El agotamiento es indiferente para el efecto de estimar consumado el delito.

En diversas providencias judiciales hemos sostenido que el contacto es posible en el delito de violencia carnal. Me parece que la tentativa es ó no posible según la figura que se trate. Si el agente ha empleado violencia física o moral, idónea para someter a la

víctima al ayuntamiento ó 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 disposición del culpable. Y si por una circunstancia extraña a la voluntad de este (haberse lastimado el miembro y perdido erección, presentarse terceras personas, etc.) no alcanza a realizar la cópula, se estará en presencia de una tentativa punible pero sí el acusado solo quiso poseer aún menor de catorce años o a personas a quien hubiera puesto en estado de inconsciencia con finalidad distinta, considero también incontestable que la ejecución del delito comienza con el acceso carnal, vale decir, con la introducción del órgano sexual masculino en la cavidad respectiva del cuerpo de la otra persona. Más como esto entraña de por sí la consumación de la cópula y del delito, resulta menester concluir en la necesidad de destacar 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" (artículo 17), es imprescindible que el asta viril hubiere penetrado siquiera parcialmente en la cavidad del cuerpo del otro copulante, con lo 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 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 o corrupción de menores, si los hechos realizados durante el proceso ejecutivo entrañan por sí solos tales infracciones (artículo 15). En igual situación se encuentra quien realiza actos preparatorios de la cópula, con el propósito de realizarla, sino la logra por una circunstancia o nó a su voluntad.

Al contrario, si se configura la violencia carnal en el grado de consumación o tentativa, dicho delito absorbe al de estrupo, abuso deshonesto o corrupción de menores que también se haya estructurado, pues el primero resultaría una infracción progresiva, de la cual el otro sería tan solo su etapa menos grave. Tampoco concurre la violencia carnal con los delitos contra la libertad individual ni con el rapto, mientras otros se utilicen por el culpable como medios inmediatos e indispensable para la realización del concubito, por los motivos que acabo de expresar.

Pero si a la víctima se la secuestra, se la detiene arbitrariamente

to, se la hace recluír fraudulentamente en un asilo consiguiendo pasarla por alienada, se le viola su domicilio o se la rapta, a fin de aprovechar la situación respectiva para cometer en ella violencia carnal, esta infracción concurre materialmente con la otra que se configure, en virtud de que ambas tienen existencia aislada e independiente, tanto desde el punto de vista objetivo como desde el subjetivo, según 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 raptor, según el caso, cuando después de cometido el primero se mantiene a la víctima privada de su libertad ambulatoria, aunque este hecho se hubiere utilizado inicialmente como medio para la realización del ayuntamiento.

Si el sujeto pasivo de la violencia carnal es una de las personas indicadas en el artículo 537, se integra un concurso ideal de delitos, pues con un mismo hecho se violan dos disposiciones de la ley penal (artículo 31).

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

CAPITULO SEXTO

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

La necesidad de que en cada caso se individualice la sanción penal según o mayor ó menor peligrosidad del delincuente, ha hecho que los legisladores modernos, además de definir los conductos punibles indiquen un máximo y un mínimo de sanción dentro del cual el juez señala la pena atendiendo así mismo, a la gravedad del hecho, la personalidad del procesado, los motivos determinantes la mayor o menor peligrosidad revelada también se ocupan los códigos actuales de indicar, además de las circunstancias genéricas de mayor o menor peligrosidad, evento de grabación o de alternación específica de cada delito y de impunidad.

El doctor Arcesio Aragón dice que en todo delito se encuentra un cúmulo de modalidades propias y que le dan por decirlo así, como una fisonomía particular o inconfundible. No hay por tanto ni puede haber, dos delitos idénticos, aun cuando se trate de unas mismas violaciones de la ley penal, divergencias que depende ya de las condiciones del agente, ya de las circunstancias naturales en que el hecho se realiza. La más cumplida administración de

justicia sería aquella en que la sentencia se amoldaría exactamente a esas circunstancias, más como esta sería un imposible, ya por el juez no posee un tanto de precisión moral con el que pudiera sorprender y a precisar las condiciones síquicas en que el agente ha obrado y justis-preciar las anomalías del proceso mental. Pero además de las circunstancias que pueden concurrir en todo delito, también el legislador dosifica impersonalmente la sanción con respectos a determinadas infracciones punibles, mediante el señalamiento de eventos específicos de agravación y atenuación, y aún la exclusión de la pena. Estas circunstancias pueden ser reales o personales sin respectivamente aluden al objeto material del delito o depende de la persona del delincuente.

Ahora bien, en cuanto al delito de violencia el código penal (art. 318) señala las siguientes circunstancias que agravan la pena, así :

- a-) Si el delito se comete en la persona de una mujer virgen o de irreprochable honestidad.-

Dícese de una mujer cuando es virgen cuando aún no ha tenido comercio carnal y conserva, por consiguiente, intacto su himén. Por este último requisito no es siempre necesario ni bastante para fijar el concepto de virginidad :

La joven que ha perdido dicha membrana a causa de un accidente o de una intervención quirúrgica, no por ello deja de ser virgen; y, al contrario deja de serlo la que practica si- quiera una vez el concúbito, aunque no resulte materialmen- te desflorada, por realizarlo contra natura o por tener un himen elástico, por ejemplo.

Para que funcione la circunstancia calificadora consistente en que la víctima sea mujer virgen, no se requiere que sea también irreprochable honesta. Basta que haya sabido man- tener su abstinencia sexual hasta el punto de no haberse copu- lado jamás, aunque su coquetería y conducta poco ajustada en materias eróticas le acarreen reprobación y censura so- ciales. El solo hecho de haberse abstenido, aún contra sus últimos deseos, de efectuar la cópula, la hace acreedora a la mayor protección de la Ley Penal.

La otra circunstancia agravante prevista por este numeral se integra por el hecho de que la víctima sea mujer de irre- prochable honestidad, desde el punto de vista sexual; vale decir, casta, pura, trátese o nó de una virgen. En circuns- tancia, el delito agravado puede cometerse en la persona

de una mujer casada, o viuda, o de la que perdió su virginidad en virtud de haber sufrido un delito anterior.

El primer requisito, para afirmar la honestidad de una mujer, es que no haya tenido voluntariamente uniones sexuales fuera de matrimonio. Pero esto no basta para que funcione la agravante. Es también necesario que su conducta sea inmaculada en cuanto al erotismo se refiere, pues no todo es el alcance del adjetivo irreprochable.

No es irreprochable honesta la mujer casada que mantiene relaciones amorosas con un hombre distinto a su marido, aunque no practique el acceso; tampoco lo son la viuda o soltera que sostiene correspondencia de la misma índole con varón ligado a otra por matrimonio válido, ni las jóvenes corrompidas en agraz que se entregan a la practica de actos eróticosexuales diversos del acceso carnal, ni las que asisten a lugares o diversiones de dudosa moralidad.

Pero, es indispensable, para tomar en cuenta la agravante que la víctima haya sido siempre irreprochablemente ho-

nesta ?. Creo, de acuerdo con el doctor Antonio Vicente Arenas, que tal exigencia es excesiva. Basta que para la época del delito la mujer hubiera tenido dicha calidad, aunque hubiese antes cometido una falta, que resultaría redimida por su conducta posterior impecable.

b-) Si se comete con el concurso de otra u otras personas.-

Es claro, a la luz de nuestra ley escrita, que basta la concurrencia de otra persona con el autor principal, para que se complete la agravante específica contemplada por el numeral 2o. del artículo 317.

Más, qué clase de participación es menester para ello ?

Se requiere o nó que el concurrente participe en los actos consumativos del delito ?. esto es, que también él realice el acceso carnal, o por el contrario, es suficiente que "de cualquier otro modo coopere a la ejecución del hecho o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores al mismo", como lo expresa el artículo 209. Estimo que no es imprescindible lo primero ni suficiente lo último por las razones que expondré enseguida.

Doctrinariamente el fundamento de la agravante reside en la

mayor facilidad con que puede cometerse el delito cuando concurre por lo menos dos personas a impedir o vencer la resistencia de la víctima, y a someterla a la cópula. Y esta circunstancia subsiste aunque solo uno de los agentes la efectúe, pero no cuando la participación del complice se limita a prestar auxilio que no entraña contribución directa a las actividades del autor principal encaminadas a procurar el sometimiento de la víctima (prestar el cuarto o el vehículo para encerrarla o conducirla). De ahí que parezca necesario que el concurrente "tome parte en la ejecución del hecho", según se indica en el artículo 19, inciso 1o.

Esta interpretación también tiene asidero en el tenor literal de la norma, pues cuando esta dice que "si el delito se comete con el concurso", claramente da a entender que la ayuda del cooperador debe ser prestada mientras el delito se esté ejecutando, y no antes ni después. Pero no es indispensable que el auxiliador preste "una ayuda material" durante la violación. La de quien monta guardia fuera de la habitación donde su compañero viola a la víctima, contribuye igualmente a facilitar el delito, por cuanto le comunica fuerza moral al culpable y le resta ímpetus al sujeto pasivo,

disminuyendo su confianza en la eficacia de la resistencia.

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 concúbito con la víctima el delito que se comete es el agravado por las circunstancias previstas 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 por el delito (artículo 19), es claro que se hace acreedor a la pena de la figura calificada.

- c-) 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 .-

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.

Però debe aclararse que si el responsable tiene la calidad de

"descendiente o ascendiente, aún ilegítimo", de "a fin 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 si se tomara en cuenta a la vez como agravante, se quebrantaría el principio non bis in idem.

CAPITULO SEPTIMO

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

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

De la violencia carnal se deriva comúnmente una serie de secuelas, constitutivas las más de las veces de lesiones personales leves, que tienen su causa en el empleo de la fuerza o en la práctica de la cópula; pero como ella son consecuencia 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, escoriaciones equimosis, ligeros trastornos del sistema nervioso, etc., deducidas del empleo de la violencia, y el desgarramiento de la membrana himéneal, maltratos en la región vulvar, etc., ocasionadas por el acceso, pero ocurre en ocasiones que dichas secuelas adquieren mayor entidad por el

entre las dimensiones del asta viril y las de la cavidad donde es introuducida 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 carnal agravada por el resultado, consistente en un grave daño en la salud del sujeto pasivo ó en su muerte.

El grave daño en la salud no es un concepto que se asimila exactamente al de lesiones personales graves o gravísimas, no definidas de modo expreso en nuestro Código sino una situación de hecho (enfermedad o incapacidad para el trabajo más o menos prolongadas, perturbación síquica o del órgano de la procreación, transitoria o permanente), que debe ser apreciada por el juez con el auxilio de peritos médicos.

Nótese que la norma establece como condición de la agravante que las referidas secuelas 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 precepto alude. De ahí que se hable de resultados preterintencionales, por

cuanto rebasan 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 ánimo de lesionar, ya no se estará en presencia de esta agravante, 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 artículos 33 y 36. El 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 hace notar Soler, "la ley supone el uso de 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 artículo 381, el cual se integra por el solo hecho de que la persona atacada de dicho mal "tuviera 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 artículo 318.

La circunstancia calificadora de que se habla es, desde luego, distinta de las contempladas en el artículo 317, que tienen otros fundamentos, y bien pudiera concurrir con ellas, 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 daño en la salud de la víctima. De tal suerte, siempre que se produzca uno de estos resultados se impondrá la escala penal del artículo 318, con prescindencia de las agravantes del artículo 317.

Puede ocurrir que los actos ejecutivos y consumativos de la violencia carnal, realizados por el agente con el solo propósito de satisfacer su deseo erótico, ocasionen a la víctima la muerte o grave daño en la salud, resultados estos que nada tienen que ver con la intención delictuosa del violador. Aunque el autor del delito obre únicamente en orden a cumplir la violación, es evidente que la muerte de la ofendida o los graves daños que se ocasionen en la salud, obliguen a la imposición de una penalidad más severa.

Los hechos consecuentes de la violencia, bien sea la muerte o los daños en la salud, no tienen en el campo penal una integración propia como para constituirse en infracciones diferentes, y, por lo tanto, son únicamente válidos para agravar el delito que el delin-

cuente se propuso. Para que así ocurra se entiende que esos daños o la muerte dependen de los actos mismo realizados para llevar a cabo la violencia carnal; porque si dependen de actos posteriores a la consumación del delito o el agente los ha ejecutado con una intención homicida o de lesionar, habría no una simple agravación, sino concurso de delitos.

El concepto de grave daño en la salud es un tanto difícil de precisar, porque son múltiples los trastornos, lesiones o enfermedades que pueden derivarse de un acceso violento, lo que depende de las condiciones de la víctima, desarrollo de sus órganos genitales, naturaleza de las violencias realizadas, estado de salud, etc. Por ello este motivo de agravación queda al prudente arbitrio de los juzgadores y de la demostración de las pericias médico-legales.-

CONCLUSIONES

Para mi concepto el Legislador Colombiano al legislar sobre este tema que he tratado, deja algunos vacíos que pueden acarrear duda y que solo la Jurisprudencia y la Doctrina pueden llenarlos, ellos son los siguientes :

1.- Al reprimir como Violencia Carnal el hecho de tener acceso "con un menor de catorce (14) años de edad" y castigar como estupro (delito menos grave) el mismo acto realizado "con personas que padezca de alienación mental o que se halle en estado de inconsciencia" (art.319). Porque el loco y el inconsciente se encuentran en la misma situación del menor de catorce (14) años de edad en cuanto a su incapacidad, de consentir la práctica de la cópula y de oponerse a ella.

Lo más prudente habría sido, pues, hacer de ambas figuras una sola, de estupro ficticio o de violencia carnal.

2.- Ahora bien, con relación al numeral 1o. del artículo 317 que trata sobre si el delito se comete en la persona de una mujer virgen o de irreprochable honestidad, en el primer

caso, hay que hacer distinción entre virginidad desde el punto de vista de la medicina general y la médico-legal, es decir, que virgen desde el punto de vista médico-general es cuando tiene intacta la membrana himenial, o sea, no ha habido desfloración, en cambio, desde el punto de vista médico-legal, es virgen también aquella mujer que ha perdido la membrana a causa de un accidente o de una intervención quirúrgica, sin tener contactos sexuales; pero en nuestro medio esa mujer que perdió la virginidad a consecuencia de un accidente o de una intervención quirúrgica, ya no es virgen, y sin embargo, es virgen aquella que practica el acto sexual contra natura o por tener un himen elástico.

En el segundo caso, la irreprochable honestidad desde el punto de vista sexual es lo mismo, casta, pura, tratándose o no de una virgen, pero en el ámbito social nuestro y en esta época es difícil encontrar una mujer con estas condiciones, es más, "no es irreprochablemente honesta la mujer casada que mantiene relaciones amorosas con un hombre distinto a su marido, aunque no practique el acce-

so; tampoco lo son la viuded o soltera que sostiene corres-
pondencia de la misma índole con varón ligado a otro ma-
trimonio válido, ni las jóvenes corrompidas en agraz que
se entregan a la practica de actos erótico-sexuales, di-
versos del acceso carnal, ni las que asisten a lugares o
diversiones de dudosa moralidad".

En nuestra sociedad es fácil encontrar a niñas con estas
características, sinembargo, si llegaren a ser víctima
de este delito, son capaces de hacer uso de este agravan-
te. Por eso, hay que tener muy en cuenta y estudiar a
fondo el caso por todos los medios probatorios para po-
der administrar justicia en forma justa y equitativa.

BIBLIOGRAFIA

- FRANCISCO CARRARA: Programa de Dere-
cho Criminal
- ANTONIO ARCILA GONZALEZ: Delitos en la Legis-
lación Penal Colom-
biana
- EUGENIO CUELLO CALON: Derecho Penal
- ANTONIO VICENTE ARENAS: Compendio de Dere-
cho Penal Colombi-
ano
- HUMBERTO BARRERA
DOMINGUEZ Delitos Sexuales
- CARLOS FONTAN BALESTRA: Delitos Sexuales
- PEDRO PACHECO OSORIO : Apuntes de Derecho
Penal
- LUIS JIMENEZ DE ASUA : Derecho Penal
- JESUS BERNAL PINZON : Tratado de Derecho
Penal
- GUSTAVO RENDON GAVIRIA: Derecho Penal Colom-
biano

INDICE

CAPITULO PRIMERO

	<u>Páginas</u>
Sexo	1
Pubertad	2
Diferencia del Sexo	5
Atracción entre los sexos	5

CAPITULO SEGUNDO

Elemento Objetivo	9
Elemento Normativo	14
Elemento Subjetivo	16

CAPITULO TERCERO

Bien Jurídico Tutelado	20
Libertad Sicológica de Obrar	24
Libertad - Honor y Seguridad Sexuales	27

CAPITULO CUARTO

Violencia Carnal	43
El sujeto del Delito	44

	<u>Páginas</u>
Condiciones Típicas del Delito de Violación	46
Violencia Física y Moral	49
Legitimidad del Acceso Carnal	57
La Edad del Sujeto Pasivo	69
El Estado de Inconsciencia	75
Anomalías Siquicas	79

CAPITULO QUINTO

Consumación, Tentativa y Concurso de Delitos	81
--	----

CAPITULO SEXTO

Circunstancias Agravantes	85
---------------------------	----

CAPITULO SEPTIMO

Violencia Carnal seguida de Muerte o Grave daño en la Salud de la Víctima	93
Conclusiones	98