

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

REPUBLICA DE COLOMBIA

RECTOR :

Dr. MANUEL R. NAVARRO P.

SECRETARIO GRAL. :

Dr. ALVARO BARRIOS ANGULO.

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

DECANO :

Dr. PEDRO PACHECO OSORIO.

SECRETARIO ACAD. :

Dr. JULIO VARELA ESCUDERO.

PRESIDENTES HONORARIOS :

Dr. OLEGARIO BARBOZA A.
" ANIBAL PEREZ CHAIN.

PRESIDENTE DE TESIS :

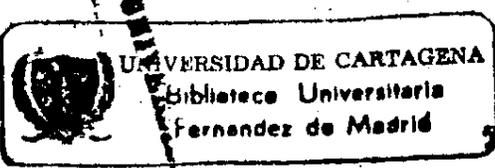
Dr. VICTOR LEON MENDOZA.

EXAMINADORES :

Dr. GUILLERMO GOMEZ LEON
" ALFREDO BETIN VARGAS.

CARTAGENA - ABRIL - 1 9 7 2 .

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
Biblioteca Universitaria
Fernandez de Madrid

TESIS PARA OPTAR AL TITULO DE

"DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS"

TITULADA :

"DE LA VIOLENCIA CARNAL"

Presentada por:

SCIB
00018253

ARQUELO GOMEZ GARCIA DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

- 1 9 7 2 -

23930

FACULTAD DE DERECHO

REGLAMENTO "ART. 83"

"LA FACULTAD NO APROBIA NI DESAPROBIA
LAS OPINIONES EMITIDAS EN ESTA TESIS,
TALES OPINIONES DEBEN CONSIDERARSE PRO
PIAS DE SU AUTOR."

SECRETARIA

4

D E D I C A T O R I A

A MIS TIAS :

JUANA, ANDREA y PILAR GAVIRIA P.,
quienes con su amor, virtudes y esfuerzos cons-
tituyeron a la feliz culminación de mi carrera.

A MI PADRE:

JUAN GAVIRIA PEREZ, quien a costa
de sacrificios y desvelos, hizo posible la rea-
lización de este ideal.

A MI ESPOSA:

JOSEFINA TORRES DE GAVIRIA, compañe-
ra inseparable en penas y alegrías.

A MIS HIJAS:

CLAUDIA y ALEXANDRA GAVIRIA TORRES,
como un estímulo para su futuro.

A MIS HERMANOS:

Con el cariño fraternal que ha
sido en todo momento la guía de nuestras rela-
ciones.

INTRODUCCION

Numerosas son las razones que me han inclinado a realizar el presente tema "DE LA VIOLENCIA CARNAL", con el fin de presentarlo para optar al título de DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS.

Se debe el título de este estudio, en primer lugar a la afición que por la rama del derecho penal siento, y en el que siempre he querido brindar mi humilde cooperación.

Este trabajo no pretende ser un tratado completo con respecto a este delito. He buscado un ensayo interpretativo sobre las reglas propias de la violencia carnal y de los problemas que puede ocasionar.

DATOS HISTÓRICOS

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

3- El hombre primitivo gobernado en sus relaciones eróticas solo por el instinto sexual, o sea por los impulsos de la proximación favorables 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.

5- El Código de Manú preceptuaba el ayuntamiento sexual de la mujer que no había tenido hijos con su esposo dentro del propósito único de procurar las fecundaciones y con este mismo fin, el mismo ordenaba a los varones ceder sus mujeres-

res a otros más robustos y viriles.

4^o GRECIA y ROMA tuvieron épocas del más crudo libertinaje en materia sexual, habiéndose llegado hasta erigir divinidades protectoras de toda clase de desenfrenos lúdicos. Pero la Roma Antigua, muy celosa del libertinaje individual, siempre reprimió penalmente las formas coactivas del trato sexual, denominándolas "Violencia Pública".

6 El Fuero Juzgo (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 un siervo.

7 En las 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, vírgen o religiosa. En los demás casos, la pena quedaba al criterio del Juez.

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 deshogo 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.

72 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 sexuales necesarios a la convivencia social. Sin embargo, aún existen legislaciones influenciadas por esa confusión de las normas religiosas con las normas del derecho y que imponen como delito desahogos lúbricos que no inciden en los intereses de la libertad, al honor o la seguridad sexuales de las personas. 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 interesa resguardar, el legislador no puede reprimirlas con el señalamiento de una pena. Por consiguiente, no puede constituir delito de la esfera de las 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 objeto mantener el mínimo ético indispensable para las buenas convivencia sociales, y frente a él carecen de relevancia las acciones impúdicas o deshonestas, mientras no se comprometa ni ataque, ni lesione determinadas 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.

CAPITULO PRIMERO

- 1o) SEXO ;
- 2o) PUBERTAD ;
- 3o) DIFERENCIA DE SEXO; y
- 4o) ATRACCION ENTRE LOS SEXOS.

1o) S E X O .___ Condición orgánica que distingue al macho de las hembras. El término se usa muy latoamente para aludir a casi una infinita variedad y combinación de características y fenómenos estructurales, fisiológicos y aún psicológicos relacionados con una forma especial de reproducción. La 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 a 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 coloca en una situación de debilidad, inferioridad , fáciles al 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 re-

lativa perfección funcional, al propio tiempo que se presenta una actividad mera, 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 conación orgánica, una revolución 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 neuropsíquico, además, de otras manifestaciones de la vida de relación que tiene una significación basta 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 psíquicas, 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 fase. _ 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, en el hombre corresponde 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 espermiática se establece y van apareciendo los caracteres sexuales secundarios, como es la aparición de los pelos de pubis, de las axilas, en los tetillas, el bigote y la barba, lo mismo que viene el cambio de voz , que se hace ronca y autoritaria. La actividad de los órganos de la generación en el hombre se manifiesta por la secreción espermiática, acompañada de frecuentes erecciones.

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 (ovulación), y al mismo tiempo aparecen los caracteres sexuales secundarios, como son el desarrollo completo del útero, de los ovarios, de los órganos genitales externos y de las glándulas mamarias o senos, aparecen 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

13

tividad de grasa en el tejido celular subcutáneo, la que va llenando de morbideces, su cuerpo imprime contornos de suprema elegancia a sus lineamientos.

Entre las modificaciones que produce el instinto sexual por la excitación que determinan los órganos genitales sobre la corteza del cerebro, está en primer término el despertar de los atractivos de la sexualidad que se acompaña de un grado más o menos intenso de hipertesia síquica y con este apetite surge en el ser de un modo insidioso y vago 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.

3e) DIFERENCIA DEL SEXO. ___ La diferencia de los sexos se presentan en todos los órganos de la naturaleza. Lo masculino de lo femenino se distingue en primer lugar, por las características sexuales primarias, y en segundo término, por las características sexuales secundarias. Las glándulas sexuales (testicular 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.

4e) ATRACCION ENTRE LOS SEXOS. ___ Per qué el hombre busca a la

mujer y ésta 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 desarmonías sexuales ante el intento elemental de su educación. Mas no podemos olvidar que los mismos hombres han contribuido a crear otras desarmonías artificiales que enturbian la vida de los seres, como la invención de tantos convencionalismos leyes y preceptos que unas veces se oponen abiertamente al instinto y otras solo sirven para cubrir bajo la capa de la legalidad, delito de toda naturaleza. Mas 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 organismos, lo que depende directamente de condiciones biológicas de lenta y difícil modificación.

Aris Tófano, en "EL BANQUETE DE PLATON" discurre 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, Júpiter, para castigar su audacia los dividió por la mitad y desde entonces cada mitad busca su contrario. y este es el amor. Cuando Schopenhauer, 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 porobra 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 PREUD, 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 lenguaje popular falta un término que corresponda 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 experiencia de placer, aunque esta experiencia arguya la concupiscencia y el deseo. __Y al producir la diferenciación, de los sexos, esa atracción que tiende a la complejidad 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.

16

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 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.

CAPITULO SEGUNDO

- 1o) ELEMENTO OBJETIVO;
- 2o) " " NORMATIVO;
- 3o) " " SUBJETIVO.

1.- ELEMENTO OBJETIVO. ___ Este elemento lo constituye la expresión física de la conducta humana definida como delictuosa. Es la noción física de que habla Ferri. Es la parte externa del actuar humano prevista como infracción penal.

Si el iter - críminis o elemento típico objetivo del 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 punibles 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 inforrales, 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 PRIAS CABALLERO, en su Obra "El Proceso Ejecutivo del Delito", lo que pasamos a transcribir : "La división de los delitos atendiendo el momento 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 quiere 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 podra' aparecer un poco verbal como lo 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 quiere llamar materiales a los delitos que requieren, para su consumación un resultado de cierto carácter por oposición.

19

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" llámaseles en buena hora, pero no sería que estos últimos llamados formales, no admiten tentativa, sin que exista ninguna razón valadera 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 perjuicios reales son un estado ulterior. Es por todas estas razones por lo que no es una simple sutileza llamar plurisubsistente a los delitos que siendo o no formales admiten fraccionamiento y por ende tentativa, y unisubsistentes a los que no la admiten, 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 sub

sistente apoyada en la realidad de la vida" la diferencia cualitativa que hay entre la injuria oral y la escrita ". Es por eso por la tal terminología ha sido aceptada por muchísimos tratadistas. De acuerdo con ella, la tentativa no es posible en los delitos que se perfeccionan uní-aste, en tanto que es ella posible en los llamados plurisubsistentes, es decir, en los de ejecución compuesta, sean o no formales, pues su ejecución es fraccionable temporal y especialmente, rasamente aplicable a los delitos de peligro que ciertamente no se supene a los de los delitos formales.

Las figuras penales, pues, en su mayor parte señala proceso externo que puedan ser determinados especial o temporalmente, de naturaleza objetiva. Sea ellos una descripción de conducta que se concreta en movimientos e incursias 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 ceudente importancia de encerrar la verdadera esencia o núcleo de del tipo.

Agrega sin embargo, 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 ver

21

verdadera esencia del tipo.

Jiménez de Asua, reconoce y proclama que el verbo puede no ser por sí mismo, expresivo de una conducta indiciaria 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 sí mismo indicios o concretización del injusto, para que este indicio o concretización se produzca, hay que añadir una referencia al sujeto pasivo (persona mayor de 14 años, por caso según la legislación colombiana) e al medio (Violencia física moral) que asume así papel decisivo.

2.- ELEMENTO NORMATIVO. ___ Lo constituyen todos esos presupuestos del injusto penal, que solamente pueden ser determinados mediante una especial valoración jurídica o cultural que realiza el juzgador.

Estos supuestos aluden unas veces, a la cosa sobre que recae la acción delictiva o a determinadas condiciones del sujeto pasivo del delito o de la persona sobre quien recae la actividad delictuosa.

Acasos 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 Mezger, quien entiende un concepto de elemento típico normativo a todos aquellos presupuestos de la definición

penal, distintas de los elementos típicos objetivos y subjetivos que exigen una valoración jurídica o cultural de parte del intérprete.

ELEMENTO SUBJETIVO. Está representado por todas esas condiciones de orden síquico, como el a sabiendas, la simpatía y otros semejantes y por esa especial intención o dolo específico que en algunas definiciones posibles se 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 situaciones 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 actuaciones afectivas), puede

intentarse una clasificación de estos estados síquicos a saber :

1o) 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.

2o) ESTADOS SÍQUICOS INTENCIONALES DE LAS GENTES.

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 proponer se una satisfacción sexual o el matrimonio con la mujer raptada. Si en cambio busca un provecho económico exigiendo una su-

-ma de dinero por el rescate de la mujer así privada de su libertad, el delito es de extorsión de acuerdo con el Art. 406, del C.P., si obtiene el provecho. Si este propósito de utilidad económica no tiene cumplimiento, entonces la violación punible es la que define el artículo 293, del mismo Código, bajo el título de secuestro agravado 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 agravado, ni obtuvo la utilidad económica 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 graduar la mayor o menor peligrosidad de la gente desde el punto de vista legal, según los móviles de su conducta.

3e) 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 o el estado inconsciencia en el delito de estupro.

La existencia en un 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.

26

CAPITULO TERCERO

- 1o.) Bien Jurídico tutelado;
- 2o.) Libertad psicológica de obrar;
- 3o.) Libertad - Honor y Seguridad Sexuales;
- 4o.) Concepto de honor y honra. Equívocada terminología en nuestro Código. El Honor y su variabilidad.

1o.- Bien Jurídico 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 tengan o de abstenerse de cualquier trato sexual.

Si bien algunas legislaciones denominan a los delitos de la esfera de las relaciones sexuales atentados contra la honra, es lógico que no solamente resguarda con las conductas que recriminan el honor sexual de las personas a su pudor sexual, sino también ese interés de libertad sexual primordialmente tutelado en el delito de violación. En efecto el pudor dice José Ingenieros, ha sido en su origen un deber impuesto por el amo a 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 un 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 están 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, así 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 sabe 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. Mas cuando específicamente esa lesión a la autonomía de las personas se concreta en determinados hechos particularmente reprobados, 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 como 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 cómo el Art. 321 incrimina el acto sexual contra o sin la voluntad del sujeto pasivo, cuando este es un meretriz o mujer pública.

2o.) LIBERTAD PSICOLOGICA 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

29

sus actos, puede, previo siempre el dictamen de entendimiento, obrar o no obrar por ejemplo: pasar o no pasar - 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 auyo 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.

A 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 de este de tal manera que aquel que mediante violencia o sea la "necesidad extrínseca" le obligue a ejecutar el acto no 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 difem-

tes enfermedades físicas que adolecen de diferentes enfermedades físicas 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, mas 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, apesar del acto material, no hubo inteligencia y libertad en el obrar.

De esto se deduce, pues, por que en los delitos contra la libertad sexual, nuestro Código contempla como tales, los actos sexuales ejecutados en personas que se hallen en un estado de inconciencia e a quienes por cualquier medio se hayan puesto en este estado, con el suministro de drogas, alcoholes, enarcóticos.

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, aun con su voluntad. En este caso la Ley tutela un bien jurídico de cuyo valor el menor no ha adquirido una plena conciencia.

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

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

20.) 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 púberes. Asimismo los actos violentos o abusivos que afecten la vida sexual de otros, son objeto de imputaciones. El honor sexual de las personas jóvenes, aun cuando entrada a la pubertad, es materia de la tutela penal, hasta en los casos en que la víctima ha prestado su consen-

timiente, 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 cumplir relaciones sexuales.

Bajo 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 fe, mediante engaño o seducción verdadera, o trate 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 este de poder el trate erótico que no desca. Atropellar una meretriz es ha lesionado un bien jurídico que ella posee aun 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 lesionada es la li-

bertad individual, en cuanto cada cual tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual, y tal como le afirma exactamente Salvagne Campos, prescindir de ella si así le 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 inciencia o de enajenación mental; o cuando el sujeto pasivo puese su consentimiento en razón del engaño o de la seducción 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 llega 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 enteros años de edad, consiente el trato sexual con un varón, quien realice con ella el acceso carnal, el delito cometido

es el de violación, aunque 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 no hay violación presunta.

Corresponde mejor, a la realidad decir que las personas menores de determinada edad son generalmente impúberes 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 genésico. 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 le ofenden selecciona así mismo, la honestidad sexual.

De esto se refiere que los bienes jurídicos de-

35

nombrados "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 las 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 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 subje-

36

tivo y el segundo es el que se conoce como honor objetivo, equivalente a honra.

En otros términos, el honor subjetivo es de naturaleza personal, y la honra 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 estos.

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 normas 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 proponiéndosela. 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, esta es, la estima-

ción 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 de que la Ley se refiere tanto al sentimiento personal, íntimo o, lo que es igual, al recato..... como a la honra, este es a la buena reputación; tanto al 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 Ungría, de Chile, de Portugal y de Colombia, sancionan el acceso carnal cumplido en personas menores de catorce (14) años de edad, aun cuando hayan prestado su consentimiento.

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

38

Es lógico que para las personas de corta edad es indispensable la tutela penal respecto de cualquier acto de lubricidad que se haga realizar aun cuando hayan prestado su consentimiento, no porque se consideren de su falta de madurez sexual llegue a que a esa aceptación se tenga por no válida, una porque el trato erótico con los impúberes repercute psicofisiológicamente en el desarrollo moral de la función sexual externa: Nemo de velur máxima reverentia.

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 inválido un consentimiento con base en una supuesta falta de conciencia de algunos 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 que 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 Binet, relaciona la enfermedad más curiosa de la vida amorosa "la atracción parcial", con la fijación en torno a una primera impresión.

Antonio Seo, anota la importancia de las primeras experiencias sexuales, y dice que los fracasos, errores y desviaciones de la infancia y la adolescencia dejan su sello en 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 todas o a determinadas personas un deber absoluto de abstinencia 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 años, (no maduros sexualmente), y aún la iniciación y la mera enseñanza de cualquier acto erótico, hasta el normal, lesionan la seguridad sexual de la víctima, precisamente por su falta de capacidad psicofisiológica para ser sujeto preceptivo de estas iniciaciones o enseñanzas las representa desfavorablemente en el normal desarrollo de la función sexual externa.

4o.) CONCEPTO DE HONOR Y HONRA. EQUIVOCADA TERMINOLOGÍA EN NUESTRO CÓDIGO. EL HONOR Y SU VARIABILIDAD.

El honor, que en sentido lato, 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 subjetivo, el honor se identifica con el sentimiento que cada uno tiene de su propia dignidad moral indicando de este modo las suma de valores morales que en un individuo se atribuye así mismo, esto es precisamente, lo que por lo común

se designa 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 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

42

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. Este es, en vigor, la desconceptuación en el ánimo de nuestros semejantes, actos ilícitos e 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 defendible 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 diversidad de condiciones de existencia física y moral.

243

- 38 -

- 37 -

El Dr. GUTIERREZ GOMEZ, 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.

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

En honor sufre, cuando se mantiene relaciones sexuales que la sociedad reputa como ilícitas.

En el hombre en cambio, el honor suele cimentarse en otros criterios diversos de lo sexual y

may 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 ni siquiera ejercen 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, y en realidad pasan como hombres de honor, como personas estimables, que muchas ocasiones ocupan preeminentes posiciones en la misma sociedad.

CAPITULO CUARTO

- 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 Anomalia Siquica.

"DE 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 años (14) de edad, o con una persona a la cual haya puesto por cualquier medio en estado de inconciencia.

Definición : Doctrinariamente la violencia carnal también violación, existe en el acceso carnal cumplido en una persona y contra su consentimiento o sin su consentimiento.

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 cumplido en una persona que por imposibilidad física o síquica no puede oponerse: "Estados de inconciencia, de enajenación mental, etc.

El Legislador colombiano en el 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 actera 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 "Impudicias" 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 sexual con otra mujer, pues tal contacto no importa al verdadero acceso carnal constitutivo de la materialidad del delito. El hecho tendría en último como los caracteres de abusos 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 mujer puede llevar al acceso carnal, ha-

ciendo 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 abertura 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 definición punible que trae el Art. 316, del C.P., ofrece cuatro hipótesis a saber:

- 1o.- Acceso carnal mediante violencia física;
- 2o.- Acceso carnal verificado en persona a la cual el agente haya puesto por cualquier

medio en estado de inconciencia;

4o.- Acceso Carnal consentido con persona menor de catorce (14) años de edad.

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

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

Viconzo 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. Mas 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 esfínteres del sujeto pasivo.

Ahora bien, con toda razón expresa Maggiore que "no puede constituir violencia carnal la defloración efectuada por los dedos. Configura un delito de injuria, 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 cualquiera otro motivo, no excluye la consumación del delito. No se puede en tales supuestos, hablar de delito imperfecto y mucho menos de la circunstancia eximente señalada en el Art. 15, de la Legislación Penal Colombiana (desistimiento vo

luntario- de la consumación de un delito).

40.) 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 muy bien el Dr. Pacheco O., 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 Groizard, 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 trate 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.

Carrara 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 quería, 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 de si en verdad esa mujer que se oponía de palabra, quería o no el acto obsceno, por lo que muy difícilmente 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, sin realizar un acto gratisimo para aquella. Y luego agrega que "para que exista violencia carnal, la resistencia de la mujer debe ser seria y constante. Seria, 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 curso en el mutuo goce.

Al hablar de la seriedad de la resistencia por parte de la víctima, cuando esta es una mujer, dice Manzini: "La violencia que no constriñe, pero induce o conquista, o que da el vistazo al pudor égrinado por las seducciones de la pasión libidinosa, de antemano despertada y embriagante, que satisface el amor propio y calma 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 no coercitiva, esta vis grata puellis, 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 Colón, anota que "la dificultad de probar la violencia así como la resistencia de la mujer determinó a los antiguos jurisperitos 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 exigian:

- 1o.- Una resistencia constante y siempre igual en la pretendida violada;
- 2o.- evidente desigualdad entre la fuerza del agresor y la del agredido;
- 3o.- Que este hubiere gritado o pedido auxilio; y
- 4o.- La existencia de huellas y señales sobre la mujer, que atestiguen 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, paraliquen a la mujer impidiéndole resistir y pedir auxilio; 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 amena-

zas capaces de producir en ella una intimidación que alcanza a vencer su voluntad. Mas esa violencia debe ser seria, pues como dice el Dr. Pacheco Osorio: "La intimidación moral debe ser de las que caiga sobre personas comunes, pues un miedo ridículo, la fuerza intentada por un niño de pocos años no justificaria de seguro la violación/ 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 inexperta puede ser móvil suficiente que le induzca realizar un acto contra su propia voluntad.

El doctor 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 podrá decir que hubo violencia carnal en la amenaza de un niño de corta edad.

Igualmente se requiere en la amenaza, que se trate de un mal 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 verdadera 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 artificios. 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 aun la de aquellos cuya fe 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 pueda 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 inminente o al menos próximo. Si ella se refiere a un mal re-

moto, 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 dirigida 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.

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 mismos de matrimonio, es posible admitir el delito de violación entre cónyuge.

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

Carrara dice: "Que es indudable que aunque pueda reprochárseles brutalidad, el marido nunca podrá ser declarado culpable en razón de cualquier acto que exteriorice la consumación de la copula 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 esta, de manera il-

61

cita, un debido desahogo y haga uso de 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 cónyuges 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.

Aun 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 comete delito de violación, los tra-

tadistas 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 insolita situación de que el marido que cumpliera las relaciones sexuales de todo matrimonio, si su esposa es menor de catorce (14) años de edad, cometería el delito de violación, aun 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 cónyuges, es indispensable que la pretensión sexual del marido sea contraria a derecho anti-jurídico. De consiguiente, en las relaciones sexuales conforme a natura y cuando la cónyuge no tiene razón legítima para oponerse, no cabe admitir la violación, aunque el ayuntamiento se lleve a cabo mediante violencia.

Otra cosa es que de las violencias resul-

tan para la esposa un grave daño en su salud, o la muerte misma, pues entonces responde el cónyuge por los delitos de lesiones personales u homicidio.

Las razones de estos tratadistas son las siguientes : el primeramente nombrado dice que "Los que no admitan 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 de matrimonio, y a sus finalidades responde. Pero la licitud de la conjunción carnal entre cónyuges, que está fuera de toda controversia, no es argumento bastante para fundar la tesis enunciada. Los que sus defensores han debido demostrar, necesariamente, es 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 inajenable que solo conocía el Arcaico ritual de algunos pueblos bárbaros: la persona en su increíble intimidad. Y si las normas civiles inspiradas en ideas de sojuzgamiento, conservaría la inicial potestad marital, jamás podría aceptar se que esa potestad se ejerza violentamente, hasta el punto de menoscabar la integridad de quien se ve obligado a soportarlo.

De igual modo sucede con el quebrantamiento de la libertad 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 solo indigna, sino perjudicial para la descendencia 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 sexo. Consagrar la facultad del marido para vulnerar cualquiera de los derechos de su esposo, es adaptar la posesión anti-científica y por lo mismo perjudicial para los asociados.

González de la Vega, observa que no obstante

que reconocemos el palmario derecho al fonnicio matrimonial, estimados que su exigencia por medios violentos no puede quedar amparado por la excluyente.

Cierfo 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 valbrización jurídica de las acciones efectuadas por el sujeto al exigir e imponer el cumplimiento de sus derechos y recordar los casos de abusos del derecho, estudiados por la Doctrina Moderna.

La cópula en sí misma considerada, cuando responde a los objetivos del matrimonio, es lícito, pero la cópula impuesta violentamente no, ya que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, y ejercer violencia para reclamar sus derechos.

Las razones de los tres autores que acabamos de citar permitirían definir un delito en que se

el abuso del derecho en que puede 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 cónyuge no tiene motivo legal alguno para rechazarla, así se lleva a cabo mediante violencia, no resultan anti-jurídica desde el punto de vista del patrimonio sexual del esposo y, por lo tanto, no pueden originar un débito sexual. Si las violencias ejercidas por el marido sobre su esposa, constitutivas indudablemente de un abuso del derecho, son políticamente inculminables, 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 antijurídico 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 el ayuntamiento que prescribe el matrimonio "lo 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 en que no puede legítimamente negarse al trato sexual que le pide su cónyuge, y lo que conduce a negar legítimo, no pueden resultar también ilegítimo y mucho menos delictuoso. Si las relaciones sexuales entre cónyuges, en las condiciones anotadas dieron 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, obser-

va que para la legitima defensa no cabe contra el que ejercite un derecho, por eso la mujer no puede actuar en defensa legitima negando al marido el derecho al coito, puesto que este tiene derechos personales sobre la mujer, concedidos por matrimonio; pero si puede defenderse violentamente de actos contra natura o de indole sicopaticas que le quieran ser impuestos por el marido, y tambien cuando este se halla enfermo o embriagado para evitar el contagio, en el primer caso, y la fecundacion ineffecta para la prole en el segundo.

Es indiscutible que la mujer goza de los mismos derechos que el varon. 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 seria el caso de la esposa que sin causa justificable alguna rechaza el trato sexual que su marido le solicita conforme a los fines propios del matrimonio.

EDAD DEL SUJETO PASIVO.___El que tenga acceso car-

nal con una mujer de 14 años de edad, comete violencia carnal, según el Art. que se viene comentando. No se trata ya aquí de la violencia física efectiva de la violencia moral. Es que en este caso entra en juego la doctrina de la voluntad, que se encuentra viciado por ausencia de discernimiento. Nace así, la noción de lo que los autores denominan violencia opus - legis, esto es presupuesto por la Ley, ya que aquí no cabe hablar de una violencia verdadera, física o moral, sino de ausencia de voluntad, no porque esta no puede exteriorizarse, sino por inmadurez.

Así se explica que Fontán Balestra anota que en este caso no se trata en realidad de violencia, sino de ausencia de voluntad, ya que está bien, puede no exteriorizarse o por imposibilidad, o por inmadurez, ya que la fuerza no se ejerce, por no encontrar el actor insistencia 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 a hacer y 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.

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

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

Con frecuencia la víctima, el estado de embriaguez en que se encontraba.

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

CONSUMACION Y TENTATIVA.—El delito de violencia carnal se consuma mediante la introducción del asta ciril en el cuerpo del sujeto pasivo. Es completamente indiferente para este efecto, que el acto haya tenido o no perfección fisiológico. 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 importante distine-

ción 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 conato es posible en el delito de violencia carnal, y vamos a demostrarlo.

Los artículos 16 y 17 de nuestro Código Penal, establecen como regla general, que en los delitos puede haber diversidad de grados en su fuerza física, o lo que es lo mismo, admite la tentativa y la frustración como norma de carácter general. Es preciso, por consiguiente, en cada caso, estudiar si un determinado delito es susceptible o no de conato.

ANOMALIAS SIQUICAS.___Anomalías - Irregularidad, estado contrario al orden natural.

ALIENACION.___Es término genérico que comprende todos los trastornos intelectuales tanto los temporales o accidentales, como los permanentes.

TRASTORNOS.___Perturbación del sentido o la cabeza.

PERTURBAR.___Trastornar el orden y concierto de las cosas.

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

CAPITULO QUINTO

- 1o) Circunstancias agravantes;
- 2o) De la sanción; y
- 3o) Exclusión de la pena y culpabilidad.

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES. La necesidad de que que en cada caso se individualice la sanción penal según o mayor o menor peligrosidad del delincuente, ha hecho que los legisladores modernos a más 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 y la mayor o menor peligrosidad revelada.

También se ocupan los Códigos actuales, de indicar, además de las circunstancias genéricas de mayor o menor peligrosidad, eventos de agravación o de atenuación específico de cada delito y de impunidad (excusa absolutoria).

El Dr. 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 de la gente, ya de las circunstancias materiales 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 este sería un imposible, ya por el Juez no posee un lente de precisión moral con el que pudiera sorprender y a precisar las condiciones síquicas en que la gente ha obrado y justipreciar las anomalías del proceso mental, ya porque esa tendencia llegaría a la supresión de los Códigos Reales, que son leyes de carácter general o impersonalista, por lo mismo y a proclamar la arbitrariedad de las penas y entonces porhuir de un escollo caeríamos en otro no menos temible - la ley se limita a señalar en las penas aplicables dos límites extraños : un máximo y mínimo dentro de los cuales el Juez señala la sanción en cada caso particular, há-

bida consideración de las circunstancias concurrentes. Pero además de las circunstancias que pueden concurrir en todo delito, también el Legislador clasifica impersonalmente la sanción con respecto a determinadas infracciones punibles, mediante el señalamiento de eventos específicos de agravación y atenuación, y aun de exclusión de la pena.

Estas circunstancias pueden ser reales o personales si respectivamente aluden al objeto material del delito o dependen de la persona del delincuente. Ahora bien, en cuanto al delito de violación el Código Penal (Art. 317 - 318) señala las siguientes circunstancias que agravan la pena así:

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

La Legislación penal colombiana estima como virginidad, la ausencia de ayuntamiento sexual anterior, mas no la presencia intacta del himen. No es pues, la defloración lo que agrave la pena en el delito de violencia carnal, sino el ayunta-

miento cumplido con una mujer que antes no ha sido sometida al coito.

La presencia del himen intacto es un hecho indicador de que la mujer no ha practicado el coito. Sin embargo, bien puede tratarse de una prostituta que acepta relaciones eróticas diversas del acceso carnal o la intromisión viril por vía contranatura y que se cuida de mantener incólume la membrana himeniana. En esta hipótesis, más podría aceptarse la existencia del agravante de la virginidad sin caer en la himenoclotría.

Antes bien, se hace pertinente la circunstancia atenuante de la pena prevista en el Art. 321 del C.P., "Violencia Carnal o Estupro, cometido en la persona de una prostituta o mujer pública.

Igualmente, la presencia del himen como medio de certeza para deducir la ausencia de coito anterior falla en algunas ocasiones. Bien puede suceder, en efecto, que la mujer haya practicado el acceso carnal normal sin que dicha membrana sufra

desgarro alguno, como cuando se trata de un himen dilatado o de uno muy resistente.

También por causas congénitas, puede no existir la membrana himeneal. Su ausencia pues, no revela que no se trata de una mujer virgen, ya que puede ocurrir que no haya practicado el ayuntamiento sexual.

Antonio Vicente Arenas, dice que nuestra ley penal no exige, para que exista la circunstancia agravante, el hecho de la defloración, sino que el delito "se cometa en la persona de una mujer virgen", con lo cual se salvan las dificultades que en otras legislaciones se presentan. Donde se habla de defloración, los juristas han tenido necesidad de tomar la palabra como equivalente de cópula con mujer virgen, aunque por circunstancias excepcionales no haya habido ruptura del himen. Con esa interpretación se salva el escollo jurídico, pero técnicamente no puede decirse que ha habido defloración sino cuando ha habido desgarramiento del himen. Si

el desgarramiento no se produce (membrana dilatada o muy resistente) pero se demuestra por otro medio que si hubo acceso carnal (vestigio de espermias en los genitales femeninos, embarazo), el delito debe considerarse cometido en la persona de una mujer virgen, aunque esta en realidad no aparezca desflorada.

Nuestra Ley penal protege la virginidad sin rendir culto idolátrico al himen, y por eso no habla de desfloración.

b) Si se comete con el concurso de otras personas. Si este delito se comete con la participación de otra u otras personas, es natural que la sanción sea más grave, la concurrencia de la acción punible disminuye para la víctima, la posibilidad de defensa. No se requiere que todos los co-participes realicen el acceso carnal con el sujeto pasivo, basta que con conocimiento de fin delictivo se presenta una ayuda al autor, la que puede ser necesaria o accesoria.

e) 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.

d) Si los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaren la muerte o grave daño en su salud, la pena será de tres a doce años de presidio.

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

✓ FRANCISCO CARRARA.....Programa de Derecho Criminal.

✓ CARLOS FONTAN BALASTRA..DELITOS SEXUALES.

✓ EUGENIO CUELLO COLON.....DERECHO PENAL.

✓ HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ.....DELITOS SEXUALES.

✓ ANTONIO ARCILA GONZALEZ.....DELITOS SEXUALES EN LA
 LEGISLACION PENAL COLOMBIANA.

✓ LUIS JIMENEZ DE ASUA.....DERECHO PENAL.

✓ ANTONIO VICENTE ARENA.....COMPENDIO DE DERECHO PENAL COL.

APUNTES.....Dr. PEDRO PACHECO OSORIO.

I N D I C E :

CAPITULO I -Pag.# 5.

" II - " "12.

" III - " "21.

" IV - " "42.

" V - " "72.
