

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO

LA VIOLACION CARNAL
(Tesis de Grado)



||
GUALBERTO HECTOR PAZMIÑO

PASTO : 1981

A : MI MADRE (q.e.p.d.) con vene-
ración y devoción.-

A MI ESPOSA Y A MIS HIJOS
con amor.-

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE INGENIERIA
PROCESOS TECNICOS

LA VIOLACION CARNAL

(Tesis de Grado)

La Facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en la tesis, las cuales deben considerarse como propias de su autor (Acuerdo No. 108 de 1965, Artículo 70. Reglamento interno de la Facultad).


UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION

No.	17461	Ej.	1
Valor \$	2000 -	Vol.	
Fecha	11-1-81	Das.	X
Fec.	Ant. Mar.	Colec.	
Libro	Ant. v	Comp.	

17.11.
364.15
D.348
E/01

LA VIOLACION CARNAL

PROLOGO

"DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL PUDOR SEXUALES"

	PAG.
a.- LIBERTAD SEXUAL.....	2
b.- PUDOR SEXUAL.....	2
c.- DIFERENTES CLASIFICACIONES DE ESTOS DELITOS..	3

DE LA VIOLACION CARNAL

CAPITULO I

BREVE RESEÑA HISTORICA DE LA VIOLACION CARNAL ...	7
---	---

CAPITULO II

1o. DEFINICIONES DE LA VIOLACION CARNAL.....	9
2o. CARACTERISTICAS DE LA VIOLACION CARNAL.....	11
3o. ESPECIES DE VIOLACION CARNAL.....	11

CAPITULO III

1o. EL BIEN JURIDICO TUTELADO.....	13
2o. EL SUJETO ACTIVO.....	14
3o. EL SUJETO PASIVO.....	16

CAPITULO IV

1o. EL ACCESO CARNAL.....	18
2o. EL CONSENTIMIENTO.....	19

CAPITULO V

1o. LA VIOLENCIA FISICA.....	21
2o. LA VIOLENCIA MORAL.....	23

CAPITULO VI

1o. LA EDAD DEL SUJETO PASIVO.....	25
------------------------------------	----

CAPITULO VII

1o. EL ESTADO DE INCONSCIENCIA.....	28
a.)- LOS NARCOTICOS.....	29
b.)- LOS AFRODISIACOS.....	29
c.)- LAS BEBIDAS ALCOHOLICAS.....	30
d.)- EL HIPNOTISMO.....	31

	PAG.
CAPITULO VIII	
1o. VIOLACION CARNAL ENTRE CONYUGES.....	33
2o. LA ILEGITIMIDAD DE LA VIOLACION.....	36
CAPITULO IX	
VIOLACION CARNAL DE UNA PROSTITUTA.....	37
CAPITULO X	
1o.- LA CONSUMACION Y LA TENTATIVA.....	39
CAPITULO XI	
1o.- AGRAVANTES ESPECIFICAS.....	41
a.- LA VIRGINIDAD.....	41
b.- LA IRREPROCHABLE HONESTIDAD.....	44
c.- EL CONCURSO.....	45
d.- LA AUTORIDAD.....	45
e.- LA MUERTE.....	46
f.- EL GRAVE DAÑO EN LA SALUD.....	46

P R O L O G O

" DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL PUDOR SEXUALES "

El Código Penal Colombiano en su libro 2o. y en el título XI, señala y sanciona los delitos que contra la integridad sexual de los asociados se cometen, podemos afirmar sin temor a equivocarnos, a cada instante en el transcurso de los días, como son los "DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL PUDOR SEXUALES".-

En la presente monografía nos referiremos únicamente a lo contemplado en el Capítulo Primero, es decir, a aquel que nos habla el Art. 293 y siguientes de este Capítulo, cual es la "VIOLACION CARNAL".-

Antes de entrar en materia queremos hacer un brebe comentario al Título que ostenta nuestra Legislación Penal; luego presentaremos las diversas clasificaciones que se han hecho de los "DELITOS SEXUALES", para por último dedicarlos a lo que nos hemos propuesto.-

En el anterior Código Penal se hablaba de los "DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL HONOR SEXUALES".-

Muchos autores y comentaristas a dicho Estatuto estaban en total desacuerdo con dicha denominación y propugnaban por el cambio a dicha denominación. El Legislador actual acogió esta iniciativa acomodándose a la realidad actual colombiana.-

Decíamos que muchos tratadistas no compartían con el pensar del Legislador anterior, pues, nos hablaban de "LA HONRA" y no del "HONOR", ya que según ellos no es el honor lo que se pierde o lo que se defiende y tutela, sino la Honra que ésta es la causa y aquél es el efecto.-

Por esa época el Honorable Tribunal Supremo de Cundinamarca al hablar de "Honor" y de "Honra" decía:-

"Nuestro Código habla de defensa del honor, delitos contra "el honor sexual"; parece que el término no es el más propio debía decirse contra la honra, ya que lo defensable es esto último, pues, el honor es consecuencia de la existencia de la honra; quien pierde la honra, la apreciación y estima de sus conciudadanos, cae en deshonor, y quien llega a este extremo pierde el honor".-

En esta parte nos referiremos brevemente a lo que se entiende por "LIBERTAD SEXUAL" y por "PUDOR SEXUAL".-

LIBERTAD SEXUAL.-

Tanto en nuestra Constitución como en el Código Penal se protege LA LIBERTAD. Existen extensos Capítulos que tienen como bien jurídico la libertad individual y otras garantías.-

El Dr. LISANDRO MARTINEZ Z., en su Tratado de "DEFECHO PENAL SEXUAL". hablando sobre la Tutela de la Libertad Sexual, dice:-

"En el caso concreto que nos ocupa, EL DE LA LIBERTAD SEXUAL el constituyente carece de normas específicas que la citen por su propio nombre.

"Podría arguirse que el Art. 16 de la Constitución usa la palabra HONRA, pero se trata de un término demasiado amplio, que protege sobre todo el buen nombre de las personas, lo que nuestro legislador denomina INTEGRIDAD MORAL.-

"..... la libertad sexual es fundamentalmente negativa".- Entre las muchas definiciones que sobre "LIBERTAD SEXUAL" se han dado, tenemos las siguientes:.-

ANTONLISEI, citado por Lisandro Martínez Z., la libertad sexual es "la facultad que a cada uno compete (naturalmente dentro de los límites del derecho y de las costumbres sociales) de disponer del propio cuerpo para los fines sexuales"

Para HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ la 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".-

LISANDRO MARTINEZ Z., opina que "la libertad sexual no se enfoca, pues, desde un aspecto positivo; no es la facultad (positiva) que permite a un hombre tener relaciones sexuales con todas las mujeres que quiera, sino el aspecto negativo mediante el cual no se puede obligar a nadie a tener relaciones sexuales contra su voluntad".

EL PUDOR SEXUAL.-

Muchos han sido los autores que se han ocupado de la definición de EL PUDOR, entre ellos tenemos a los siguientes:-

ARTURO L. ROCCO:-"Es el natural sentido de la reserva que ha de circundar las cosas del sexo"

BARZALAI:- "El deseo, la necesidad de una persona aún perfectamente conocedora de todos los misterios y complicaciones del amor, de no ser obligada a asistir en público a la evolución de tales misterios".-

MARCIANO:- "Es aquella especial sensibilidad del género humano que, según los pueblos y sus costumbres, lleva a una natural reserva en relación con los pensamientos y los actos que se relacionan, así sea en forma alusiva al acto sexual, a los misterios de la generación".-

ANTONLISEI:- "Es el sentido de reserva y de sombra que circunda el fenómeno de la reproducción; más precisamente, el sentido que induce a la reserva en todo aquello que se relaciona con las manifestaciones de la vida sexual".-

El autor Lisandro Martínez Z., está de acuerdo, en su totalidad, con la definición de Antonlisei, pues, "reúne el singular criterio y la precisión de conceptos, típicos de este ilustre maestro contemporáneo".-

De todo lo anterior se deduce que lo que nuestro legislador trató de defender y tutelar en este Título fue EL PU DOR, ya que según BATTAGLINI, citado por Lisandro Martínez Z., "merece tener, mediante la tutela penal, un sólido dique contra el desbordarse de sentimientos e instintos que, si no son regulados y canalizados, pueden poner en peligro el vigor físico, moral e intelectual de la sociedad y de la raza".-

DIFERENTES CLASIFICACIONES DE ESTOS DELITOS:-

Entre los más cognotados Penalistas existen una serie de clasificaciones en lo tocante a esta clase de delitos, entre ellos tenemos las siguientes:-

CLASIFICACION DE MANCI:- El profesor italiano MANCI, citado por Fontán Balestra-, propone la siguiente clasificación:-

1o.- DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL:- violencia carnal, actos libidinosos violentos, corrupción de menores, rapto violento.-

En esta primera parte de su clasificación Mancí considera que lo lesionado es la individualidad, como tipo sexual y

en su condición psicofísica de capacidad de libertad.-

2o.- DELITOS CONTRA LA FAMILIA:- rapto consentido, adulterio bigamia, suposición y supresión del estado civil.-

Ya que ellos lesionan el orden de la familia en su unidad ética y afectiva y en su fundamento jurídico contractual.-

3o.- DELITOS CONTRA LA MORAL SOCIAL:- Ultraje al pudor e incesto.-

Ya que según él se derivan en público escándalo, lesionando la conciencia de la colectividad.-

Esta clasificación según Fontán Balestre es la más acertada.

Pero esta clasificación para nuestro medio ambiente colombiano y para nuestra legislación penal, no puede ajustarse en todas sus partes, puesto que, por ejemplo, nuestro nuevo Código Penal no contempla ni el adulterio ni el rapto como delitos contra la Libertad y el Pudor sexuales.-

CLASIFICACION DEL CODIGO ITALIANO.- El Código Penal Italiano no tiene como epígrafe el siguiente:- "DELITOS DE OFENSA AL PUDOR Y AL HONOR SEXUALES". Aquí no se habla de delitos contra la libertad Sexual, sino de los que caen dentro del Pudor Sexual.-

Define así el Código mencionado, el Pudor Sexual:- "El pudor tutelado por la ley, debe ser entendido como el consentimiento y la opinión del término medio de nuestra población acerca de la moralidad sexual, y como norma consuetudinaria, reconocida por la ley, de convivencia civil respecto al elemento sexual".-

Como la definición transcrita concuerda con las expuestas anteriormente, no queremos hacer ninguna clase de comentarios, pues, sobrarían y, posiblemente, caeríamos en cualquiera clase de redundancias.-

La clasificación italiana es la siguiente:-

1o.- DELITOS DE OFENSA AL PUDOR:- Los actos obscenos y los objetos y producciones obscenas, y,

2o.- DELITOS CONTRA EL HONOR SEXUAL:- Corrupción de menores y delitos de parasitismo de la prostitución.-

El Código Italiano no nos habla de la violencia o Violación carnal, como tampoco de los delitos que atacan directamente a la familia como son el Incesto, la Bigamia y los matrimonios ilegales de que nos habla nuestro Código Penal, puesto que, en su clasificación trae los delitos que atacan directamente a las buenas costumbres observadas por nuestro medio.-

CLASIFICACION DE VINCENZO MANZINI.- Este profesor italia
no divide así los de
litos sexuales:- "DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y DE
LITOS CONTRA EL HONOR SEXUAL".

- 1o.- Acceso carnal violento o abusivo;
- 2o.- Actos libidinosos violentos o abusivos;
- 3o.- Delitos de Rapto, es decir:
 - a.- Rapto violento o fraudulento con fines de matrimonio;
 - b.- Rapto violento o fraudulento para realizar actos libidinosos, y,
 - c.- Rapto impropio, y
- 4o.- Seducción con promesa de matrimonio.-

Esta clasificación tampoco encaja dentro de nuestra legislación Penal, pues, como hemos visto el delito de Rapto desapareció de nuestro nuevo Estatuto Penal.-

CLASIFICACION COLOMBIANA:- Nuestro Código presenta la siguiente clasificación:-

- 1o.- DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL:- Violación carnal, Estupro y Abusos deshonestos;
- 2o.- DELITOS CONTRA EL PUDOR SEXUAL:- Corrupción de menores y Proxenetismo.
- 3o.- DELITOS CONTRA LA FAMILIA:- Bigamia y matrimonios ilegales e Incesto.-
- 4o.- DELITOS CONTRA LA MORAL PUBLICA:- Obscenidad pública y exhibiciones obscenas.-

La clasificación colombiana, como lo anotamos anteriormente, tiene sus semejanzas con la presentada a la Comisión

redactora y a la Sesión del Congreso Italiano por el profesor Vincenzo Manzini, y, también podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que es la más acertada para nuestro medio tanto geográfico como moral y sexual.-

DE VIOLACION CARNAL

CAPITULO I

BREVE RESEÑA HISTORICA DE LA VIOLACION CARNAL.

En todos los tiempos y en todas las edades, se ha considerado el delito de "LA VIOLACION CARNAL" como el más grave de todos los delitos sexuales.-

Según se puede leer en casi todos los tratados que nos hablan sobre los delitos sexuales, que el delito que nos ocupa ha sido severamente castigado por todas las legislaciones del mundo, y, desde tiempos inmemoriales hasta nuestros días vemos cómo se trata o se ha tratado de reprimir semejante flagelo social.-

Así vemos, por ejemplo, cómo en la antigua Roma se sancionaba la violación con la pena de muerte. Se lo denominaba "ESTUPRO VIOLENTO", según aparece en el DIGESTO, La ley Va. Título VI y en la Ley Julia de vis pública.-

El Derecho Canónico consideró este delito como de máxima gravedad, particularmente si la violada era una mujer virgen, las penalidades canónicas no podían aplicarse, porque ya los tribunales laicos lo castigaban con la pena de muerte.

Durante la Edad Media se siguió castigando y sancionando el delito de violación con extrema severidad.-

El Fuero Juzgo ordenaba que el forzador o violador fuera castigado con cien azotes y fuera reducido a la servidumbre en favor de la violada, y en caso de que fuera esclavo se le condenaba a la pena de muerte por medio del fuego.-

Las partidas también condenaban a la pena de muerte al autor de una violación.-

Dice el autor Lisandro Martínez Z., que "La violación es una de las más antiguas represiones, ya que data de las primeras normas punitivas que se conocen. Entre los hebreos, si la víctima era mujer prometida en matrimonio, la violencia se castigaba con la pena de muerte.-

"Entre los egipcios se mutilaba al violador. Los griegos comenzaron con simples multas, terminaron con la pena de muerte. Los germanos la sancionaban, cuando concurría con

el rapto, con la célebre **compositio**.

"También entre algunas tribus indígenas que habitan nuestro territorio, la violencia o violación se castigaba con la pena de muerte. Así entre los CUNAS, sí la víctima era mujer casada, al violador se le enterraba vivo, ENTRE LOS CARIBES el castigo para la violencia carnal en doncellas era de inaudita crueldad; el solo evocar que se le introducía al violador una vara por la uretra, es algo impresionante.

"Entre los INCAS se hacía una discriminación clasista res - pecto al sujeto pasivo de la violación carnal: Sí la vio - lada era mujer noble, se aplicaba la pena de muerte; pero si era plebeya, dicha sanción sólo era procedente en caso de reincidencia.-

"Entre nosotros el Código de la Nueva Granada de 1837, conservó el nombre tradicional de VIOLACION, que acarreaba pena de trabajos forzados y de destierro. El Código de los Estados de Colombia de 1873, consideró la tentativa de violencia carnal como rapto (artículo 518), y así al autor del delito consumado continuaba llamándolo RAPTOR. A la violencia carnal impropia accidental, le endilgó la peculiar denominación de COITO ALEVOSO (art. 542, num. 2o), que además incluía algunas formas de estupro (art. 542 num 1o.), El Código de 1890, siguiendo al anterior, continuó con la inclusión de algunos casos de violencia bajo la denominación de RAPTO; la violencia carnal impropia accidental cometida en mujer casada, se tenía como ESTUPRO ALEVOSO. Para las demás hipótesis, este Código (arts. 715 y ss) empleaba el tradicional término de VIOLACION usual en otras legislaciones, y que el Código actual transformó, como se ha visto en VIOLENCIA CARNAL".-

El Decreto No. 100 de 23 de Enero de 1980. o sea, el Código Penal vigente retornó al de 1837 denominando a este delito como "VIOLACION CARNAL".-

Las legislaciones modernas han abandonado la pena de muerte para este delito, pero han seguido considerándolo como el más grave de todos los delitos sexuales.-

CAPITULO II

DEFINICIONES DE LA VIOLACION CARNAL.-

El ARTICULO 298 dice:-

"ACCESO CARNAL VIOLENTO.- El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, estará sujeto a la pena - de dos (2) a ocho (8) años de prisión".-

De la lectura de la disposición antes transcrita podemos - entrar, ya de una manera más concreta, en materia de nuestro estudio y para ello comenzaremos definiendo lo que se entiende por "Violación Carnal".-

El profesor Guillermo Uribe Cualla, en su obra de "MEDICINA LEGAL y PSIQUIATRIA FORENSE", trae la siguiente definición:

"Se dice que hay violación cuando un hombre tiene relaciones sexuales con una mujer de manera violenta, es decir, - contra su voluntad. De tal suerte que puede tratarse de - una vírgen, o de una mujer casada, y hasta de una prostituta".

Esta definición , en nuestro concepto, peca por defecto, - pues cómo ya tendremos la oportunidad más adelante de estudiar tanto el sujeto activo como el pasivo, veremos como - no solamente la mujer puede ser sometida a la violación - carnal, sino también puede serlo el varón (Homosexualismo).

Para Cuello Calón es "la cópula ilícita con mujer, contra su voluntad o sin su voluntad.

"Para que haya violación no basta un mero contacto de los órganos sexuales, es preciso, como dice González de la Vega "el típico fenómeno de la introducción sexual".-

Como ya lo veremos más adelante al hacer el estudio del - acceso carnal, la definición presentada por Cuello Calón , peca también, por defectuosa, pues, para que haya violación carnal no se necesita la perfección fisiológica del acto sexual.-

La Honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho:-

"Consiste la violencia carnal en someter a otra persona - al acceso carnal, contra su voluntad (violencia real), o - con su consentimiento obtenido por medio de violencias morales, o aprovechándose de las especiales circunstancias - previstas por el legislador. Si se ha usado violencia pa

ra alcanzar el coito, hay violencia carnal, sin que importe la edad de la ofendida, ni la calidad moral de la misma, ya que este delito puede tener como sujeto pasivo a la meretriz o mujer pública.

"Quien por medio de fuerza y violencia abusa de una mujer, sufre la pena correspondiente, sea que se trate de una mujer honesta o de una ramera. La Ley, en este caso, no defiende el pudor de la mujer sino su libertad, su derecho de hacer o no hacer".-

Para Tardieu, -citado por Fontán Balestra-, "Violación desde el punto de vista médico-legal, es la caracterizada en una virgen por la desfloración, es decir, por el desgarramiento completo o incompleto de la membrana hímen; y en una mujer, hecha por la intromisión completa y forzada, o sea, por una aproximación sexual completa y no consentida".-

Esta definición, que aparentemente parece ser la más completa, tiene sus grandes lagunas como las dos anteriores, puesto que el artículo que venimos comentando no nos habla de persona determinada, ni tampoco del sexo o de la condición moral de la víctima, puesto que así dice el mencionado Art. 298:-

"El que realice acceso carnal con **otra persona**"

El Catedrático español LUIS JIMENEZ DE ASUA define así la violación Carnal:- "Es el acceso carnal con una mujer contra o sin su voluntad. Contra la voluntad cuando se usa la fuerza o la intimidación (atándola, amenazándola con un arma) y sin la voluntad, cuando está privada de razón o de sentido por cualquier causa, ya naturalmente (sueño), ya por narcótico, o bien por causas patológicas (demencia, oligofrenia, inconsciencia)".-

Esta definición como las transcritas es deficiente a pesar de llenar parte de los requisitos exigidos por nuestro Código Penal. Nos habla el profesor Jiménez de Asúa de los medios que se pueden emplear para cometer este delito. Nos indica cuales son las formas morales, físicas o síquicas para consumarlo. Pero, solamente nos dice que el sujeto pasivo es la mujer. Nada explica sobre si el sujeto pasivo puede o no ser un varón. Tampoco hace referencia alguna a la edad de la víctima.-

Nosotros, en forma por demás honesta, trataremos de esbozar una definición, nó perfecta desde luégo, pero que sí llene los requisitos exigidos por nuestro Código, diciéndole que:- "Violación carnal es el yacimiento completo o in completo de una persona sobre otra contra su voluntad, me diante el empleo de la fuerza física o moral y poniendo a la víctima en estado de inconsciencia por cualquier otro medio".-

Nos parece que en esta definición hemos logrado reunir los elementos constitutivos del delito de "Violación Carnal".-

CARACTERISTICAS DE LA VIOLACION.- El profesor Arcila Gonzales en su tratado sobre "LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL HONOR SEXUALES " dice que:- "Las características de la violación carnal consisten en que se compele a una persona a ejecutar un acto contra su voluntad, bien por medios físicos, o bien por medios psíquicos como la sugestión hipnótica, o el suministro de sustancias propias para despertar el instin to sexual".-

El mismo profesor al hacer el estudio a fondo de las características de la violación y establecer diferencias fundamentales entre ésta y los abusos deshonestos, dice:-

"En los abusis deshonestos lo que dá fisonomía propia al delito es la violencia efectiva o presunta, en la comisión de actos lúbricos encaminados a satisfacer el instinto sex ual. Por eso nuestra legislación colocó al delito entre los que atacan la libertad del individuo, ya que la ley sanciona, en la disposición contemplada en el Art. 323, a quienes emplean los medios relacionados con los Arts. 316 y 319, que no son otra cosa que actos de violencia".-

ESPECIES DE VIOLACION.- De acuerdo al antiguo Código Penal y lo estipulado en su Art.316 existían cuatro especies o formas de violencia carnal, a saber:-

- 1a.- El acceso carnal mediante violencia física;
- 2a.- El acceso carnal mediante violencia moral;
- 3a.- El acceso carnal con un menor de catorce años, y
- 4a.- El acceso carnal con persona a la cual se haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia.-

Según Antonio Vicente Arenas las dos primeras formas se refieren a la violencia efectiva física o moral, y, las otras dos a la violencia presunta, que algunas legislaciones no la consideran como violencia propiamente dicha, sino como un delito que se equipara a la violencia para los efectos de la penalidad.-

Según nuestro nuevo Estatuto Penal existen las siguientes - clases de "Violación carnal":-

- 1a.- Acceso carnal violento;
- 2a.- Acto sexual violento;
- 3a.- Acto sexual con persona a quien se ha colocado en estado de incapacidad o de inconsciencia;
- 4a.- Acceso carnal abusivo con menor de catorce años;
- 5a.- Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, y,
- 6a.- Corrupción.-

CAPITULO III

EL BIEN JURIDICO TUTELADO.- Según Antonio Vicente Arenas, antes citado, quien en sus comentarios "AL CODIGO PENAL COLOMBIANO", al hacer un extenso estudio sobre el particular, termina diciendo que - "el bien jurídico tutelado no es la honestidad, ya que - este delito bien puede cometerse en mujeres de vida honesta como en mujeres de vida deshonestas o de vida disoluta".

Todos los tratadistas están acordes en afirmar que lo que se lesiona es la libertad individual, y por lo tanto ese es el bien jurídico tutelado, así lo expresa Carlos Fontán Balestra, cuando afirma que:- "el bien jurídico lesionado por la violación carnal es la libertad individual, en cuanto cada cual tiene derecho de elegir el objeto de su actividad sexual".-

El mismo profesor en otro aparte de sus estudios continúa diciendo:- "El ataque a la libertad sexual parece no conciliarse sin la lesión previa del honor o del pudor, pero la violación no existe, si la libertad sexual no ha sido coartada, porque al no tener lugar el acceso carnal, podrá conformarse otro delito, porque no habrá violación".-

Pero el Dr. Antonio Vicente Arenas, parece no estar de acuerdo con la tesis sostenida por Fontán Balestra, ya que aquel opina que "no es el pudor lo que se viola con la violación, porque "ese sentimiento no existe en niños de doce o diez años, que no tienen concepto del propio sexo ni sentimiento del pudor".-

El profesor Arenas, opina también, que el bien jurídico tutelado es la libertad sexual, o sea "el derecho que la persona humana tiene para disponer libremente de su cuerpo en lo que a las relaciones sexuales atañe".-

Fontán Balestra dice que:- "lo que se presume es la falta de voluntad de la víctima, aún cuando esa voluntad contraria no se haya exteriorizado por la imposibilidad o inmadurez. La fuerza, en tales casos, no se ejerce, por no encontrar el actor resistencia que vencer".-

Respecto a lo anterior podemos decir que al comentar un delito de violación carnal con impúberes o con menores de catorce años de edad, como dice nuestro Código, no se comete ningún delito de los contemplados en la disposición que venimos comentando, sino que configura otro delito

distinto al de violación carnal, como sería el de "Corrupción de Menores", ya que como bien lo han afirmado casi to dos los autores, el a tor no encuentra resistencia, puesto que el sujeto pasivo no tiene en cuenta de lo que se trata ni tampoco tiene nociones de pudor o de relaciones sexuales.

EL SUJETO ACTIVO.- Nuestro Código, en su Art. 298 dice:-
"El que realice acceso carnal con otra persona.....", con esto nos quiere dar a entender que el sujeto activo puede ser tanto el hombre como la mujer. Parece ser esta afirmación inobjetable, en teoria, pero en la práctica lo común, es que el sujeto activo sea el hombre, como lo afirman Fon tán Balestra, Antonio Vicente Arenas y otros varios tratadistas de la materia.-

Según el profesor italiano Manzini "el sujeto activo puede ser cualquiera persona".-

Más adelante el citado profesor, dice que:"el delito puede cometerse por sujetos relativa o absolutamente incapaces,- impotentes o impúberes. Pero si el delito en cuestión no exige la cópula en sentido propio, pide, sinembargo, la con junción carnal, y por ésto no puede cometer el delito en - cuestión quien no tenga la posibilidad de unirse carnalmen te en una forma cualquiera. En tal caso, en cambio, podrá existir el delito de actos libidinosos".-

Pero parece que Manzini cae en una contradicción en la primera parte de lo transcrito, puesto que niega lo afirmado en ésta con los conceptos emitidos a renglón seguido, como pudimos apreciarlo con la simple lectura de los transcri to, porque por ejemplo, en lo relativo a los "impotentes" - como un eunuco no puede ni siquiera llegar a la cópula, ya que le hacen falta sus principales órganos genitales, como son los testículos.-

Para el profesor Eugenio Cuello Calón, "sujeto activo de es te delito puede ser cualquiera, no sólo un hombre sino - también una mujer cuando obra en concepto de inductora o - cooperadora".-

Respecto a lo anterior podemos decir que está bien traída la parte que dice "una mujer cuando obra en concepto de in ductora o cooperadora", ya que en nuestros tiempos cuantas mujeres se dedican al más bajo de los papeles, cual es el de servir de puente de unión entre el hombre y el sujeto pasivo del delito que venimos estudiando. Cuántas mujeres

se han dedicado al "Rufianismo" y amparan la prostitución - con su cooperación, no solamente material sino económica y moralmente, ya prestando su lecho nupcial, ya atendiendo personalmente en sus casas de lenocinio, que para ser más disimulada su acción han dado en llamar a tales sitios con el no menos asqueroso nombre de "CASAS DE CITA"; en una u otra forma ellas caen, según Cuello Calón, dentro de los - que cometen el delito de Violación Carnal.-

También puede ser sujeto activo de la violación carnal una mujer, cuando ella mediante engaños o el empleo de la fuerza tanto física como moral someta al varón al acceso carnal como podría ocurrir con una mujer de edad más o menos mayor que la del sujeto pasivo que sometiera a un menor de edad - al acceso carnal, tal es el caso que nos presenta el profesor argentino ALFREDO J. MOLINARIO -citado por Antonio Vicente Arenas-, cometido por una mujer con un niño menor de doce años a quien logró poner en condiciones tales que fácilmente pudo realizar el coito.-

PORTE PETIT, -citado por Lisandro Martínez Z.- dice: "Consideramos que la mujer puede ser sujeto activo de la violación mediante violencia física, puesto que puede lograrse la mecánica del coito respecto al hombre, venciendo los obstáculos fisiológicos para la erección del pene u órgano masculino, como puede suceder cuando se encuentra al sujeto pasivo, en virtud de la fuerza realizada, en condiciones de no oponer resistencia, ni evitar la maniobra fisiológica sobre él realizada".-

El profesor Arenas, tantas veces citado, trae las siguientes hipótesis verosímiles:-

- a).- El acceso carnal de hombre con mujer por vía normal;
- b).- El acceso carnal de hombre a mujer en cavidades no idóneas fisiológicamente para la realización del acceso carnal, y,
- c).- El acceso carnal de hombre a hombre, o sea, el ayuntamiento homosexual.-

Los actos de inversión sexual de mujer a mujer no constituyen ni han constituido nunca delito de violación o violencia carnal, ya que les hace falta uno de los órganos característicos de la masculinidad, cual es el pene y los testículos, podrá constituir otro delito pero no el que estamos estudiando.-

Lisandro Martínez Z., citado ya en otros apartes de esta monografía, dice:- "Sin embargo, opinamos que debe desecharse la posibilidad de la incriminación como violencia carnal de las relaciones sexuales entre mujeres, las cuales, cuando se cometen con violencia, estructuran el delito de "Abusos deshonestos" propios (Art. 23, inc. 1o.). Ello porque es imposible, por regla general, el acceso carnal lesbiano, ya que ninguna posibilidad hay de penetración. No obstante, algunos autores no descartan la posibilidad de que ello ocurra en casos excepcionales de HERMAFRODITISMO. Pero la verdad es que en los casos citados por diversos médicos, se reconocen dificultades hasta para determinar el sexo de la supuesta mujer".-

El profesor Lisandro Martínez Z., deduce que existen cuatro hipótesis de acceso violenta, así:-

- 1o.- Acceso de hombre a mujer por vía normal;
- 2o.- Acceso de hombre a mujer por vía anal;
- 3o.- Acceso de mujer a hombre, y,
- 4o.- Acceso carnal homosexual, ésto es, de hombre a hombre por vía anal, con características violentas.-

EL SUJETO PASIVO.- De la disposición transcrita al principio de este análisis podemos deducir quien es el sujeto PASIVO del delito que nos ocupa, ya que el mencionado Art. dice:- "El que realice acceso carnal con **otra persona.....**". de la lectura de lo anterior podemos decir que el sujeto pasivo del acceso carnal puede ser lo mismo un hombre que una mujer.-

Para Fontán Balestra "El sujeto pasivo del delito de violación, es en términos generales, indeterminado. Puede ser persona de uno u otro sexo y de cualquier edad y condición social. Es necesario sin embargo, que se trate de una persona viva, pues, los actos de necrofilia y bestialidad no configuran el delito que nos ocupa".-

El autor mencionado nos habla y hace una distinción notable al decir que "la necrofilia", no constituye delito de violación carnal, porque este delito va "CONTRA EL SENTIMIENTO RELIGIOSO Y EL RESPETO A LOS DIFUNTOS", según nos dice el Código Penal en el Capítulo VIII, Art. 297.-

Para Manzini "El sujeto pasivo de los delitos que estamos comentando, como cualquiera de otros delitos es el Estado, por ser titular del interés que concierne a la moralidad pública y buenas costumbres".-

Para sostener su tesis trae el siguiente argumento:-"en todo caso se trata de un interés público. aún cuando pueda ser lesionado únicamente en una persona determinada".-

Manzini nos habla de un sujeto pasivo inmediato de la violación carnal, y ni siquiera inculpa a varón o mujer alguna que tanto las diversas legislaciones como innumerables tratadistas lo hacen, él, sin embargo, hace recaer la culpa de violación carnal al Estado, ya que según el mismo profesor el Estado es "el titular del interés que concierne a la moralidad pública y buenas costumbres", por ser el máximo velador de los intereses tanto administrativos como morales, y por ser el guardador de las buenas costumbres.-

Para Cuello Calón el sujeto pasivo, "solo puede ser una mujer, sea vírgen o desflorada, casada, soltera, de buena o mala fama, incluso una prostituta".-

La citación hecha por el profesor español Cuello Calón es razonable, porque como dice González de la Vega, -citado por Fontán Balestra-, y por Antonio Vicente Arenas-, " la falta de pudor no implica desaparición de su libertad sexual si la somete al atentatorio caprichoso de cualquiera".

La razón para que Cuello Calón diga que el sujeto pasivo de la violación carnal sea una mujer, es, porque en España el bien jurídico tutelado es "La Honestidad".-

También puede ser sujeto pasivo del delito que venimos comentando un hombre, ya que nuestro Código solamente dijo que el acceso carnal se practique en "OTRA PERSONA", y por lo tanto se puede comprender dentro de éstos términos que no solamente es la mujer sujeto pasivo de la violación, sino que también puede serlo un varón. Tampoco nuestro Código nos habla de la calidad de la persona, de sus calidades tanto morales como sociales, sino que, se contenta con generalizar el concepto, de modo pues, que bien puede ser una persona honesta, o de vida disoluta, joven o anciana, soltera o viuda, seglar o religiosa. Tampoco el legislador dijo que la persona se trate de una "PERSONA VIVA", - porque al haberlo así, caí en un redundancia, puesto que las personas terminaron con la muerte, como dice el Art. 9 de la Ley 57 de 1887, y por lo tanto al hablar de "persona" se entiende que es persona viva.-

CAPITULO IV

EL ACCESO CARNAL.- La disposición que venimos comentando dice:- "El que realice **acceso carnal**. .." Fontán Balestra, refiriéndose a este punto, dice: - "para que exista el delito de violación no es necesario que el acto sexual se consuma, ya que no es indispensable el total acoplamiento sexual, circunstancia ésta - que debe contemplarse con criterio amplio aún cuando la víctima sea persona de corta edad, pues, en tal caso, no se requiere la existencia de la cópula por parte de la - víctima".-

Antes de continuar con el tema transcribimos lo que los autores entienden por "Acceso Carnal":- "Acceso carnal es la introducción del órgano genital de una persona en el - cuerpo de otra -vagina-, ano CRIVELLARI, MAGGIORE, o boca MANZINI de modo que haga posible el coito o un equivalente anormal de éste. MANZINI.-

JORGE FRIAS CABALLERO, - citado por Arcila González-, en sus estudios sobre "EL PROCESO EJECUTIVO DEL DELITO", dice: "El delito denominado en la doctrina y en la jurisprudencia y en la legislación italiana "violencia carnal" "conjunción carnal", "conjunción carnal violenta", requiere para su consumación la producción de un resultado material que nuestro Código expresa en las palabras "acceso - carnal".

"Respecto al momento consumativo, continúa el comentarista, se han expresado las más variadas opiniones en el terreno de la doctrina y de la jurisprudencia, y no faltan quienes creen necesaria para que hayan delitos de violencia carnal, la perfección total del acto fisiológico: introducción del pene en la vagina, eyaculación y goce sexual recíproco. A partir de este extremo punto de vista, pueden sintetizarse así los distintos criterios:- excluyen la perfección fisiológica del acto, la consumación del delito requiere la introducción del pene en aparte copulador femenino; coito intravaginal, lo supondrá generalmente la desfloración; la consumación no exige desfloración ni introducción del pene en la vagina, bastando un mínimo de introducción del pene en el orificio vulvar o anal; la consumación se realiza con mera aproximación sin necesidad de desfloración, eyaculación o "semi natio intra vas"

Está bien claro lo que nuestra legislación penal estableció pues ella, empleó las palabras "acceso carnal" a diferencia de muchas otras legislaciones que emplearon en sus códigos diferentes denominaciones que no daban el significado y el alcance que encierran las mencionadas palabras, ya que ellas significan todo acoplamiento a acto carnal, cualquiera que sea el sujeto pasivo sin tener en cuenta la vía por donde el acto se practique.-

EL CONSENTIMIENTO.- El nuevo Estatuto Penal nada nos dice sobre esta materia. Unicamente nos habla de la "incapacidad para resistir".-

Sin embargo es necesario hacer breves comentarios acerca de esta figura jurídica.-

Antonio Vicente Arenas hablando sobre el consentimiento dice:-"A primera vista parece innecesario haber hablado de falta de consentimiento, porque es natural que si el ayuntamiento se consigue por medio de la violencia física o moral, el consentimiento no puede existir, de modo que el empleo de la violencia implica la falta de consentimiento en el sujeto".-

Entre los autores que han definido "El consentimiento" tenemos a los siguientes:-

BERNARDO GAITAN MAHECHA:- "En general, el consentimiento del ofendido no excluye la antijuricidad sino cuando la ley lo permite expresamente, por afirmarlo en forma directa o por constituirlo en elemento del delito bajo la forma negativa (sin consentimiento del titular del derecho".-

Para LISANDRO MARTINEZ Z., el consentimiento es "como una manifestación unilateral expresa o tácita, que acepta una conducta ajena relacionada con determinado interés de la persona".-

Puede presentarse el caso de que el consentimiento haya existido por parte de la víctima, como para dar rienda suelta a los instintos de un sádico o por propio placer (masoquismo), entonces no puede tipificarse el delito de violencia carnal.-

Respecto a lo anterior el Dr. Martínez Z., nos dice lo siguiente:-

"Ofendida?". Acostumbráse hablar del **ofendido** o de la **ofendida**, en los delitos sexuales. Si una mujer mayor de catorce años consiente un acceso carnal, no resulta propio llamarla **ofendida**, muchas veces podemos hablar de "favorecida" beneficiaria o agraciada, cuando **consiente**. La disponibilidad sexual representa un derecho, y en ocasiones un deber.-

¿Renuncia, abandono o uso? Algunos autores, para definir el consentimiento del ofendido o el de quien tiene el derecho, hablan de que se renuncia a un interés jurídicamente protegido. Sin embargo, en el caso concreto de los delitos sexuales, se ha criticado el empleo del término **renunciar** o del similar **abandonar**.-

Desde que la violación haya sido consentida, cualquiera que sean las causas o motivos para haber dado el consentimiento no hay violación carnal, porque no ha existido atentado contra la libertad sexual.-

CAPITULO V

LA VIOLENCIA FISICA.- Tampoco el nuevo Código Penal colombiano nos habla nada sobre la "Violencia Física" o de la "Violencia moral". Solamente dice:- "**mediante violencia**". Es por demás necesario hacer un breve comentario de estas modalidades contempladas en el Código Penal anterior.-

Por violencia física debe entenderse como la fuerza material que se ejerza sobre la víctima o sobre su cuerpo, anulando su resistencia y obligándola a tener acceso carnal contra su voluntad.-

Cuello Calón dice:- "La fuerza física existe cuando dos o más personas inmovilizan a la víctima o le impiden oponer resistencia al consentimiento deshonesto del ofensor"

"Sólo podrá estimarse que la víctima ha cedido a la fuerza empleada cuando no le ha sido posible persistir en la resistencia opuesta, más no es preciso que llegue al completo abatimiento físico".-

PACHECO, -citado por Cuello Calón-, dice que "no ha de entenderse en términos tan absolutos que deba tener caracteres de invencible, que sea irresistible, sino que basta que se haya empleado la necesaria para lograr el fin propuesto".

Antonio Vicente Arenas opina por su parte que "los actos de violencia física deben recaer sobre la persona misma con quien se pretenda tener el acceso carnal".-

Esta observación tiene su fundamento, porque la fuerza física empleada sobre tercera persona no puede constituir un acto de violencia, ya que la víctima no es el sujeto pasivo del acto sexual.-

Fontán Balestra habla de la violencia física efectiva, y dice:- "La violencia física efectiva ha sido considerada o diferenciada clásicamente en física y moral. La primera es la acción orgánica, la segunda actúa sobre la psiquis.-

"Para que pueda hablarse de violencia física efectiva -continúa-, en la violación, es indispensable que la fuerza sea ejercida sobre la víctima misma; de otra manera, no habrá sido la fuerza el medio que venció la resistencia física de la violada.-

"La violencia efectiva física, ha de ser, además, suficiente y continúa. Suficiente, como para poder vencer la resistencia natural de una mujer normal".-

GROIZARD, -citado por Fontán Balestra-, dice que:- " la resistencia debe haber sido seria, porque no es suficiente la simple negativa, para admitir que la supuesta víctima haya llegado al coito vencida por la fuerza del actor. La negativa, o una resistencia previa del acto, se manifiesta en la enorme mayoría de los casos en que se trata de mujeres no acostumbradas a la promiscuidad carnal.-

"Cabe agregar, por último, que la violencia debe haberse ejercido para lograr el acceso carnal, pues, la ejercida durante el coito que fue consentido libremente, no puede constituir delito".-

La violencia física debe tener las siguientes cualidades:- ser: además de las señaladas por Groizard, SUFICIENTE, como para poder vencer la resistencia opuesta por la víctima; SERIA, no fingida como para fingir honestidad, sino que sea la expresión de una voluntad inequívocamente adversa. No basta la simple negativa para aceptar la resistencia.- porque entonces no habría delito de violación carnal, ya que hay mujeres de vida disoluta que aceptan nó a la persona que ellas simulan querer, sino a la que les parece más agradable o más simpática; debe ser, también, CONSTANTE y CONTINUADA, es decir, que no haya sido iniciada momentáneamente, para abandonarla luego, debe ser la lucha continuada y los requisitos y constantes, pues, si ellos son momentáneos, ello equivaldría a una resistencia muy semejante al rechazo natural,-

Lisandro Martínez Z., cita a ANTONISEL para definir la violencia física cuando dice:- "es el empleo de energía física para vencer un obstáculo real o supuesto".-

El mismo Lizandro Martínez Z., agrega la definición de CONTIERI como "el empleo de la fuerza física o energía física del ofendido o de cosa inanimada".-

Lisandro Martínez Z., hace la siguiente división de la violencia física personal, impropia o presunta, en ACCIDENTAL y NATURAL.-

VIOLENCIA FISICA IMPROPIA, dice Antoniseli, "constituyen violencia impropia, por tanto, actividades insidiosas con las cuales el sujeto puesto en la imposibilidad de actuar o de querer".-

Violencia física impropia para Martínez Z., "es cualquier medio diferente de la violencia física propia, tendiente a anular o limitar la capacidad de autodeterminación, excluidas las amenazas".-

VIOLENCIA FISICA NATURAL.- Lisandro Martínez Z., dice: "Habláse también de VIOLENCIA CARNAL PRESUNTA o IMPROPIA NATURAL, que estriba en el acceso carnal con persona menor de determinada edad (en nuestro caso, catorce años). Así mismo se denomina violencia carnal "opo legis". La verdad es que esta asimilación, más que por razones filosóficas o jurídicas, se hace por motivos históricos. Estrictamente, desde un aspecto conceptual, no puede pretenderse que cuando hay un aparente consentimiento con persona menor de determinada edad, no encontramos forma de verdadera violencia carnal. La persona que realiza el congreso carnal, está consintiendo. Pero su consentimiento la ley lo considera viciado por inmadurez".-

LA VIOLENCIA MORAL.- Por violencia moral se entiende las amenazas capaces de producir en la víctima una intimidación, un temor o un miedo suficiente para vencer su voluntad adversa al acceso carnal.-

Cuello Calón dice que "la intimidación o fuerza moral es el mal con que se amenaza, y éste debe ser inmediato, pues, si fuere remoto la mujer amenazada podría evitarlo sin lesión de su honestidad.-

"El elemento objetivo en esta modalidad de la violencia se halla integrado por la conciencia de obrar en contra de la voluntad de la violada y por la voluntad de emplear la violencia para el yacimiento".

Fontán Balestra por su parte opina que "la violencia efectiva moral, se considera que ella existe cuando la víctima es obligada al coito mediante amenazas capaces de producir en ella una intimidación que alcance a desviar y a vencer su voluntad".-

PACHECO, -citado por Fontán Balestra-, dice que "la intimidación moral debe ser de las que caigan sobre personas comunes, pues, un miedo ridículo, la fuerza intentada por un niño de pocos años, no justificará de seguro la violación; cualquier mujer que los alegare como prueba de ésta, dará a entender que sólo buscaba un pretexto para disfrazar su debilidad o satisfacer su apetito".-

Para Carraca,- citado también por Fontán Balestra-,"debe ser seria y constante".-

Garraud exige, además, que "la amenaza sea de naturaleza,- tal, que produzca en la víctima la sensación de estar expuesta a recibir un mal considerable y presente".-

A diferencia de la violencia física, la violencia moral no es indispensable que se ejerza, en su materialidad, sobre la persona misma de la víctima, si bien la sanción moral debe recaer sobre ella.-

Fontán Balestra nos habla también de la violencia presunta física o moral. "Para considerar esta clase de fuerza, podemos decir, que lo presumido no es en realidad, la violencia, sino la falta de voluntad o la concurrencia del acto por parte de la víctima.-

"Las causas, dice Fontán Balestra, que las legislaciones en general toman en su consideración, pueden ser de diversas clases:- unas resultan propias de la naturaleza humana en situaciones normales; las otras son fruto de estados psíquicos y físicos anormales. Entre las primeras tenemos la edad y el sueño; a las segundas pertenecen la alienación mental, la imposibilidad física y demás estados psíquicos anormales".-

Entraremos a estudiar primero lo que se refiere a la edad, para luego estudiar los estados anormales citados por Fontán Balestra.-

CAPITULO VI

LA EDAD DEL SUJETO PASIVO.- El Art. 303 del Código Penal dice:-"El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años".-

Esta especie de violación exige dos aspectos:- Primero que haya acceso carnal, y, Segundo que se trate de un menor de catorce años de edad. Como lo que se refiere al acceso carnal ya lo analizamos, no nos ocuparemos de ello, sino que nos dedicaremos a lo segundo.-

El límite de la edad varía según las legislaciones, así - por ejemplo el Código Penal Español, en su Art. 429, dice: "Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los estados siguientes:-

".....

".....

"3o.- Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque - no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores".-

Esta disposición española nos habla de la violación carnal cometida en una mujer menor de doce años, no encaja dentro de nuestra legislación porque bien lo anota nuestro Código al decir "Con un menor de catorce años", no especifica el sexo, sino solamente la edad. Bien está para el Código español, ya que el considera como sujeto pasivo solamente a la mujer.-

Generalmente se adopta la edad de doce años para la mujer y de catorce para el varón, pues, es en esta época en la cual aparecen los primeros signos de pubertad.-

Groizard, -citado por Fontán Balestra-, considera que la niña menor de doce años que consiente, no puede decirse - que obra sin voluntad, ni mucho menos cohibida por ninguna fuerza física. Indudablemente, puede darse el caso de menores de doce años que conocen perfectamente la cuestión carnal y aún se han pervertido ya, pero tal es, sin duda, el caso menos común".-

Cuello Calón respecto a la edad opina:- "cuando es menor de edad, es decir, menor de doce años, es indiferente que el hecho se realice contra o con la voluntad de la agraviada o con su pleno consentimiento, pues, la ley presume

implícitamente en este caso, sin admitir prueba en contrario, la incapacidad de consentir de la violada.-

"El elemento subjetivo de esta modalidad, continúa el profesor español, de la violación está integrado por la conciencia de ser la violada menor de doce años y por la voluntad de realizar la unión carnal, por tanto, el consentimiento de esta circunstancia excluye el dolo".-

Pero Arcila González parece no estar de acuerdo con Cuello Calón cuando afirma que "La ley presume que el menor puede prestar consentimiento hijo de la espontaneidad".-

Arcial González cae en una nueva contradicción al aceptar la tesis de Fontán Balestra y negar la de Cuello Calón, pues, tanto la tesis de éste como la de aquel se parecen mucho en sus puntos de vista en lo referente al elemento subjetivo como el sujeto pasivo del delito de violación carnal.

SALVAGNO CAMPOA, -citado por Fontán Balestra-, considera que también la SENILIDAD puede ser incluida como estado que coloca a la víctima, dentro de los casos de violencia presunta moral.-

Esta teoría nos parece desde todos los puntos de vista la más absurda de las tesis que tratadistas como el mencionado han tratado de imponer en el mundo jurídico-penal, porque si bien es cierto que hay personas ya mayores de edad, entradas en una época cuyos órganos genitales ya no responden a la realidad del acto fisiológico, pero que aún conservan ciertos rezagos sexuales de los cuales se valen cuando intentan el acceso carnal, sin llegar a la completa consumación del mismo; pero no se puede aceptar que jóvenes, más o menos -mozos, hagan uso violento físico o moral de ancianas que ya han entrado en la menopausia y por ende no pueden o ya no sienten el deseo vehemente de satisfacer sus deseos erótico-sexuales, porque tal acto no solamente repugnaría a los actores del ilícito, sino que también irradiaría a la esfera social a la cual pertenecen, quien en estos casos los calificaría de "verdaderos monstruos sexuales"; y no pudiendo llegar a cometer este delito, tampoco podríamos llamarlo en la extensión de la palabra, "violencia carnal", sino que tomaría otra denominación distinta a la que estamos comen -tando, pues, solamente llegaría a convertirse, si así se nos permite llamarlo, una especie de aberración sexual.-

Fontán Balestra y otros innumerables autores rechazan la teoría de Salvagno Campos, por considerarla demasiado defectuosa y perjudicial dentro del campo jurídico-penal.-

PRUEBA DE LA EDAD DEL OFENDIDO. - Según la honorable Corte de Justicia es el examen médico-legista una prueba para demostrar la edad del ofendido. Según doctrina de la misma "mediante el exámen médico-legal se calcula la edad de la víctima considerando su desarrollo físico, genital y endocrínico, como la prueba más indicada para calificar la edad del individuo".-

Lisandro Martínez Z., se aparta de dicha doctrina y sostiene que es el "Registro Civil" la única prueba para demostrar la edad de la víctima. El afirma que "debe exigirse siempre el registro civil y negarse cualquier otro valor probatorio al reconocimiento médico.-

"La organización legal del registro notarial sigue siendo, - pues, la prueba por exelencia, y según el Decreto 1260 de 1970, es hoy día única prueba, ya que las partidas de origen eclesiástico, que antes eran pruebas supletorias, sirven ahora de base para sentar la correspondiente del registro civil. Sólo a falta de tal prueba **en edades no limítrofes de aquellas claves ya determinadas**, obra el dictamen médico-legal".

LUGAR DONDE SE DEBE HACER EL REGISTRO CIVIL. - Según la Ley colombiana de

1972, los nacimientos sólo se podrán registrar ante el Notario, Registrador Civil o Alcalde del mismo lugar donde éste haya nacido.-

La misma ley establece que en casos de no cumplirse la norma la persona denunciada comete violación y se la sancionará con multas hasta de mil pesos.-

CAPITULO VII

EL ESTADO DE INCONSCIENCIA. El Art. 300 del Código Penal - dice: "El que realice el acceso carnal con persona a la cual haya puesto en ESTADO DE INCONSCIENCIA....."

¿QUE ES ESTADO DE INCONSCIENCIA? Según el Diccionario de - la Real Academia, la inconsciencia es "el estado del individuo que no se dá cuenta exacta de sus palabras y acciones".-

Lisandro Martínez Z., define la inconsciencia como "la perturbación en la percepción, en la vida afectiva y en la volición, que afecta gravemente la actividad de un sujeto que en un momento dado, coartando su voluntad y limitando su capacidad de resistir".-

Según lo transcrito a la cística se la coloca en un estado de inferioridad síquica. Se le roba su voluntad y con ella todos y cada uno de los movimientos, dejándola en un campo difícil para defenderse.-

ELEMENTOS DE ESTADO DE INCONSCIENCIA.- Según Lisandro Martínez Z., los elementos de esta especie de violencia carnal, son los siguientes:-

1.- LA CONDUCTA O HECHO TIPICO, que se divide en:-

a.- ACCION:- Actos tendientes a colocar a una persona en estado de inconsciencia.-

b.- RESULTADO:- Tener acceso.-

c.- RELACION DE CAUSALIDAD Entre los dos elementos anteriores.-

2.- LA CULPABILIDAD:- (Tipo subjetivo, dolo)

3.- LA ANTIJURICIDAD:- (un elemento normativo, consistente en una circunstancia del sujeto pasivo: el estar en estado de inconsciencia.-)

MODALIDADES DEL ESTADO DE INCONSCIENCIA.- ANTONIO VALLEJO NAJERA,- citado-

por Lisandro Martínez Z., divide las alteraciones de la conciencia en "CUALITATIVAS y CUANTITATIVAS".- Las primeras se hallan asociadas a otras manifestaciones "patológicas" del psiquismo especialmente con las del yo".- "Las Cuantitativas" se caracterizan "por el entorpecimiento de las funciones".-

ciones síquicas: la atención se presta difícilmente y decae pronto; las percepciones son lentas, penosas e imperfectas y se reduce el campo de la conciencia".-

El mismo autor VALLEJO NAJERA divide los trastornos cuantitativos en: OBNUBILACION o percepción dificultada; SOMNOLENCIA o acentuada debilidad del conocimiento, y, COMA, esto es, absoluto estado de inconsciencia".-

Entre los muchos medios que se pueden emplear para poner a la víctima en "estado de inconsciencia" para conseguir por este medio el estado favorable a la lubricidad del agente tanto pasivo como activo, se cuentan los narcóticos, los afrodisiacos, las bebidas alcohólicas, el hipnotismo y ciertas preparaciones químicas.-

Estudiaremos cada uno de estos excitantes, excluyendo desde luego, los de carácter químico, por no haber encontrado materia de estudio, ya que en estos casos, parece que ningún tratadista ha entrado a pormenorizar las cualidades reactivas o reactivadoras de tales preparaciones.-

LOS NARCOTICOS.- Estos son sustancias capaces de producir en la víctima un sueño artificial más profundo que el sueño fisiológico.-

Fontán Balestra dice que "es indistinto, en estos casos, que el autor haya sido quien provocó o provocara este estado o que habiéndose encontrado a la víctima ya en él, hiciera uso y aprovechara de esta circunstancia".-

Arcial González, opina por su parte, una cosa similar a la de Fontán Balestra.-

Antonio Vicente Arenas, y con él todos los comentaristas del Código Penal, opina que "el que obtenga el acceso carnal después de haber puesto a la víctima en ese estado comete el delito de violencia carnal".-

LOS AFRODISIACOS.- "Los Afrodisiacos son sustancias, dice Fontán Balestra, capaces de excitar artificialmente el apetito sexual".-

"Para que pueda hablarse de violación imputable, continúa el citado profesor, es necesario que el sujeto activo haya administrado o suministrado tales drogas en la ignorancia o contra la voluntad de la víctima, porque si fue la mujer la que hizo uso del afrodisiaco, para lograr mayor excita-

ción sexual, con o sin conocimiento del autor de la violación, resulta evidente que la voluntad para el acto sexual existía en condiciones normales".-

No se puede precisar con toda seguridad si los afrodisíacos pueden o no constituir un agravante más para la comisión del delito que estamos comentando, ya que los afrodisíacos actúan con intensidad variable con los diferentes tipos de mujeres a quienes se los brindan, y por tanto no pueden sentarse normas absolutas, ya que como lo afirman muchos autores, son variadas las circunstancias en que tales sustancias obren en pro o en contra de la presunta víctima.-

"Si las sustancias actúan en forma tal que la víctima no pueda resistir, - dice Antonio Arenas-, creemos que debe aceptarse la violación".-

Pero si dicho excitante no es tan fuerte y poderoso como para poner en disposición a la mujer y ésta es capaz de aceptar todo rechazo, en este caso creemos, por nuestra parte, que no puede ni debe aceptarse la violación.-

Para tratar de comprender mejor la situación del delincuente y no ir a condenar a "tontas y a ciegas", es mejor consultar a los médicos- legistas sobre las posibilidades que tuvo la víctima para aceptar o rechazar la droga, y también si ésta tuvo efectos tan activos como para doblegar la voluntad y la sensibilidad de la víctima, y según el concepto dado por los peritos forenses, se podría dictar sentencia en ese caso, ya que ese mismo concepto podría servir como norma jurídica, para que sea aplicada por el juzgado.

LAS BEBIDAS ALCOHOLICAS.- En el presente caso podemos contemplar dos medios:-

a.) Si la mujer para vencer su pudor y con el deseo de acceder al acceso carnal ingiere bebidas embriagantes y una vez producidos los efectos de éstas y en estado de inconsciencia se efectúa el coito, no podemos hablar de violación carnal, y,

b.) Pero, si en cambio, el agente activo fue quien provocó ese estado de inconsciencia en la víctima por el abuso de las bebidas alcohólicas y se consumió el delito, puede entonces, hablarse de violación carnal.-

Fontán Balestra dice que "la ebriedad es susceptible de ser provocada, no solamente por el alcohol, sino también por otros tóxicos, particularmente por los denominados alcalohides".-

También en este caso podemos hacer el mismo paralelo que en el anterior e imputar el delito si ha sido provocado con o sin la voluntad de la víctima.-

Fontán Balestra hace una distinción notable acerca de la ebriedad, cuando afirma, en su tratado de "LOS DELITOS SEXUALES".- "Es necesario distinguir que la voluntariedad de la ebriedad en la víctima debe estar directamente vinculada con el acto sexual; es decir, que ella se haya propuesto llegar directamente a ese estado para aplacar los dictados de su pudor o de su natural timidez, pues, aún en el caso de que la ebriedad hubiera sido voluntaria, sin el propósito de llegar a tener relaciones sexuales con persona de terminada o indeterminada y esa circunstancia hubiera sido aprovechada por el autor, existiría violación".-

EL HIPNOTISMO .- Otro de los medios empleados para poner a la víctima en estado de inconciencia es el hipnotismo.-

Fontán Balestra dice que " en estado de hipnotismo una mujer que sea el medio propicio para ser hipnotizada, y son frecuentes estas predisposiciones en las mujeres de temperamento hiperemotivo o histéricas, puede ser violada sin que se dé cuenta, en estado de sueño hipnótico; tanto más cuanto que la hipnotizada obedece ciegamente los mandatos del hipnotizador".-

Pero como en todos estos estados de inconciencia influyen varias circunstancias atenuantes y agravantes, volvemos a insistir que para aplicar la sanción correspondiente debemos atenernos al dictámen médico-legal, para descubrir si en verdad el delito fué fruto del estado de sueño hipnótico o fueron otras las causas por las cuales la víctima se entregó al acceso carnal.-

También debemos cuidarnos de si la víctima lo hizo con su consentimiento y a sabiendas de lo que le iba a ocurrir y con este estado de ánimo consiente en caer en el delito no podemos hablar de violación carnal; pero si el agente activo mediante engaños y aprovechándose de que la víctima era

el "medium" preciso para ser hipnotizada, cometió el acceso carnal, es entonces, cuando se puede afirmar de que si, en verdad, se trata de un delito típico de violencia carnal.-

Creemos haber terminado con esta última parte el estudio sobre "VIOLACION CARNAL", de que nos habla el artículo 298 - del Código Penal Colombiano.

Debemos para terminar con esta breve monografía, ha hablar brevemente a dos modalidades de la violación carnal, de las cuales no nos habla nuestra legislación penal, pero que sí han sido tratadas con la precisión jurídica requerida para éstos casos, por otras legislaciones como la Española, y por autores de prestigio no solamente nacional sino que sus conceptos han transvasado los límites nacionales. Estas modalidades son: - La violación carnal entre cónyuges y la violación de una prostituta.-

CAPITULO VIII

VIOLACION CARNAL ENTRE CONYUGES.- Para entrar al estudio de esta clase de violencia carnal es necesario hacer una distinción fundamental sobre el particular:-

Dentro del matrimonio es indudable que la mujer no puede negarse a la realización del coito, porque el matrimonio " es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse recíprocamente", dice el Art. 113 del C.C., y la procreación no puede existir mientras no exista la cópula, ya que ésta viene a constituir el medio necesario para el cumplimiento de uno de los fines del matrimonio.-

Groizard, - citado por Fontán Balestra-, dice que, : " el más primordial de los deberes que la mujer casada tiene para con su marido, es de no negarse a la realización de los fines del matrimonio, de entre los cuales, ninguno hay más culminante que el de la procreación".-

Cuello Calón hablando sobre la violencia carnal dentro del matrimonio dice:-"el acceso carnal violento dentro del matrimonio será ilícito y constituirá violación cuando la mujer tenga derecho a resistir, como cuando fuere peligroso para ella o para la prole (en el caso del marido sifilítico, ebrio, etc.), o cuando constituya un acto lesivo del pudor público o de la propia mujer (v.g.r. si el marido intenta realizar la cópula en presencia de otras personas)".-

Antonio Vicente Arenas ampliando más el concepto del mencionado profesor español, nos presenta cuatro casos, a saber:-

PRIMER CASO.- Si el marido por medio de violencia física o moral, o poniendo a su mujer en estado de inconsciencia, tiene el acceso carnal con ella por vías anormales, es decir, por cualquier cavidad distinta a la vaginal entonces se puede afirmar con certeza real, que el marido comete el delito de violencia o violación carnal.-

SEGUNDO CASO.- Si el marido divorciado de su mujer, tiene con ella el acceso carnal por medio de violencia física o moral, o sin su consentimiento o poniendo

a la víctima en estado de inconsciencia, comete, también, el delito de violencia carnal.-

El divorcio en Colombia existente es el del matrimonio Civil. En el Matrimonio Católico existe la simple separación de cuerpos y de bienes; el matrimonio de acuerdo con el Derecho Canónico se extingue con la muerte de uno de los cónyuges, pero la separación de cuerpos y de bienes no disuelve el matrimonio, pero de acuerdo a lo establecido por el Art. 153 del C.C. "si suspende la vida común de los esposos", de manera que la mujer separada de sí puede negarse a la cohabitación y al lecho con el marido, y si éste intenta, aunque sea por las vías normales a la realización del coito, comete el delito de violación carnal.-

TERCER CASO:- El Código Civil trae la siguiente disposición el Art. 155:- "la demencia, la enfermedad contagiosa, y cualquier otra desgracia semejante en alguno de los cónyuges no autoriza el divorcio, pero podrá el juez, con conocimiento de causa, y a instancia del otro cónyuge, suspender breve y sumariamente en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando sin embargo subsistentes las demás obligaciones conyugales para con el esposo desgraciado".-

En este caso se pueden considerar dos aspectos:- Si la decisión judicial no ha sido dictada para suspender momentáneamente el matrimonio, la mujer no puede negarse a la cohabitación y rechazar el acceso carnal con su marido, aunque éste sufra cualquier enfermedad contagiosa o se halla en estado de demencia. Bien claro está que eugenésicamente esta clase de relaciones está prohibida y constituye un grave inconveniente para la sociedad, ya que de ellas resultan los hijos con taras y defectos, que más tarde serían el baldón de este hogar y de la sociedad que los recibió en su seno, pero jurídicamente es el ejercicio de un derecho no suspendido, y por tanto, si el marido en estas condiciones, obliga a la mujer al acceso carnal, por vías normales, o por cualquiera otro de los motivos que tipifican el delito de violación, no comete este delito.- Segundo Aspecto: si después de haberse dictado la separación de cuerpos por decreto judicial, el marido exige de su cónyuge las relaciones sexuales, bien puede

ésta negarse a ello, pero si el marido por todos los medios llega a consumar el acceso carnal, comete el delito que venimos estudiando.-

Las dos diferencias anteriores han sido establecidas por el Dr. Antonio Vicente Arenas, y nuestro modesto concepto nos indica, que el autor citado ha sentado doctrina al respecto y por lo tanto, él es el primero que se coloca a la cabeza de los tratadistas de esta parte del Derecho Penal, en cuanto a Delitos sexuales, se refiere.-

CUARTO CASO: Cuando la enfermedad contagiosa o repugnante no autoriza la separación de cuerpos, la mujer puede negarse a practicar el acceso carnal, y si el marido intenta por medios coercitivos o morales o poniendo en estado de inconsciencia a la mujer, comete el delito de violación carnal.-

PORTE PETIT, -citado por Lisandro Martínez Z., hablando sobre lo que venimos comentando dice:- " El cónyuge tiene, de acuerdo con el matrimonio, derecho a la cópula normal exenta de circunstancias que la maten de ilicitud. Por tanto, al realizarla ejercita un derecho. Ahora bien, al efectuarse dicha cópula por medio de violencia física o moral, está ejerciendo ilegalmente un derecho.. Por otra parte no obstante que se realice la cópula violentamente, no existe el delito de violación, ya que el sujeto tiene derecho a la cópula, aún cuando ha habido abuso de ese derecho, originándose, en todo caso, un diverso ilícito penal".-

Esta teoría no encaja en nuestro derecho. Varios tratadistas sostienen que sí para obtener el acceso el esposo hiere a la esposa, responde por el delito de "Lesiones personales".

Según Lisandro Martínez Z., existe otra tesis que el denomina "PREDOMINANTE", que según ella, "el acceso carnal violento entre cónyuges no es delictivo como regla general, con numerosas excepciones, que harían la conducta ilícita en casos como:-

- a.- La obtención del acceso anormal;
- b.- El acceso carnal, cuando media separación de cuerpos;

c.- La realización del acceso, cuando existe enfermedad infecto-contagiosa, o, demencia.-

"Sintetizando, tenemos que, en nuestro sentir, no se tipifica el acceso violento entre esposos (con las excepciones señaladas), no sólo por la exclusión de antijuricidad que entraña el ejercicio de un derecho, sino por - existir una presunción de consentimiento general para el acceso, que nace del matrimonio mismo".

ILEGITIMIDAD DE LA VIOLACION.- La Violencia carnal debe tener el caracter de íle

gitima, pues, como ya lo hemos visto sí el marido o el autor del coito tiene el pleno derecho sobre la víctima no se puede hablar nunca de violencia carnal. Sí la mujer alegare violencia o el empleo de la fuerza física o moral para que se realice la cópula, no tendrá ninguna validez, porque ningún derecho es atropellado en ella - por el marido, al obligarla, contra su voluntad, a realizar con él un acto que tiene el deber de prestarse a ejecutar.-

CAPITULO IX

VIOLACION CARNAL DE UNA PROSTITUTA.- Se ha discutido si el obtener la cópula con una meretriz, mediante violencia física o moral puede constituir o nó el delito de violación carnal; y segundo, en caso afirmativo, si la graduación de la pena debe ser la misma en éste que en otros casos.-

Al hablar del sujero pasivo, vemos cómo una prostituta podría ser objeto de la violación carnal, pero nosotros consideramos que el delito en cuestión merece un estudio serio y sin apasionamientos.-

Nos limitaremos a hacer una breve crítica a los conceptos emitidos por el maestro Carrara, quien después de un detenido estudio sobre el particular, llegue a la conclusión de que la violencia carnal sobre una prostituta constituye indudablemente, el delito de violación, si bien el hecho aparece como mucho menos grave si se tiene en cuenta que el pudor no ha sufrido la lesión de que es objeto cuando el hecho recae sobre una mujer de vida honesta, y que la circunstancia de haberse decidido un hombre a forzar a una ramera, hace pensar que el mismo no habría osado, probablemente, ha hacer lo propio con una doncella o mujer de otra condición.

Nosotros no estamos de acuerdo con la tesis del profesor italiano, porque, si bien, un hombre se ha decidido a forzar a una mujer de vida disoluta, lo ha hecho porque bien sabe que ésta se ha dedicado al comercio carnal y que el honor y el pudor en ella carecen de todo valor, ya que no se encuentran radicados en la misma, antes por el contrario, los ha perdido; no sucedería lo mismo si se lanzara contra una mujer de vida honesta o una vírgen, pues, en ella obra todavía el honor y el pudor necesarios como para hacerle frente al delito mismo de la violencia; esto en cuanto se refiere al honor y pudor sexuales, pero en cuanto a la libertad, podemos decir, que la libertad sexual se halla coartada igualmente en uno que en otro caso, ya que admitir lo contrario, importaría tanto como desconocer a la mujer prostituida, por ser tal, todo derecho sobre su cuerpo, lo cual resulta jurídicamente inadmisibile.-

En cuanto a la segunda hipótesis, de que si la violación de una prostituta, debe castigarse con las mismas penas -

conque se castiga al que comete el delito sobre una mujer de vida honesta, tenemos que decir que ya algunas legislaciones han puesto en práctica la pena menor, después de haber hecho un estudio sobre los diferentes estados por los cuales puede pasar una mujer; para establecer sus diferencias básicas entre mujer casada, la honrada y la prostituta, y según estas bases penar al delincuente, modificando en gran parte la pena que les estaba señalada, ya que como lo afirma Fontán Balestra: "Es muy distinta la peligrosidad del sujeto que viola a una criatura de pocos años, de la de aquel otro que persigue su satisfacción sexual en una mujer adulta o hace víctima de sus instintos venéreos a una prostituta".-

Nosotros somos partidarios de que la legislación penal lombiana adoptara el sistema argentino, cual es, el empleo de las penas elásticas, mediante las cuales queda liberada al criterio del juez, la apreciación de las circunstancias que rodean el hecho, a los fines de apreciar la peligrosidad del actor.-

CAPITULO X

LA CONSUMACION Y LA TENTATIVA.- El Autor Italiano Ranieri, -citado por Lisandro Mar-

tínez Z., define así la Tentativa:- "Constituyen tentativa de violencia carnal sólo aquellos actos que a ella se dirigen, sin tomar el caracter de actos libidinosos, es decir, sin concretar actos de concupiscencia; por ejemplo, echar por tierra a la mujer y levantarle los vestidos, etc.".-

Carrara, citado por Antonio Vicente Arenas-, hace una distinción por demás interesante e importante desde luego, entre DELITO CONSUMADO y DELITO AGOTADO, he aquí sus propias palabras:- "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".-

Vincenzo Manzini, dice:- "en cuanto a la tentativa, ella es posible, en relación con los delitos sexuales, sólo cuando consisten en actos preparatorios y ejecutivos idóneos y no equívocos, dirigidos a la unión carnal (por ejemplo arrojar a la víctima sobre el lecho, levantándole los vestidos, etc.,) distintos de los actos libidinosos aún cuando estén dirigidos a la unión carnal, porque éstos causados constituyen por sí solos el delito consumado, independientemente del fin a que están dirigidos".-

Cuello Calón opina, que "no se concibe en este delito el momento de la frustración o tentativa".-

Parece que el autor español está en un grave error, por si el sujero activo por circunstancias ajenas a su voluntad, como sería por ejemplo, por indiscreción de otra persona que llegue en el momento preciso de la ejecución del delito y perturbe con su presencia el acto, abandonando sus propósitos y deja a la víctima en el lecho, se ha frustrado el delito y ha llegado a configurarse en tentativa".

Fontán Balestra dice: "La tentativa es jurídicamente posible en el delito de violación".-

"Hechos que no pueden haber llegado nunca a constituir el acceso carnal, agrega el citado autor, deben ser considerados como configuradores del atentado al pudor.- Si el autor tuvo el propósito de llegar a la cópula, pero no llegó a consumarla por circunstancias ajenas a su voluntad, habrá habido tentativa. Si en cambio. el agente pudo

haber llegado al acceso carnal y no lo hizo, ya que fuera por ser más limitada su acción o por desistimiento voluntario, no habría sino atentado al pudor.-

"La generalidad de los autores admiten la tentativa en el delito que nos ocupa, sin que ello implique la posibilidad de identificación de esa figura con la de atentado violento al pudor".-

En fin, de todos modos la mayoría de los autores, en una u otra forma, en sus diversos conceptos sobre el particular, admiten la posibilidad de la tentativa en el delito de violación carnal.-

CAPITULO XI

AGRAVANTES ESPECIFICAS.- El Art. 306 del Código Penal trae las siguiente agravantes específicas sobre el delito que hemos venido comentando:-

- 1o.- Si se cometiere con el concurso de otra u otras personas.
- 2o.- 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.
- 3o.- Si la víctima quedare embarazada.
- 4o.- Si se produjere contaminación venérea, y
- 5o.- Si el delito se realiza sobre persona menor de diez años.-

El Nuevo Código Penal Colombiano dejó por fuera de las agravantes específicas dos modalidades antes contempladas, como son la "Virginidad". y la "Honestidad". Dejó en vigencia "El Concurso", "La autoridad" y "El daño en la salud"; introduciendo dos figuras nuevas, como el "Embarazo" de la víctima y la edad de diez años para el sujeto pasivo.-

Sin adentrarnos en las razones que el legislador tuvo para dejar a un lado "La virginidad" y "La honestidad" trataremos muy someramente, estas dos figuras de agravantes específicas del delito de Violación Carnal.-

A.- VIRGINIDAD.- Guillermo Uribe Cualla define así la virginidad:- "Virginidad es la conservación del Himen intacto, es decir desde el punto de vista médico-legal, se dice que una mujer es virgen cuando su membrana himeneal permanece íntegra".-

Esta parte de nuestro estudio merece especial atención y antes que un estudio en sentido jurídico, más bien, es un estudio médico-legal, y por eso no nos arriesgamos a hacerlo, por ser legos en la materia, pero por lo menos trataremos de esbozar una parte de tan interesante tema.- Para ello comenzaremos por describir algunos signos característicos de la doncellez o virginidad.-

Arcila González al respecto dice:- "Algunos autores describen algunos signos que se consideran como características de la doncellez o virginidad, como son: la contextura de la región vulval, en que los grandes labios están

muy en contacto no entreabriéndose en pequeños labios o en el canal vaginal; su mayor tonacidad comprobable en el exámen ginecológico; la coloración rosada de la mucosa vulval etc., todos estos signos si bien pudieran considerarse importantes, es lo cierto que la experiencia demuestra que son simplemente secundarios porque intervienen múltiples factores que hacen que en muchas mujeres, no obstante ser vírgenes, sin embargo no se encuentran. Por lo tanto, el único dato, si transcendental, que nos orienta para demostrar la virginidad desde el punto anatómico, es el estado de la membrana Hímen".-

Pero al hacer un estudio detenido de los órganos genitales de la mujer, y sobre todo en aquellos órganos externos, si así se nos permite llamarlos-, encontraremos que hay factores que nos indican por medio de un exámen médico-legal minucioso, que tales signos característicos han desaparecido antes o mucho tiempo antes que la mujer haya sido sometida al acceso carnal; que su membrana himeneal ha desaparecido por completo debido a causas externas motivadas por ciertas clases de maniobras empleadas por nuestras mujeres como sería por ejemplo, el montar en bicicleta o hacer ejercicios de equitación por demás exagerados, u otros similares, o también, como ya lo describía Tardieu al definir la violación, cuando afirmaba que puede ser hecha por la misma mujer, "por la intromisión completa y forzada, o sea, por una aproximación sexual completa y no consentida".y para el efecto ha empleado o emplean quienes practican onanismo femenino, para satisfacer sus deseos erótico-sexuales objetos más o menos parecidos al miembro viril del hombre.-

Queremos refutar en parte la tesis sostenida por Arcila González, en el sentido de que "el único dato que nos orienta para demostrar la virginidad desde el punto de vista anatómico, es el estado de la membrana hímen", ya que ello también es relativo, porque estudiando con cierto detenimiento la parte de la anatomía femenina, en lo que se refiere a la himenealogía, podemos decir, que es falso, que esta membrana sea el único dato que nos dé pruebas fidedignas de la virginidad de la mujer, pues, hay hímenes de varias clases, y que puede soportar una acción erótica-sexual en tal forma que parece que nunca pudo haber pasado la acción delictuosa o la formal, ya que permanece intacto a la luz de los exámenes médicos y de la ignorancia de quien hace -

uso de la víctima, como ocurre por ejemplo, con los hímenes llamados "COMPLACIENTES", que son tan elásticos que después de haberse efectuado el coito vuelven a su estado natural, y después del parto o en el mismo momento de éste es necesario romperlo por medio de la cirugía para dar salida a la criatura. De modo, pues, que todavía le hace falta a la ciencia médica decir la última palabra sobre las características de la virginidad.-

No queremos hacernos extensos sobre el estudio de la hime - nealogía, porque como ya lo expresamos al comienzo de este comentario nuestros conocimientos son nulos en esta materia pero si queremos sintetizar el pensamiento del profesor Arcila González, cuando el nos habla del proceso de cicatrización del Hímen:

He aquí su pensamiento:- "Cuando se trata de una mujer vír - gen y cuyo hímen en su desfloración no es elástico se pro - dicirá su ruptura como consecuencia del coito, y si el exá - men de los peritos médico-legistas se hace presente, se com - probaran las siguientes características de la desfloración reciente como son: _ una o varias desgarraduras de la menbra - na cuyos colgajos estarán tumefactos, dolorosos, separados y hasta sangrantes, según los casos.-

"El proceso de cicatrización de estos colgajos es más o - menos largo, según los múltiples factores que dependen de la constitución de la membrana, de la frecuencia de los - coitos que traumatizan las desgarraduras y retardan la ci - catrización. Por esta razón en ocasiones se ven cicatriza - ciones en tres, en cinco, en ses días; en quince, y aún - en veinte días, como dice Devergie, en casos extraordina - rios. Por término medio la cicatrización de los colgajes - himeneales se hace entre los seis y diez días".-

Hecho este pequeño resumen de la cicatrización del hímen esbozaremos siquiera un pequeño comentario a lo que se en - tiende por desfloración.-

"Se entiende por desfloración, dice Uribe Cualla, la ruptu - ra de la membrana Hímen en el curso del coito practicado - en una mujer vírgen, es decir, que tenía intacta la menbra - na".-

"Cuando ha existido una desfloración reciente, dice Arcila González, es porque no ha terminado el proceso de cicatri - zación, sabiendo que ese proceso no se hace por afrontamien - to de los bordes de las desgarraduras, como se verifica en

una herida cualquiera, sino que se separa por retracción de los colgajos".-

Respecto a la desfloración antigua el mismo autor anota que "cuando se afirma que se trata de una desfloración antigua no quiere decir con ello que hace meses o años fue verificada la desfloración, sino únicamente que se terminó el proceso de cicatrización.-

"Cuando se trata de una desfloración antigua, es decir, ya terminada la cicatrización y retracción del hímen, tratar de decir cuando se verificó la desfloración es materialmente imposible, porque el hímen una vez cicatrizado, puede conservarse en su mismo aspecto por un tiempo indeterminado e indefinido aunque se verifiquen muchas relaciones sexuales, ya que según lo dijimos anteriormente lo único que modifica profundamente es el parto, cuando deja como sus únicos vestigios las carúnculas martiformes".-

B.- IRREPROCHABLE HONESTIDAD.- Al entrar a hacer el comentario respectivo sobre el particular, debemos hacer una singular diferencia entre las palabras "virginidad" y "Honestidad", ya que ellas no son palabras sinónimas, porque bien puede suceder que la mujer no sea virgen pero sí serlo honesta, y viceversa, ser virgen y deshonesto.-

La Honestidad puede revestir dos formas, según clasificación hecha por Antonio Vicente Arenas: una individual y otra social.- "La primera puede tomarse como sinónimo de castidad y la segunda como notoria buena fama".-

Para reputarse una mujer honesta no es necesario que ésta sea inmaculada, sino basta tan sólo que desfrute del aprecio social, de notoria fama aunque haya en su vida un lunar por sí solo insuficiente para estimar su honestidad digna de reproche.-

"Es indudable, dice el autor citado, que la sociedad repugna por las uniones transitorias, máxime si no tiene por objeto la procreación, y por eso refuta deshonesto a la mujer que se une habitualmente con hombre distinto de su marido, particularmente cuando no tiene en mira los altos fines de la aproximación sexual.-

"Una mujer con éstos hábitos, aunque sea reservada y discreta, puede gozar de relativo aprecio social, sin que por eso pueda decirse que su honestidad sea reprochable. Por tanto,

aunque este relativamente bien reputada y goce de consideración en los círculos sociales, si llega a establecerse - que practicaba el acceso carnal fuera del matrimonio, no se puede cargar a quien la viole, la agravante que estamos analizando".-

CONCURSO.- La violación carnal se agrava cuando concurren dos o más personas. No es necesario que todas ellas tomen parte en el acceso carnal o lo intenten o hayan tenido intención o propósito de practicarlo, solamente basta que hayan intervenido para disminuir la fuerza o la resistencia de la víctima, aunque haya sido su intervención secundaria.-

Por tanto, cuando han concurrido dos o más personas para la ejecución del acceso carnal, o hayan intervenido con más o menos fuerza o acción deberá aplicárseles la pena señalada en el Art. 306, aunque el acceso carnal lo haya tenido uno solo.-

AUTORIDAD.- El Art. 306 dice:- ".....2o. Si el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza".-

Si se trata de ser el responsable ascendiente, hermano o a fin, el caso debe resolverse, no como simple violación carnal, sino como concurso formal de violencia carnal e incesto, como en el caso de que un padre cometiere el acceso carnal con su hija menor de doce años.-

También podemos distinguir, ya no el caso de que se trate de un padre o de un hermano o de un afín de la víctima, si no de personas que influyen directamente sobre la personalidad misma de la víctima, como por ejemplo, el sacerdote que investido de su carácter induce, desde el confesionario o desde cualquier otra posición, a cometer el delito de acceso carnal, cae éste también dentro de la agravante que nos ocupa, ya que él abusa de esa autoridad de la cual se halla investido.-

Si el responsable es educador o está encargado de la guarda de la víctima y abusando de la particular autoridad que le dá ese carácter comete el delito que venimos estudiando y se hace acreedor a las penas señaladas por la disposición transcrita.-

No queremos hacernos extensos citando un sinnúmero de casos que caen dentro de los agravantes que nos ocupa, porque según Antonio Vicente Arenas "en todo el criterio denominante debe ser la realización de dependencia entre los sujetos activo y pasivo, o el ascendiente moral del victimario sobre su víctima".-

MUERTE.- Otra de las circunstancias agravantes del delito de violación carnal es cuando los actos ejecutados sobre la víctima ocasionaren la muerte.-

Pueden ocurrir dos casos: a.- Los actos violentos ocasionan la muerte antes de que el agente logre el anhelado acceso carnal y en vista del estado letal de su víctima, se arrepiente y se abstenga de ejecutar su propósito; y b.- Si después de muerta la víctima, el victimario, como resultado de la violación, practique el acceso carnal en el cadáver.-

En la primera hipótesis debía castigarse o resolverse, mejor dicho, como concurso de homicidio y tentativa de violación carnal, porque en nuestro Código la tentativa de violación carnal es una de sus formas agravadas y debe aplicársele la pena máxima.- En la segunda Hipótesis habría concurso de homicidio y profanación de cadáveres o "delito imposible de violación carnal.-

GRAVE DAÑO EN LA SALUD.- En cuanto al grave daño de la salud de la víctima de violación carnal, tenemos que diferenciar si las lesiones o el grave daño a la salud fueron la causa de la violencia física o por agentes extraños a la misma fuerza.-

Si la violencia física ocasiona en la víctima lesiones leves, como maltratamientos o pequeñas desgarraduras o heridas sin importancia, debe tenerse en cuenta, como circunstancia de agravación, cuando el daño en la salud haya sido grave.-

Si el daño grave en la salud ocurre por causas extrañas a la fuerza física, como sería por ejemplo, el contagio venéreo en el sujeto pasivo, debe tenerse en cuenta esta circunstancia de agravación para el enjuiciamiento y la condenación del sujeto activo.-

Veamos por último si la desfloración puede constituir o no lesión personal. Al respecto al profesor Manzini dice: "La desfloración no puede considerarse como lesión personal -

con respecto al delito de acceso carnal violento o abusivo, pues, en realidad, es un hecho fisiológico, y no patológico como en cambio debe ser la lesión.-

'Es un hecho necesario para actuar la completa unión carnal con una mujer virgen y, por lo tanto, es un elemento constitutivo, eventual, del delito, así que no puede considerarse como delito concurrente o circunstancia agravante.-

"Si en cambio por la inmadurez del sujeto pasivo, por la brutalidad del acoplamiento, o por otra causa, la desfloración se asocia a hechos patológicos (laceración vaginal, etc) no puede existir alguna duda acerca de la naturaleza de "lesiones personales" de los mismos hechos".-

De modo que, solamente la desfloración viene a constituir - lesiones personales, solamente, como lo observa Manzini, - cuando perjudica de manera notoria por la brusquedad del - acoplamiento a la víctima en sus órganos genitales, de otro modo no pueden alegarse como "lesiones personales", el simple desfloramiento de una mujer virgen.-

Así hemos terminado esta pequeña monografía acerca de uno de los delitos que por sus características es uno de los - que debe prestársele mayor estudio, dado que la nueva legislación Penal ha modificado sustancialmente a la anterior. Se deberá en un tiempo no muy lejano obtener nuevas fuentes de estudio e investigación.-

F I N

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE INGENIERIA
DEPARTAMENTO DE INGENIERIA
ELECTRICA

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

ARCILA GONZALEZ
ARENAS ANTONIO VICENTE
CARRARA FRANCESCO
CUELLO CALON EUGENIO
JIMENEZ DE ASUA LUIS
MARTINEZ Z. LISANDRO
ORTEGA TORRES JORGE
PEREZ LUIS CARLOS
URIBE CUALLA GUILLERMO

AN

T

17461

364.15

P348

Pazmiño, Gualberto Héctor

Ej.1.

La violación carnal

VENCE

NOMBRE

Alfonso Linares

No. del Carnet

NOMBRE

Hector Colera

No. del Carnet

NOMBRE

Manuel Huentay

No. del Carnet

27078455

NOMBRE

Diego Achale

AN

T

364.15

P348

Ej.1.

17461