

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL HONOR SEXUALES

Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez

Estos delitos están reglamentados en el Título XII de nuestro código penal, y son: La violencia carnal, el estupro, los abusos deshonestos, la corrupción de menores y el proxenetismo.

El objeto jurídico tutelado por la ley, al conminar con sanciones los hechos definidos en este título, está constituido por la libertad y el honor sexuales, bienes que se ofenden conjuntamente en la mayoría de estas infracciones, pues sólo por excepción se viola con tales ilícitos uno solo de esos intereses, como ocurre en la violación de una meretriz, caso en el cual se hiere únicamente la libertad sexual.

La libertad sexual es la facultad que tienen las personas para disponer de su cuerpo en relaciones lujuriosas. La capacidad de ejercicio de ese derecho se reconoce en nuestra ley penal a los diez y seis años. Sin alcanzar esta edad carece de eficacia el consentimiento para el trato sexual, y cualquier acto libidinoso realizado con el menor acarrea responsabilidad para el cómplice.

El honor sexual, desde el punto de vista íntimo o subjetivo, es el personal sentimiento de la propia dignidad; la posesión del recato o virtud del pudor. Desde el punto de vista externo u objetivo, el honor sexual es la buena fama o reputación de que goza una persona en la comunidad, por la integridad de sus costumbres y su moralidad; equivale a honra u honestidad.

VIOLENCIA CARNAL

Está reprimida en el artículo 316, que prescribe:

“El que someta a otra persona al acceso carnal, sin el 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 de edad o con persona a la cual haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia".

Sujeto activo

Ordinariamente es el hombre el agente activo de la violación carnal. Pero también puede serlo la mujer. (Carrara, Manzini, Gómez, Arenas, Pérez, etc.).

Sujeto Pasivo

Víctima del reato puede ser igualmente cualquier persona, hombre o mujer, sea o no de vida honesta.

Elemento objetivo

Materialmente la violencia carnal se integra por el acceso carnal, que consiste en la introducción, completa o incompleta, del miembro viril en el esfínter vaginal o anal de otra persona, de modo que sea posible la cópula o un equivalente, aunque no se llegue al vaciamiento de la esperma o perfección fisiológica del acto.

Hay autores, entre ellos Manzini, que incluyen en el acceso carnal el llamado coito oral, que se presenta por la penetración del órgano masculino en la boca. Entre nosotros, el Dr. Luis Carlos Pérez comparte esa opinión. Sin embargo, nuestra jurisprudencia no ha seguido ese criterio.

El Dr. Gustavo Rendón manifiesta que la expresión "acceso carnal" debe entenderse como la cópula normal, esto es, la unión del hombre y la mujer por el conducto regular o natural de la vagina. Esa interpretación restringida no se compadece con la doctrina universal ni ha tenido repercusión en los tribunales.

El acceso carnal para los efectos de la represión penal, puede, pues, ser normal o anormal, intersexual u homosexual.

Medios comisivos

La violencia carnal se comete sometiendo a la persona ofendida al ayuntamiento mediante coacción por fuerza física o intimidación (violencia moral). También accediendo a menores de catorce años o a personas a las cuales haya colocado el agente, por cualquier medio, en estado de inconsciencia.

En el primer caso, cuando se vence la resistencia de la víctima con violencia física o moral, hay, como dice Pérez, un sojuzgamiento expreso. En los dos últimos, cuando se trata de menores de catorce años o de personas inconscientes, colocadas en ese estado por obra del delincuente, el sojuzgamiento es presuntivo, por la incapacidad para consentir en que se encuentran.

Cuando el medio de constreñimiento es la violencia —física o moral— debe ser ésta suficientemente idónea para superar una oposición cierta y real de la ofendida, habida consideración de las circunstancias de cada caso, de tal modo que se pueda afirmar ausencia de consentimiento de la víctima en el acceso carnal y que sin la violencia no se habría realizado el acto. En otras palabras, es preciso que medie un nexo o vinculación causal entre la coacción y la entrega de la persona ofendida. Asaz elocuentes son las palabras de Maggiore sobre ese particular, cuando dice:

"No se requiere cualquier violencia grave, ni es suficiente una violencia leve; sólo se requiere una cosa: la idoneidad de esa violencia para vencer, en un caso concreto, la resistencia de la víctima. Esta resistencia —real o posible— mide la idoneidad de la violencia, y si el paciente no resistió, pudiendo hacerlo, o resistió débilmente, para salvar el honor de las armas o, peor todavía, para excitar el apetito del agresor, no se podrá hablar de violencia. La violencia agradable a las muchachas (vis grata puellis), deja ilesa la voluntad".

En tratándose de menores de catorce años, la ley prohíbe de manera absoluta la unión sexual con ellos, por considerar que carecen de discernimiento suficiente para valorar la trascendencia de sus actos y que no están en condiciones para realizar, sin grave perjuicio, prácticas libidinosas. De ahí que el hecho constituya siempre el delito en cuestión, aunque no se hubiese opuesto resistencia y a pesar de la aparente voluntad conque el menor se hubiere prestado a la conjunción carnal. La incapacidad de menor de la expresada edad es presumida por la ley, sin posibilidad de prueba en contrario.

Conviene poner de presente que la edad se establece judicialmente con la partida civil de nacimiento de origen notarial, y en su defecto con la partida eclesiástica. A falta de toda clase de registros, por medio de un dictamen médico-legal.

La inconsciencia transitoria, para el evento de la violación carnal, debe ser provocada, como atrás se dijo, por el agente activo del punible, pues si éste se limita a aprovechar un estado anormal de esos, no puesto en acto por su acción, el delito que se conforma es el de estupro, de acuerdo con el inciso 2o. del artículo 319.

En otras legislaciones, como la argentina, el acceso carnal practicado con personas privadas de razón o sentido, sea por causa del responsable o por factores extraños, constituye violencia carnal. Ese sistema, defendido por autores tan calificados como Carrara y Manzini, es indudablemente más científico. La persona demente o inconsciente, cualquiera sea el motivo, no puede consentir libremente ni está en condiciones de defender su inviolabilidad carnal, lo que es bastante para que el acceso a que se la someta adquiera doctrinariamente los perfiles de una verdadera violencia carnal.

A una persona se la puede colocar en estado de inconsciencia haciéndola ingerir alcohol en cantidades abundantes, o suministrándole sustancias tóxicas, o aplicándole ciertas drogas que tienen el poder de desconectar la conciencia, o por medio de la hipnosis. El uso de medios de esa índole, para avasallar a la víctima, es una especie de violencia o un equivalente suyo.

Violencia carnal entre cónyuges

Mucho se ha discutido si entre cónyuges puede haber violencia carnal, cuando se obtiene el acceso carnal con el empleo de fuerza o mediante intimidaciones. Hay autores, como el argentino Eusebio Gómez, cuya opinión es compartida entre nosotros por Luis Carlos Pérez, que sostienen la existencia del delito, afirmando que el matrimonio no da derecho a exigir por la fuerza los deberes que el estado impone, cuyo incumplimiento podrá dar lugar a medidas como el divorcio, mas no a la legitimación de la violencia, que es siempre contraria a la dignidad y a la autonomía de la persona humana. Otros, y nosotros con ellos, opinan que sólo por excepción puede presentarse la violencia carnal entre los cónyuges, en hipótesis irregulares como estas:

- a) — Cuando el marido obligue a su mujer a unirse con otro hombre. (Masoquismo moral, o rufianería de tipo económico);
- b) — Cuando se emplea un medio violento para obtener el acceso, existiendo divorcio o separación legal, situaciones que ponen fin a ese débito conyugal;
- c) — Cuando se pretenda saciar el apetito sexual contra natura, vale decir por vías anormales, en forma que lastime el decoro de la persona y relaje sus costumbres; y,
- d) — Cuando se padece de grave enfermedad, cuyo contagio pueda poner en peligro la vida o la salud del cónyuge.

Calificantes de la violencia carnal.

De acuerdo con el art. 317, la pena señalada en el art. 316 para la violencia carnal se agrava cuando el hecho se comete en una mujer virgen u honesta; o cuando se ejecuta en concurso de delincuentes; o cuando el agente tuviere una particular autoridad sobre la víctima, por razón de cualquier carácter, posición o cargo. Textualmente dice la disposición:

“La pena señalada en el artículo anterior se aumentará hasta en una cuarta parte en los casos siguientes:

“1o.) Si el delito se comete en la persona de una mujer virgen o de irreprochable honestidad.

“2o.) Si se comete con el concurso de otra u otras personas.

“3o.) Si el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”.

En la hipótesis del ord. 1o, la víctima tiene que ser lógicamente una mujer. En los otros dos casos, el sujeto pasivo puede ser hombre o mujer.

La virginidad dice relación a la integridad material de la membrana del himen, cuya ruptura se conoce como desfloración, circunstancia que se acredita judicialmente por medio de un dictamen médico-legal.

La honestidad sexual es el don de la castidad, del recato; la abstinencia a excitaciones extramatrimoniales de la libidine.

La honestidad no coincide siempre con la virginidad. Una mujer puede haber sido desflorada y ser honesta, como en el caso de la mujer casada, o que ha sido víctima de un atropello anterior, o que por mero accidente ha perdido su himen. Y a la inversa, una mujer puede conservar intacta esa membrana y ser una depravada, como en el ejemplo que cita algún autor de la virgen corporal que usufructúa un prostíbulo.

La agravación por codevincuencia se da cuando dos o más personas intervienen en la violencia, no siendo necesario que todas accedan carnalmente a la ofendida. Basta la prestación de ayuda para vencer la resistencia de la víctima. Los actos del cooperador se juzgan conforme a los arts. 19 y ss.

La otra causal calificante, la prevista en el ord. 3o., comprende situaciones en las que la víctima se encuentra, con respecto al violador, en condición desventajosa para oponerse, por la presencia de ciertos vínculos naturales o artificiales que imponen subordinación y reverencia, lo que da ocasión y facilidad al agente para el cumplimiento de la acción criminal. Así ocurre, por ej., en las relaciones de padres a hijos,

de tutores y curadores hacia sus pupilos, de agentes de la autoridad hacia las personas que acuden ante ellos en demanda de protección, de maestros a discípulos, etc.

Violencia carnal especialmente agravada por muerte o lesión consecencial de la persona ofendida.

Establece el art. 318:

“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”.

La expresión “actos” en la disposición legal, comprende el acceso carnal en sí, en cuanto produzca aquellas consecuencias anormales, y las acciones de fuerza desplegadas para rendir a la persona.

La consecuencia muerte o lesiones no debe haber sido en este caso querida por el responsable, pues que de ser así se configurarían delitos propios y autónomos de homicidio o lesiones personales, de tipo doloso y agravados por el móvil, delitos que concurrirían en forma real o material con la violencia carnal. El resultado muerte o grave daño en la salud, en el evento del art. 318, a lo sumo puede ser imputable a culpa, para que se incorpore a la violación y se sancione únicamente dentro de este título, como delito complejo.

La contaminación venérea y las lesiones de alguna entidad constituyen grave daño en la salud. Las lesiones leves deben considerarse como integrantes del elemento fuerza y absorbidas por éste, para efectos de la calificación jurídica de la infracción. Así lo ha considerado la jurisprudencia argentina.

Las desgarraduras del perineo y las escoriaciones de la mucosa vaginal, son secuelas naturales del acoplamiento sexual. En consecuencia, no se pueden tener como grave daño en la salud, para hacer operar la calificante del art. 318. Así lo ha reconocido nuestra Corte Suprema de Justicia.

Causal de impunidad. (el matrimonio).

Contempla nuestra ley, en el art. 322, ubicado en el cap. III del título en examen, capítulo que contiene disposiciones comunes para la violencia carnal y el estupro, una causal especial excluyente de pena para los autores de estos delitos, consistente en el matrimonio celebrado posteriormente con la mujer ofendida. Reza así la citada disposición:

“El responsable de los delitos de que tratan los dos artículos an-

teriores quedará exento de pena si contrajere matrimonio con la mujer ofendida”.

Para que prospere esta causal de impunidad, no basta la oferta del agente de unirse en matrimonio con la perjudicada, es necesario que el vínculo se contraiga realmente y como expresión del querer de la mujer, pues no podría exigirse a ésta, sin incurrir en un nuevo atentado contra su dignidad, que se uniera legalmente con el agresor.

El matrimonio se prueba con la correspondiente partida civil o, en su defecto, con la eclesiástica, identificada por medio de testigos.

En el caso de codeinfluencia, el matrimonio de uno de los partícipes del reato con la ofendida favorece a los demás, por el carácter unitario del delito y de la acción penal, que no puede ser fraccionada en casos como éste.

La razón de ser de la causal eximente de penalidad descansa en la presunción de que el matrimonio repara, en buena parte al menos, el daño privado y público de la infracción y es la manifestación de un arrepentimiento en el delincuente.

Causal de atenuación.

El art. 321, que se encuentra también en el capítulo de disposiciones comunes para la violencia carnal y el estupro, consagra como motivo aminorante de las sanciones fijadas para estos delitos la circunstancia de ser la ofendida una meretriz o mujer pública. Prescribe:

“Las penas señaladas en los capítulos anteriores serán disminuídas hasta en la mitad si la víctima de los delitos allí previstos fuere una meretriz o mujer pública. En este caso no se podrá proceder sino a virtud de petición o querrela de parte”.

Se explica la menor penalidad en este caso, por cuanto que por razón de la condición de la víctima, expuesta por su mismo oficio a los atentados contra la libertad sexual, el perjuicio causado es indudablemente menor, como menor es también la agitación social frente a hechos de esa naturaleza. Por los mismos motivos la ley exige la querrela, que es una condición indispensable para la procedibilidad de la acción penal.

ESTUPRO

El estupro consiste, en la sistemática de nuestra legislación, en el acceso carnal practicado con mujer mayor de catorce años y obtenido con ardides (estupro propio) o en el acceso carnal con persona —hombre o mujer— también mayor de catorce años que se hallare alienada o

en estado de inconsciencia no provocado por el agente (estupro impropio).

En la violencia carnal se somete a la víctima, contra su voluntad, a la unión sexual, constrañéndola por medio de fuerza o graves amenazas. En el estupro propio, en cambio, se obtiene el consentimiento, pero ese consentimiento es viciado por obra de una maquinación engañosa.

El estupro está previsto en el artículo 319, que prescribe:

“El que obtenga acceso carnal con una mujer mayor de catorce años, empleando al efecto maniobras engañosas o supercherías de cualquier género, o seduciéndola mediante promesa formal matrimonio, estará sujeto a la pena de uno a seis años de prisión.

“A la misma pena estará sujeto el que tenga acceso carnal con una persona que padezca de alienación mental o que se halle en estado de inconsciencia”.

El apartado primero comprende el estupro clásico o típico, llamado también propio. El inciso segundo se refiere al conocido doctrinariamente como estupro impropio, modalidad que en otras legislaciones, como atrás se vio, es una especie de violencia carnal.

En el estupro propio sólo el varón puede ser sujeto activo del delito y el sujeto pasivo tiene que ser una mujer mayor de catorce años, pues si la edad es menor se integraría por el acceso carnal el delito de violencia, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 316.

El Dr. Rendón, en su Derecho Penal Colombiano, expresa que la víctima del estupro debe ser una mujer virgen u honesta. Esta tesis parte de la base equivocada de considerar que el estupro ofende únicamente el honor sexual, cuando la verdad es que ultraja a la vez, en la mayoría de los casos, la libertad y el honor de la víctima. Por otra parte, al contemplar la ley como agravante del estupro, entre otras circunstancias, la de ser la ofendida una mujer virgen o de irreprochable honestidad (art. 320 en relación con el art. 317), y como atenuante el hecho de ser la víctima una meretriz o mujer pública (art. 321), es obvio que no es condición de la esencia del estupro, como opina el comentarista citado, el que la víctima sea “mujer virgen u honesta”.

En el estupro impropio —caso del inciso segundo del art. 319 el sujeto pasivo puede ser hombre o mujer, y debe ser mayor de catorce años, aunque la ley no lo diga expresamente, pues hemos visto que si la edad es inferior la conjunción carnal configura siempre el delito de violencia carnal, que es más grave.

Elemento material.

El estupro se consuma o perfecciona, al igual que la violencia carnal, por el acceso carnal, entendido éste en la forma atrás explicada.

Medios comisivos.

El estupro, en su modalidad típica, se comete obteniendo el acceso carnal mediante fraude a la mujer por uno de estos medios señalados en la disposición y que en el fondo son variedades del concepto genérico de ardid:

- a) — Empleando maniobras engañosas de cualquier género;
- b) — Valiéndose de supercherías; y,
- c) — Mediante promesa formal de matrimonio.

La forma atípica de estupro contemplada en el inciso segundo del art. 319, se comete abusando el agente de la enajenación mental o inconsciencia de la persona, para someterla al acceso carnal.

Las maniobras engañosas pueden revestir multitud de formas. Una de ellas, expresamente prevista en la ley, son las prácticas supersticiosas, con las cuales se suele sorprender la buena fé e ignorancia de las campesinas.

Especies del engaño podrían ser: simulación de institución de heredera; el fingimiento de ser el esposo, en circunstancias que hagan posible la farsa y el error de la mujer; el remedo de matrimonio, etc.

La maniobra engañosa, cualquiera que sea, debe ser apta para inducir en error, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso. Y al error debe seguir la entrega corporal, en una relación causal de tal modo que se pueda afirmar que sin la treta no hubiese consentido la estuprada.

La promesa matrimonial incumplida, para que sea medio comisivo del estupro, tiene que ser formal y determinante de la entrega sexual de la mujer. Por promesa formal de matrimonio debe entenderse aquella que se manifiesta o exterioriza con apariencias de seriedad, de tal manera que haga razonable la creencia de la novia y de quienes de la promesa hubieren tenido noticias, de que el matrimonio se iba a cumplir realmente. No bastan, en consecuencia, aquellos discursos fantásticos que no faltan entre los enamorados, ni las promesas hechas al calor de una pasión concupiscente excitada, de cuya firmeza y veracidad es la amante la primera en dudar.

Como índices para precisar la formalidad de la promesa matrimonial se han tenido por la jurisprudencia y los teorizantes, los espon-

sales, el cambio de argollas, la escogencia de padrinos, los preparativos de índole religiosa, las participaciones a terceros, la adquisición del ajuar y otras exteriorizaciones semejantes.

No es necesario, desde luego, que concurren todos esos factores, ni se pueden perder de vista las condiciones personales de la ofendida, su grado de ilustración, las costumbres imperantes en el medio social, etc.

La promesa formal debe ser un medio fraudulento para conseguir el acceso carnal y la que induce en realidad a la mujer a la disposición carnal. Quiere ello decir que la promesa posterior al ayuntamiento carece de significación, y que es también irrelevante la promesa previa que, aun siendo formal, no hubiere influido en la mujer para el asentimiento al apareamiento sexual. Si ella se determinó a la lubricidad voluntaria y libremente, sin referencia alguna a la promesa existente, no puede haber delito de estupro.

Agravantes del estupro.

Las mismas causales que, conforme al art. 317, califican la violencia carnal (virginidad, honestidad, etc.) agravan el delito de estupro. También se agrava esta infracción en el caso de contaminación venérea. Así lo estatuye el artículo 320.

Atenuante y eximente de penalidad.

Disminuye la sanción, en tratándose del estupro, al igual que sucede con la violencia carnal, la circunstancia de ser la víctima una madre, caso en el cual se requiere también, como condición para la legitimidad del proceso, la quejela o instancia de la parte agraviada. (art. 321).

Y excluye totalmente la pena el subsiguiente matrimonio con la mujer burlada. (art. 322).

Concurso del estupro con la bigamia.

Cuando para obtener la posesión carnal de la mujer, vedada por otros medios, recurre el agente al matrimonio, estando impedido absolutamente por la existencia de un matrimonio anterior válido, comete los delitos de bigamia y estupro, en conexidad ideológica y en concurrencia material o real.

En efecto, la bigamia es un delito contra la familia, formal e instantáneo, que se perfecciona en el momento en que se celebra el segundo

matrimonio, a sabiendas de que se está impedido por un vínculo vigente, no siendo necesaria para la consumación del ilícito la realización de la cópula. Si el sujeto válidamente casado recurre al matrimonio como expediente para conseguir la entrega sexual de otra mujer, este matrimonio lleva consigo el vicio insubsanable de la nulidad; reúne los caracteres de una verdadera bigamia, y cumple la función del ardid o maniobra engañosa para el acceso carnal, que así logrado conforma el estupro. La bigamia viene a ser, pues, en dicho caso, un medio calificado del delito sexual. La concurrencia de las dos infracciones ha sido aceptada sin reparo por nuestros tribunales.

Mas es obvio que para que se presenten los dos ilícitos debe aparecer claro que la bigamia fué realmente un artificio para burlar la oposición que, de otra manera, prestaría la mujer a la conjunción carnal. Porque si ésta conocía el estado civil del varón, no sólo no puede haber estupro, sino que se convierte en verdadera copartícipe de la bigamia. Y tampoco puede existir el estupro cuando con antelación al matrimonio del bigamo mediaban ya relaciones sexuales plenamente consentidas por la mujer, pues no se podría afirmar en esta hipótesis que el ilegal matrimonio fué ardid de seducción.

Sin embargo, hay autores que niegan la posibilidad del concurso entre la bigamia y el estupro. Entre nosotros se pronuncian en disfavor del concurso Antonio Vicente Arenas y Luis Carlos Pérez, con argumentos que se pueden resumir así:

a) — Que el sujeto de la bigamia puede perseguir, con el ilícito matrimonio, fines diversos a la unión sexual, v. gr., reconstruir un hogar deshecho, recibir y prodigar atenciones, procrear hijos, etc;

b) — Que la bigamia se consuma con la celebración del nuevo matrimonio y que los actos posteriores, entre ellos los apareamientos sexuales, son fases de agotamiento del delito y no se pueden separar de él;

c) — Que para que la tesis de la concurrencia fuera lógica, debería existir la posibilidad de comisión del estupro tanto por el hombre como por la mujer, y que ésta no puede ser sancionada por las dos infracciones de que se trata; y,

d) — Que la doctrina de la Corte, la que afirma el concurso, puede conducir a errores, "entre éstos —dice Pérez— a la aceptación del concurso cuando la mujer conocía el anterior matrimonio y el varón sólo fué, por lo mismo, partícipe de la bigamia. En tal caso no existe el engaño constitutivo del estupro".

El primer argumento reseñado no toca el fondo de la cuestión. Porque para el punto en debate, hay que partir de la base que el matri-

monio constitutivo de bigamia se celebra es para obtener una entrega carnal no obtenible sin esa trama. Y ese debe ser naturalmente el fin y el que debe presumirse en cuanto que no aparezca demostración en contrario. Es claro que si el fin perseguido por el bigamo es en todo ajeno a la lubricidad, que no es necesaria ni siquiera eventualmente para su pretensión, no se configura el estupro, como que para la existencia de este delito se requiere siempre el acceso carnal, elemento objetivo que le da materialidad a la infracción.

El segundo argumento de los opositoristas pugna con la índole del delito de bigamia, que es instantáneo y formal, como ellos mismos lo reconocen y como lo sostiene la doctrina universal. (Carrara, Manzini, Gómez, González Roura, Moreno, Oderigo, etc.).

Si el delito es formal y se consuma en el momento en que se realiza el segundo matrimonio, no es jurídico sostener que absorbe o consume el posible estupro, simplemente por ser el acceso carnal un acto de agotamiento. La unión sexual es en verdad parte del agotamiento de la bigamia, pero reúne los caracteres propios de otra infracción autónoma, cual es el estupro, cuya penalidad es más grave, pues mientras que la bigamia aparece prisión de seis meses a dos años el estupro se sanciona con prisión de uno a seis años. (v. arts. 319 y 358).

No puede olvidarse que en multitud de veces los hechos que agotan un delito constituyen delitos independientes e incriminables en la modalidad del concurso. Así acontece con la estafa llevada a cabo con un documento público falsificado, y con la violencia carnal ejecutada por el raptor, para no citar sino dos ejemplos.

El tercer argumento tampoco es de recibo, pues es la misma ley la que ha señalado a la mujer como la única persona que puede ser sujeto pasivo del estupro propio. No se vé la razón para negar el estupro del bigamo, por el hecho de que la mujer bigama no pueda estuprar. Extremando la opinión del Dr. Pérez habría que negar siempre el delito de estupro para el hombre, porque la mujer no lo puede cometer.

El cuarto y último argumento está fuera de la controversia. Es claro que si la mujer sabía la existencia del anterior matrimonio del sujeto, no hay estupro, y jamás se le ha ocurrido a la Corte sostener lo contrario. La posibilidad de error de que habla el citado comentarista, en la apreciación de esa circunstancia no puede aceptarse como válida para definir una cuestión que es puramente doctrinaria y jurídica. Ese es un asunto meramente probatorio, de los que fatalmente se presentan en la estimación de los elementos de todos los delitos.

ABUSOS DESHONESTOS

A este delito se refieren los arts. 323 y 324, que establecen:

“Art. 323.—El que ejecute sobre el cuerpo de una persona mayor de diez y seis años un acto erótico-sexual, diverso del acceso carnal, empleando cualquiera de los medios previstos en los artículos 317 (sic) y 320, estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de prisión.

“En la misma sanción incurrirán los que consumen el acceso carnal homosexual, cualquiera que sea su edad”.

“Art. 324.—La pena señalada en el artículo anterior se aumentará en una cuarta parte en los casos previstos en el artículo 317 y en el de contaminación venérea”.

La referencia que hace el art. 323 a los arts. 317 y 320 es notoriamente equivocada. Debió aludir, y así hay que entenderlo para su correcta aplicación, a los arts. 316 y 319, que son los que contemplan los medios comisivos de la violencia carnal y del estupro, comunes a los abusos deshonestos.

En consecuencia con el artículo primeramente transcrito, constituyen abusos deshonestos aquellos actos lujuriosos distintos al acceso carnal, tales como el roce del órgano masculino en cualquier parte del cuerpo ajeno que no sea un esfínter, la palpación de los senos, las piernas etc., y aún el beso erótico o expresivo de excitación sexual, ejecutado sobre una persona mayor de diez y seis años —hombre o mujer— o con su concurso involuntario, valiéndose el agente de los medios que son propios para cometer la violencia carnal o el estupro (fuerza física o intimidación, poniendo a la víctima en estado de inconsciencia o aprovechando la alienación mental o su demencia, empleando maniobras engañosas o supercherías de cualquier género, o mediante promesa formal de matrimonio).

Requírese para la integración del delito la ejecución de un acto erótico sexual externo, objetivamente apreciable, sobre el cuerpo de la ofendida. Quiere ello decir que no bastan las meras palabras, por procazes e inmorales que se las suponga, ni las acciones desvergonzadas de exhibicionismo, circunstancias que pueden originar otra clase de infracciones.

El dolo en el abuso deshonesto consiste en la intención de satisfacer el apetito sexual por vías distintas a la cópula, pues si los actos se enderezan hacia el acceso carnal, no lográndose éste por factores extraños a la voluntad del responsable, se estará jurídicamente frente a un conato o tentativa de violencia carnal o estupro, según los medios utilizados por el culpable.

Sea esta la oportunidad para decir que la tentativa de abusos deshonestos no es posible o difícilmente se concibe, porque una vez iniciada la agresión, aunque no se cumpla el placer buscado, el delito está perfecto o consumado.

También se considera en nuestra ley penal como especie de abuso deshonesto el acceso carnal homosexual, entre hombres hay que entenderlo lógicamente supuesto que entre mujeres no puede haber accesos de esa índole.

Aunque el código dice que existe tal ilícito cualquiera que sea la edad de los protagonistas de la anormal unión, la edad debe limitarse, armonizando y sistematizando las diversas disposiciones del título, a un mínimo de catorce años, ya que si se accede a un menor de esa edad —hombre o mujer— el delito que se presenta es el de violencia carnal y no el de abusos deshonestos.

También es preciso que el acceso carnal haya sido consentido recíprocamente por los sujetos. Porque si uno ha sido sometido por la fuerza o intimidación de otro, hay violencia carnal, lo mismo que cuando se le coloca en estado de inconsciencia por cualquier medio; y si el acceso se consigue aprovechando un estado de anormalidad psicológica de la víctima, el delito que se da es el de estupro.

El homosexualismo, como abuso deshonesto, es, pues, delito bilateral, y no tiene otro sujeto pasivo que el jurídicamente formal de que hablara Ferri, es decir, el Estado.

En la represión del homosexualismo no está acorde la doctrina. Autores bastantes hay que consideran que en tal hecho no existe objeto jurídico protegible; que la satisfacción homosexual es la mayoría de las veces síntoma de una perturbación cualitativa del instinto sexual, no imputable a quien la sufre. De ese parecer fue el Dr. Carlos Lozano y Lozano, en el seno de la Comisión Redactora del Código Penal.

Circunstancias agravantes.

Califican con agravación el delito de que se trata las mismas circunstancias que, conforme al art. 317, agravan el delito de violencia carnal y, además, la contaminación venérea, según el art. 324.

Vacío de la ley.

Inexplicablemente no se previeron para los abusos deshonestos, en el caso del inciso 1o. del art. 323 y en el evento de actos intersexuales, las causales de atenuación y exención de pena contempladas para la vio-

lencia carnal y el estupro en los arts. 321 y 322, tratándose de un delito tan afín y menos grave.

Si el matrimonio desagravia y repara a la ofendida de una violación carnal o de una seducción engañosa, no se ve el por qué no cumpla aquél exactamente los mismos fines en el mero abuso deshonesto. La discriminación sería francamente absurda y no pudo ser intencional por parte del Legislador. Presentado el caso en la práctica, se debe eximir de sanción al responsable, haciendo una aplicación extensiva, racional y lógica del art. 322, pues de lo contrario se cometería una tremenda injusticia.

CORRUPCION DE MENORES

Bajo esta denominación jurídica agrupa la ley varios hechos atentarios de la integridad moral de los menores de diez y seis años, tratando de evitar mediante las sanciones allí previstas que sean introducidos prematuramente a la vida sexual.

El objeto de la tutela penal son la libertad y el honor sexuales del menor, como observa juiciosamente el profesor Luis Carlos Pérez, rebatiendo a quienes creen que sólo el honor se lesiona con los hechos definidos en este capítulo.

Al delito de corrupción de menores se refieren los artículos 325 y 326, que dicen:

“Art. 325. — El que corrompa a un menor de diez y seis años, ejecutando actos erótico-sexuales, diversos del acceso carnal, en su presencia o con su concurso, o iniciándolo por cualquier medio en prácticas sexuales anormales, estará sujeto a la pena de seis meses a cuatro años de prisión.

“A la misma sanción estará sujeto el que inicie a un menor de catorce años en cualquier acto erótico sexual o se lo enseñe.

“La pena señalada en este artículo se aumentará hasta en una cuarta parte en el caso previsto en el ordinal 3o. del artículo 317 y en el de contaminación venérea”.

“Art. 326.—El que tenga acceso carnal con una mujer mayor de catorce años y menor de diez y seis aún con su consentimiento, estará sujeto a la pena de uno a seis años de prisión.

“Esta pena se aumentará hasta en una cuarta parte en cualquiera de los casos previstos en los numerales del artículo 317”.

Sujetos del delito.

Agente activo de la corrupción, en el caso del art. 325, puede ser

cualquier persona, sin distinción de sexo. En la hipótesis del art. 326, sólo el hombre puede cometer la infracción.

Sujeto pasivo del reato, en el evento del art. 325, puede ser cualquier menor de diez y seis años, hombre o mujer. En la especie del artículo 326, sólo la mujer puede ser víctima del ilícito.

A nuestro juicio y conforme a la doctrina dominante, para la conformación del delito de corrupción, en sus diversas formas, se requiere un sujeto pasivo idóneo para ser corrompido. Con razón se ha dicho que no se puede corromper lo que ya está corrompido. En consecuencia, los actos inculcables como corrupción de menores deben ser "de primera enseñanza", es decir, los que realmente inicien al menor en la vida sexual o lo pongan al corriente de prácticas lujuriosas para él desconocidas.

Sin embargo, nuestra Corte Suprema, en sentencia de casación de 10 de agosto de 1951, se apartó de esa tesis en un caso de sindicación por acceso carnal realizado con mujer cuya edad oscilaba entre los catorce y los diez y seis años de edad y consentido por ella. En uno de los apartes del fallo dijo la Corporación:

"El Código Penal Colombiano se aparta de esta concepción jurídica (la que exige un agente pasivo corruptible, aclaramos) porque nada dice al respecto (la Corte se refiere al art. 326, no al caso del art. 325, que sí hace alusión expresa a la corrupción, pues rompe diciendo: "El que corrompa"). Y donde la ley calla, el intérprete debe abstenerse de completar el pensamiento del legislador con apreciaciones que pueden servir para formar la norma, pero no para dejar de aplicarla cuando están cumplidos los presupuestos que la hacen viable en un caso dado. De otra suerte, el intérprete se convierte en legislador y puede llegar hasta el extremo de que también el jurado tenga esa misma pretensión completamente ajena a sus funciones".

Medios comisivos

Las acciones por medio de las cuales se puede corromper a un menor, según el art. 325, son estas:

a) — Ejecutando en presencia o con el concurso del menor de diez y seis años actos libidinosos diversos del acceso carnal;

b) — Iniciando al menor de dicha edad en prácticas sexuales anormales; y,

c) — Iniciando a un menor de catorce años en el acceso carnal o enseñándole, sin llegar hasta la realización del acto con él, pues en este caso se configuraría una violencia carnal, según el art. 316, inciso 2o.

Iniciar, para los efectos penales de este título, quiere decir reve-

lar, enterar, descubrir, instruir. El término deriva del latín *initiare*, que traduce principiar.

Elemento Psicológico.

En todas las situaciones puntualizadas es necesario el dolo por parte del agente, dolo que consiste en la voluntad y conciencia de satisfacer torpemente el deseo sexual con la cooperación del menor o de enseñar a éste maliciosamente y con fines proclives prácticas lujuriosas para las cuales no está preparado y cuyos peligros no asimila.

La mera culpa, si por ella se da ocasión a la corrupción o prostitución del menor, no es punible.

Tampoco existe el delito con las enseñanzas prudentes y bien intencionadas, dirigidas a ayudar al menor a salir exitoso del despertar a la vida sexual. Antes que ser delictuosas, las advertencias e instrucciones para el futuro ejercicio del instinto sexual son un deber de los padres y educadores.

La ignorancia con respecto a la edad de la persona ofendida no excusa la conducta intencional del responsable. El error esencial y disculpable, sobre ese punto, cuando de buena fé y por circunstancias objetivas que le den fundamento se obra en la creencia de que el sujeto pasivo es mayor de diez y seis años, se puede reconocer la causal de inimputabilidad o eximente de responsabilidad consagrada en el ordinal 2o. del art. 23.

Consumación de la infracción.

Para la perfección del delito en examen es necesario, a nuestro entender, que haya motivos fundados para presumir que el agente pasivo sufrió efectivamente un daño moral, esto es, que se corrompió; que adquirió conocimientos perjudiciales para su formación espiritual. Si ese fin no se logra, podrá hablarse entonces de tentativa, hipótesis que es factible, como lo sostiene el maestro Carrara.

Muchos autores consideran que el delito de corrupción se consuma aunque el sujeto pasivo no se haya en realidad corrompido, con tal que se hubieran ejecutado los actos sexuales que la ley contempla para ese fin. De ese parecer son: Rivarola, Díaz, González Roura y Gómez (cita de Oderigo). Estos mismos expositores niegan la posibilidad de la tentativa de corrupción.

Agravantes

El delito de corrupción de menores, en el evento del art. 325, se califica con agravación en el caso del ord. 3o. del art. 317, vale decir, cuando el responsable tiene cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o impulse a ésta a depositar la confianza y en el caso de contaminación venérea. (art. 325, inc. 3o.).

En el supuesto del art. 326 la infracción se agrava cuando concurre alguna de las causales del art. 317. (art. 326, inc. 2o.).

Forma especial de corrupción.

El art. 326 castiga como corruptor al hombre que accede a una mujer mayor de catorce años y menor de diez y seis, aunque ésta hubiese prestado el consentimiento para la unión. La ley no le da validez al asentimiento de la menor de diez y seis años, para disponer de su cuerpo. Por eso decíamos al comienzo de este estudio que la libertad de ejercicio sexual se adquiría o reconocía legalmente a los diez y seis años de edad.

Creemos, como antes se expresó, que también en el caso del art. 326 precisa para la existencia del delito un sujeto pasivo apto para la corrupción. La mujer debe acusar cierta estructura moral; poseer virtudes sexuales que puedan ser lastimadas con el acceso carnal. Si se trata de una precoz meretriz, o de una mujer avezada en actos lujuriosos, no parece justo ni jurídico hacer la imputación penal de corrupción, aunque el texto legal no haga expresa referencia a esa condición. La interpretación que del citado artículo hizo la Corte en la sentencia atrás mencionada, fallo que fue aprobado con votos disidentes, es demasiado formalista y poco convincente.

El matrimonio con la ofendida, a pesar de que no lo dice la ley claramente, debe ser motivo para eximir de pena, pues no sería lógico ni justo que se excluyera de sanción a quien celebra matrimonio con la mujer violada por él, aún menor de catorce años, y que se castigara al corruptor en la hipótesis del art. 326 no obstante la unión matrimonial con la ofendida. Donde hay la misma razón debe haber igual disposición legal.

PROXENETISMO

El proxenetismo, conocido antiguamente como lenocinio, se integra en nuestro código por uno de estos hechos:

a) — Inducir a una persona honesta al comercio carnal o a la prostitución, con ánimo de lucro propio y para satisfacer apetitos sexuales de otro.

Inducir quiere decir instigar eficazmente, determinar, hacer formar en otro la resolución, para el caso, de traficar con su cuerpo.

La pena en tal evento varía según la edad de la persona inducida las relaciones de dependencia con el responsable, los medios de que se valga el agente y el carácter accidental o crónico de la ilícita conducta. Sobre el particular establecen los arts. 327 y 328 lo siguiente:

“Art. 327.—El que con ánimo de lucrarse y para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a una persona honesta, estará sujeto a las siguientes penas.

“De seis meses a dos años de prisión, si la persona cuya prostitución se patrocina es mayor de diez y ocho años.

“De ocho meses a tres años de prisión, si se trata de persona mayor de catorce años y menor de diez y ocho.

“De diez meses a cuatro años de prisión, si se trata de persona menor de catorce años.

“En todos los casos de este artículo, se impondrá además multa de cincuenta a mil pesos”.

“Art. 328.—Las penas señaladas en el artículo anterior se aumentarán hasta en la mitad en los casos siguientes:

“1o. — Si los actos allí previstos se ejecutaren de manera habitual.

“2o. — Si el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la haya impulsado a depositar en él su confianza.

3o. — Si el responsable empleare para obtener su propósito la violencia física o moral, maniobras engañosas o supercherías de cualquier género.

b) — Destinar casa o establecimiento para la realización de actos homosexuales, o autorizar a otro para hacerlo.

Si se procede por fin de lucro, esto es, para obtener cualquier ventaja material, se eleva la pena. (art. 329).

c) — Hacer entrar a una prostituta a una casa de lenocinio u obligarla a permanecer allí, para explotación de su cuerpo, mediante violencia —física o moral— o maniobras engañosas, y con fines de lucro para el agente.

El hecho se agrava:

"1o. — Si la mujer fuere llevada al extranjero para la explotación de su cuerpo... (Es lo que se conoce como trata de blancas).

"2o. — Si el responsable fuere ascendiente, descendiente, afn en línea recta o hermano de la víctima". (v. art. 330).

d) — Patrocinar o siquiera tolerar con fines lucrativos, la prostitución de la hija, esposa, hermana o madre, cuando el patrocinador, siendo hermano o hijo, es mayor de edad. (art. 331).

El fin lucrativo es, pues, elemento del proxenetismo en sus diversas formas, salvo el caso de destinación de local para actos homosexuales, modalidad en la cual no es necesario ese requisito, que de presentarse es motivo de agravación de la sanción.

También es característico de este delito la contribución del agente para desahogar pasiones lujuriosas ajenas.

Finalmente, sujeto activo del proxenetismo puede ser cualquier persona, hombre o mujer.

— □ —

EL UXORICIDIO POR ADULTERIO EN EL CODIGO PENAL COLOMBIANO

Carlos Gaviria Díaz

CONSIDERACIONES PREVIAS. No creo incurrir en una falsa apreciación, afirmando que el derecho penal es de todas las disciplinas jurídicas la más ardua. La razón me parece que es clara: el delito, que constituye la vértebra de su estudio, es un fenómeno complejo. Es, antes que nada, un hecho del hombre, de profundos significado y trascendencia sociales, cuyo examen antropológico reclama prelación sobre el análisis jurídico. Tal fué, justamente, el gran hallazgo de la escuela positivista.

El hecho delictual sólo en último término es elaboración jurídica y si se le mira únicamente en esta fase final, la visión que de él se obtiene es necesariamente periférica, incompleta. De allí que la tarea del criminalista rebase el ámbito de las exigencias puramente legales —normativas— e invada los terrenos de la psicología, de la sociología y en general de todas aquellas derivaciones científicas que enfocan al hombre y a la sociedad como sus objetivos inmediatos.

Resulta, pues, explicable el hecho de que a menudo las situaciones penales sólo sean inteligibles en su verdadero alcance a partir de enunciados sociológicos y psicológicos, sobre todo de estos últimos. Se trata de problemas jurídicos en cuya solución juegan su carta decisiva postulados extrajurídicos. Tal fenómeno se da en el caso de los delitos cometidos en un estado afectivo agudo, grave e injustamente provocado, como el previsto en el artículo 382 del Código Penal Colombiano, que sirve de tema a las siguientes líneas.

Sólo me propongo esbozar las facetas que considero más relevantes en el uxoricidio por adulterio, tal como lo consagra la ley sustantiva colombiana, y señalar sus aspectos más seductores sin intentar —como es obvio— su examen exhaustivo.

DISPOSICIONES PERTINENTES.—Artículo 382: "Cuando el homicidio o las lesiones se cometan por cónyuge, padre o madre, her-