

**DERECHO PENAL  
COLOMBIANO**

Por el Dr.

**Gustavo Rendón G.**

(PARTE ESPECIAL)

## DERECHO PENAL COLOMBIANO

### ESTAFA

Con el nombre genérico de "Defraudación" se comprenden aquellos delitos contra la propiedad que, a diferencia de los ya estudiados, (Hurto, robo, extorsión y chantaje) se realizan empleando el agente recursos artificiosos, constitutivos de fraude, que no hacen necesarios la sustracción, el apoderamiento, la intimidación o la fuerza, medios propios de los otros delitos contra el patrimonio.

Nuestro código, aunque sí denomina defraudaciones algunos de los hechos ilícitos de que tratamos, ya que en el capítulo V. del título XVI se ocupa "Del abuso de confianza y otras defraudaciones", distingue específicamente la estafa y el abuso de confianza, y reserva el término genérico para otras infracciones de menor gravedad, no susceptibles de ser clasificadas en la forma ordinaria.

La defraudación, en su sentido amplio, dentro del cual cabría acomodar los delitos que hemos enunciado, significa la obtención de un provecho ilícito, con perjuicio de tercero, mediante engaño, simulación, abuso de confianza u otro medio de la naturaleza de los indicados. Por ello, el delito de estafa es defraudación, específicamente caracterizada por el empleo de engaños o artificios para su realización, los cuales distinguen el ilícito del abuso de confianza y demás formas de defraudación.

Para estudiar en nuestro Derecho los elementos que jurídicamente integran el delito de estafa conviene examinar el artículo 408 del C. Penal, el cual define y concreta dichos elementos:

"Art. 408.—El que induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro, incurrirá en prisión de uno a siete años y multa de diez a dos mil pesos"

De acuerdo con la disposición transcrita precisa examinar en esta infracción la naturaleza de los medios de comisión, el lucro, el perjuicio y la relación de causalidad.

#### MEDIOS DE COMISION

La estafa, por la naturaleza misma de los medios que son propios para realizarla, resulta ser uno de los más complejos delitos contra la propiedad, hasta el punto de que en muchas ocasiones es difícil deslindar el ilícito civil del penal. Por ello algunas legislaciones, con criterio casuista, señalan de manera limitada y expresa los medios por los cuales puede cometerse el delito, sistema éste, que si facilita hasta cierto punto la aplicación de la ley penal, se resiente de falta de técnica, por hacer imposible la sanción de hechos constitutivos de delito cuya comisión se ha operado con recursos fraudulentos no previstos expresamente en la ley.

Nuestro código en este aspecto de la estafa sigue un criterio diferente, pues de una manera general habla de artificios o engaños, lo que quiere decir que al Juez corresponde apreciar en cada caso la idoneidad del medio para inducir en error y si se trata ciertamente de un delito de estafa.

Lo importante en relación con los medios que son adecuados para la comisión de la estafa es que ellos revelen, de una parte, por su propia naturaleza, un carácter artificioso que los haga aptos para crear el engaño e inducir en esta forma a la víctima en error, y de otra, que la capacidad de esos medios para el fraude se aprecie, subjetivamente, en relación con las condiciones intelectuales del ofendido, por que de éstas en la mayoría de los casos depende realmente la idoneidad de los medios.

Hay que tener en cuenta que la estafa es el delito más complejo en su integración y el que más modalidades puede asumir en la práctica, para una correcta interpretación de sus elementos constitutivos, y en especial para calificar la idoneidad del medio. Refiriéndose a la estafa expresa con todo acierto el tratadista Juan P. Ramos en su obra de Derecho Penal:

"Dentro de estas (las defraudaciones), a su vez aparece un delito de una naturaleza más evasiva todavía. Es la estafa. Ya las partidas, con frase gráfica y significativa, decían: "non podría ome contar en cuantas maneras facen los omes engaños unos a otros". Varios autores dijeron que es el delito protéico por excelencia. Cambia en todas las formas posibles. Adquiere todos los matices psicológicos que establecen una gradación de los actos humanos que van desde el acto más inocente hasta la perfidia más sagaz. Se presta a todas las combinaciones que entremezclan la buena fe y la mala fe. Nadie en el mundo será capaz nunca de prever las modalidades y decoraciones diversas que la defraudación y la estafa son susceptibles de revestir".

Los medios fraudulentos para la comisión de la estafa, repetimos, pueden ser muchos y de índole muy diversa, según sea el hecho que se pretende llevar a término, el objeto que se persigue como lucro, el agente del delito o la víctima. Por ello la definición que contiene el artículo 408 únicamente enuncia la calidad artificiosa o engañosa del recurso empleado, sin entrar, como muchas legislaciones, en una clasificación pormenorizada de los medios. No obstante y para dar mayor claridad al estudio de este delito nos referiremos someramente a algunos de los medios, constitutivos de simulación o engaño.

**Nombre Supuesto.**—Este medio puede ser apto para la comisión del delito de estafa en cuanto que su empleo constituya un fraude para obtener un provecho ilícito, engañando con dicho procedimiento a la víctima. Así, por ejemplo, quien usa el nombre de otra persona y se hace pasar por ella para recibir una cantidad de dinero, comete el delito porque la suposición de nombre ajeno determina el error en el ofendido, constituye engaño y es factor decisivo para obtener el provecho. En otras condiciones el nombre supuesto no es elemento artificioso del delito, cuando se pretende, por ejemplo, ocultar la verdadera identidad para ponerse a salvo de una posible denuncia, habiéndose perpetrado el delito con el empleo de otro medio determinado del fraude.

No importa que el nombre supuesto sea real, correspondiendo por lo tanto a determinada persona, o que sea imaginario. Su calidad de medio constitutivo del delito depende únicamente del valor operativo que asuma el uso de nombre en la comisión del ilícito.

**Calidad Simulada.**—Consiste este medio en aparentar una situación especial que le presta a la persona dentro del medio en el

qual opera, aprecio, dignidad y confianza por parte de las demás personas, que atribuyen a una calidad determinada en la sociedad un rango respetable. La calidad simulada puede referirse a distintos aspectos, como hacerse figurar gerente de una compañía, banquero, representante de una sociedad, miembro de una corporación pública, etc.

La simulación en este caso sirve de medio engañoso para obtener algún provecho ilícito y configura el delito de estafa en cuanto que el ofendido procede a entregar bienes o celebrar operaciones perjudiciales para su patrimonio, precisamente por haber sido colocado en una situación de error en lo tocante a la calidad de la persona del estafador.

Sobre este medio de comisión del delito trae los siguientes ejemplos el Dr. Gutiérrez Anzola en su obra de Derecho Penal Especial "Delitos contra la Propiedad":

"Es igualmente estafador el que se hace pasar por síndico o colector de limosnas o donaciones para una entidad de beneficencia o institución religiosa sin serlo, procedimiento bastante frecuentado entre nosotros; o la situación en que se encuentran muchos sujetos que siendo empleados cobradores de empresas o compañías, después de retirados de su cargo, siguen recaudando el valor de facturas o dineros, haciendo creer que aún continúan en el empleo que ocupaban. Sería también estafa por simulación de una calidad que no se tiene, el que un agente colocador de pólizas de seguros continuara después de haber sido retirado del cargo, vendiendo seguros y percibiendo el valor de las primas correspondientes".

**Falso Título.**—Este medio que parece estar comprendido en el de la calidad simulada lo diferencian algunos tratadistas y aparece por separado en varias legislaciones, debido a que el empleo de falso título crea una calidad concreta y determinada, mientras que la simulación anterior es determinante de una situación apreciada en abstracto desde el punto de vista social. Hay falso título en suponerse abogado, médico, ingeniero, odontólogo, etc., para con dicha simulación defraudar a otra persona que procede en el convencimiento de que el simulador tiene el título que afirma y los conocimientos propios a él para realizar un acto determinado, como una operación, unos planos, una póliza, etc.

**Influencias Mentidas.**—La defraudación se cumple por este medio cuando el agente lleva al ánimo de la víctima el convencimiento o la seguridad de estar en condiciones especiales para in-

fluir sobre determinadas personas y obtener de ellas alguna cosa en que tiene interés y por la cual se deja estafar el ofendido. Puede tratarse de una influencia mentida de carácter personal por amistad, cariño; de una influencia política, o de una influencia sentimental. Además cabría colocar en este caso ciertas formas de superchería y embustes de los cuales se explotan falsas creencias de las gentes, como cuando el estafador afirma tener poderes sobrenaturales y ser capaz de influir sobre cosas y personas gracias a sus facultades extraordinarias, recursos estos que son muy frecuentes para estafar a los campesinos y a personas ignorantes y crédulas en general.

Respecto a la estafa que se produce por este medio conviene tener presente que en el capítulo que el Código Penal destina a la colusión "y otras infracciones cometidas por los apoderados y consejeros", contempla un caso, que a más de lesionar los intereses de la administración de justicia, podría en muchas ocasiones constituir delito de estafa. Nos referimos al artículo 198, que expresa:

**"El que reciba o haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero u otro provecho indebido, con el fin de obtener favor de la autoridad que esté conociendo de algún asunto, o de influencias reales o simuladas que ante ellos pueda desarrollar, incurrirá en arresto de quince días a un año y multa de cincuenta a tres mil pesos".**

Como se ve este artículo habla de "influencias reales o simuladas" para desarrollar ante otra persona, y con base en las cuales puede un apoderado, defensor o consejero hacerse dar, prometer o recibir dinero u otro provecho indebido, lo que constituye, a más de delito contra la administración de justicia, dada la condición del agente y las funciones que desempeña, delito de estafa. Se presenta, en consecuencia una dualidad penal bajo la forma de un concurso formal de delitos.

**Abuso de Confianza.**—El abuso de confianza es un medio de comisión que suele presentarse no únicamente en el delito que específicamente tiene esta denominación en el Código, sino también en otros hechos lesivos del patrimonio, como el hurto y la estafa. La dificultad está en distinguir cuando ese medio es constitutivo de los otros hechos. Por lo que respecta al hurto ya tuvimos ocasión de estudiar el problema al examinar el ordinal 1º del artículo 398.

En cuanto a la estafa puede ocurrir que su comisión dependa de ese medio, si por causa de él la víctima acepta entregar o hacer alguna cosa lesiva de su patrimonio, como cuando una persona, animada de antemano del propósito de defraudar a otra, solicita de ésta bienes para negociarlos y reintegrarle posteriormente, en plazo señalado su valor, apropiándose las utilidades prometidas al ofendido. Es un caso de estafa en que el recurso dominante es el aprovechamiento que el agente hace de la confianza que el ofendido le tiene.

**Suposición de Bienes.**—Una última especie en los medios de comisión de la estafa es la de aparentar la propiedad o posesión concreta de bienes, créditos, negocios, empresas, etc. Es un recurso hábil para inducir en error a una persona y defraudarla económicamente ya que la pretendida solvencia del estafador o las actividades económicas de que hace alarde, determinan el delito de estafa.

**Cheques en descubierto.**—Es esta una cuestión a la que se ha prestado mucha importancia y sobre la cual no hay una tesis muy definida entre nosotros. En general el giro de cheques en descubierto aparenta las condiciones de una estafa, pero la integración del delito debe depender del hecho de que efectivamente por ese medio, fraudulentamente empleado, se pretenda obtener un provecho ilícito. De lo contrario no hay delito de estafa sino que se incurre en la sanción que prevé el artículo 3o. de la Ley 8a. de 1925, que expresa:

**“Cuando la emisión de un cheque sin previa provisión de fondos, o sin autorización del girado, no constituya estafa, se castigará con la pena de dos a seis meses de arresto. En este caso si el interesado o el acusador particular, si lo hubiere, desiste, cesará todo procedimiento, aunque éste se haya iniciado de oficio”.**

En su obra “Delitos contra la Propiedad”, ya varias veces citada, el Dr. Gutiérrez Anzola analiza el giro de cheques en descubierto en los siguientes términos:

“No es posible pasar por alto un hecho que constituye un atentado perfecto contra la propiedad y que debe configurarse como estafa sin que haya lugar a argucias de ninguna naturaleza. Se trata del giro de cheques en descubierto que entre nosotros se ha llamado vulgarmente “Cheque chimbo”.

“Muchas veces una persona que se encuentra en imposibilidad de cancelar una deuda o de efectuar un pago, gira contra un Banco cualquiera por determinada cantidad de dinero, resultando que los fondos a su favor, o no existen o son insuficientes, o que no se tiene en dicho Banco ninguna cuenta corriente. En general, el hecho de girar en las circunstancias anotadas, puede caracterizar la maniobra fraudulenta para engañar así al tenedor del instrumento. Como ya se ha visto, esta actividad, siempre que esté acompañada de los demás elementos del delito de estafa, no deja lugar a duda que él se ha realizado.

“Es necesario esclarecer a la luz de nuestras leyes lo que ocurre con los cheques girados sobre cuentas en las que no se poseen fondos suficientes en la fecha del giro, cuando se ha exigido al portador presentarlo en una fecha posterior a la del giro.

“La Ley 75 de 1916 en su artículo 7º. había constituido en delito especial el giro de cheques en descubierto, en los términos siguientes: “Cuando la emisión de un cheque sin previa provisión de fondos, o sin autorización del girado no constituya estafa, se castigará con la pena de dos a seis meses de arresto”.

“El actual Código Penal no ha constituido de manera especial el giro de cheques en descubierto como un delito. Quiere esto significar que tal acción, el “cheque chimbo” ha dejado de ser un delito?. Nó, en absoluto. Tal pensamiento debe desecharse por completo, pues, como vamos a verlo, el giro de cheques en descubierto debe considerarse como una estafa, con la sola excepción de aquellos casos en que pueda comprobarse la inexistencia de dolo por tratarse de un verdadero error.

“A pesar de que la Ley de Bancos (Ley 46 de 1923) asimila el cheque a la letra de cambio, entre estos dos instrumentos de pago existen notables diferencias que es preciso destacar. En efecto: a) El cheque requiere la previa provisión de fondos en poder del librado, la letra de cambio nó; b) El cheque no puede ser girado sino a la vista, en cambio la letra de cambio generalmente es girada a plazo.

“En estas condiciones, siendo los dos instrumentos diferentes, no se comprende por qué razón debe admitirse que tanto los efectos penales como los mercantiles sean iguales. Si el cheque no es sino una letra de cambio como lo establece la Ley de Bancos, en el terreno penal no existiría dificultad alguna, pues no podría es-

tablecerse sanción penal en los casos de cheques girados con fecha posterior a la de su emisión.

"A pesar de estas consideraciones, en el terreno del derecho penal no ocurre lo mismo. Penalmente hablando, el cheque es un instrumento de pago que exige previa provisión de fondos en poder del librado por cuenta del librador y el cual no puede ser girado sino a la vista o a su presentación. Si bien es cierto que el tenedor tiene treinta días para presentarlo al Banco, también es cierto que durante ese tiempo deben estar a la orden de él los dineros correspondientes a los treinta días acreditándose que durante ellos los fondos del giro han permanecido intactos, la operación podrá convertirse entonces sí en una obligación civil según la cual el girador queda libre hasta el monto del perjuicio causado por la mora. También es verdad que el cheque no implica forzosamente por sí mismo la existencia de una provisión de fondos (artículo 190 Ley 46 de 1923) lo cual no quiere decir que quien lo gira puede ignorar la no existencia de esos fondos.

"Es inaceptable por todo concepto que se permita que en el intercambio comercial haya personas que hagan giros de cheques en descubierto. Qué necesidad tiene un deudor de acudir a este recurso quedándole el de poder girar una letra de cambio que contenga de una vez el plazo? Qué dificultad existe para que el deudor en lugar de girar un cheque, suscriba un documento de obligación o de crédito de carácter diferente y que por sí pueda constituir en beneficio del acreedor una auténtica garantía?

"El giro de cheques en descubierto no se explica, por lo general, sino como un acto de mala fe, siempre por parte del girador, algunas veces por parte del aceptante, quien cree que provisto de tal instrumento podrá amenazar a su deudor con el ejercicio de una acción penal si no le paga en la fecha indicada el valor comprometido.

"En tesis general, el giro de cheques en descubierto es un medio artificioso por el cual el girador obtiene de su víctima un provecho ilícito, por lo tanto debe estimarse como una estafa, sin ninguna interpretación judicial que permita la impunidad.

"Es cierto, y esto es muy frecuente, que el deudor acosado por su acreedor no tenga otro recurso que el de girarle un cheque para que sea cobrado con posterioridad a fin de quitárselo de encima. Pero este giro, ya constituye una evidente acción ilícita. A este recurso no puede acudirse en ningún caso por parte de gen-

tes honestas porque al hacerlo, saben que no podrán cumplir su obligación o que por lo menos, cumplirla será problemático. Ya se ha dicho, que no es necesario recurrir a la ficción cuando hay otros medios para evitarla. Existe la letra de cambio destinada a llenar esa necesidad de pago a plazo y existen también otros modos de obligarse por vía civil sin recurrir al cheque.

"Por otra parte, hay acreedores de mala fe también, que solicitan de sus víctimas el giro de un cheque que el mismo girador sabe no podrá ser pagado. Con este instrumento el acreedor amenaza a su víctima y la pone en el dilema de cumplir su obligación o de denunciarla criminalmente, todo lo cual hace muchas veces abusando de la necesidad económica en que se encuentra el girador. Este no ha debido consentir en el giro por ningún motivo, pero tampoco el acreedor ha debido reclamar semejante medio de pago.

"La ley de la República Argentina tiene establecida una sanción especial para el acreedor que abusa de la situación del deudor, sanción que echamos de menos en la nuestra y que en la antes citada se configura así: "Artículo 232. Se impondrá multa de cien a dos mil pesos al acreedor que, abusando de la situación del deudor, exija o acepte, a título de documento, crédito o garantía, por una obligación no vencida, un giro o cheque de fecha posterior o en blanco, o un documento cualquiera por el cual el dueño se reconozca autor de un delito o pueda aparecer como tal".

"Esto demuestra cómo otros países se preocupan por la represión de tan inicua acción.

"Ahora bien, el giro sobre una cuenta que sí se tiene y en la cual los fondos no existen o son insuficientes para el pago, ofrece ciertas dudas.

"El Tribunal Superior de Bogotá por jurisprudencia de fecha marzo 11 de 1932 tiene determinado que en estos casos el cheque se transforma en una letra de cambio y que por consiguiente sigue la misma suerte de ésta convirtiéndose en una obligación comercial que hace desaparecer todo delito. Aparentemente impresionante esta doctrina, debe tomarse con excesiva reserva aunque sería preferible rechazar por completo la admisión de semejante posición. Débese tener en cuenta que quien gira un cheque tiene que estar persuadido de la tenencia efectiva del dinero correspondiente en poder de un tercero que es el Banco, a no ser que se trate de evidente error. Es tan delicado el caso y constituye un tan

gran acervo de dificultades que precisamente facilita la inmoralidad y el incumplimiento de perentorias obligaciones. Además, el problema no radica en averiguar si los fondos no existen o si son insuficientes, sino en la intención que posee el agente que las más de las veces es torcida y cuando estos giros se producen es porque el girador se halla en un apuro y una necesidad tan grandes que no encuentra otra forma de eludir su compromiso. Si se tiene en cuenta que el cheque de por sí es casi a la manera de un billete, la farsa resulta aún más repugnante. Esta es la razón para afirmar que por regla general debe presumirse que quien gira en descubierto, lo hace con intención perversa y está ejecutando un fraude en perjuicio del girador.

“Como la Ley penal es un medio para establecer la honestidad muchas veces perdida y afianzar en los ciudadanos la seguridad de su defensa en todas las transacciones que verifiquen con los particulares, sería más acertado aceptar con el carácter de presunción legal el hecho de que el giro en descubierto, cualesquiera que sean sus condiciones, es un delito. De tal manera, se podría obtener que los particulares tuvieran en el manejo de sus propios asuntos más cuidado en los verdaderos casos de error y, además, se evitaría la enorme injusticia de ver desposeer por este medio a muchas personas generalmente pobres que son víctimas de este artificioso y malvado recurso”.

#### NATURALEZA Y CONDICIONES DE LOS MEDIOS DE COMISION

El fraude en el delito de estafa, conforme al artículo 408, se comete “por medio de artificios o engaños”, comprendiéndose en esta fórmula todos los recursos maliciosos suficientemente capaces de inducir a una persona en error.

Manzini define el artificio como “toda astuta simulación o disimulación apta para engañar, de modo tal que el engaño sea generado de la percepción inmediata de una falsa apariencia material positiva o negativa”.

El medio engañoso presupone siempre una situación falsa que el agente logra crear con apariencias de verdad para facilitar o determinar en esta forma la aceptación voluntaria de la víctima para la ejecución de un acto que de haberse apreciado en sus verdaderas condiciones no se hubiera realizado.

El artificio o engaño puede referirse a la persona del agente del delito, como también a la cosa que es objeto de la infracción. Según la forma que ofrezca la maniobra empleada para defraudar, puede ser una simulación de la verdad o una disimulación de la misma.

Hay simulación personal, y en este caso el engaño se refiere a la persona del estafador, cuando se aparenta una calidad que no se tiene, se supone un título, etc. Hay disimulación personal cuando el agente, por el contrario, oculta una calidad que le es propia, como su estado civil, su habilidad o destreza en ciertos juegos, etc.

La simulación es de carácter real cuando el medio engañoso tiende a cambiar en su naturaleza o calidad la cosa misma que es objeto del delito, como cuando una cosa de cobre se hace pasar por oro, o una cosa ajena se finge como propia. En sentido inverso hay disimulación real si con el artificio se ocultan las características, calidad o condiciones de la cosa, lo que ocurre, por ejemplo cuando en una venta de bien raíz se oculta un gravamen, una servidumbre, etc.

La calificación del medio en el delito de estafa exige que se preste mérito a la acción determinante que tenga en el fraude. Supone el empleo de artificios o engaños, elemento éste del delito conocido con el nombre de “mise en scene”, en una forma aparente y externa indicativa de por sí del artificio a que el agente recurre para que la ficción provoque el error en la persona ofendida.

De esta manera el delito de estafa reclama que el medio operativo no se limite al simple empleo de la materia, a la simple falta de verdad, sino que debe tener las necesarias apariencias y la complejidad indispensable para que el engaño cumpla finalidad. A este respecto Carrara expone lo siguiente:

“La “mise en scene”, no es una fórmula empírica, no expresa una materialidad que no tenga un sentido jurídico. Al contrario, la “mise en scene”, completa el elemento subjetivo o el elemento objetivo de la criminalidad. Completa el elemento subjetivo porque denuncia una mayor astucia, una más amplia participación en la voluntad criminal, un hombre más temible para la sociedad. Completa el elemento objetivo porque las apariencias exteriores utilizadas para acreditar las palabras mentirosas, hacen más excusable la credulidad de la víctima y denuncian al hecho dañoso mediato que

no surgiría respecto del que hubiese creído la desnuda palabra del primer aparecido”.

La sola mentira no es medio constitutivo de la estafa porque para que ella pueda provocar la inducción en error hay que rodearla del artificio necesario, fingir hábilmente, simular o disimular con maniobras convincentes, porque de otra manera el medio carece de aptitud para determinar el engaño.

#### IDONEIDAD DEL MEDIO

Fuera de que el medio material de la estafa debe revestir las apariencias externas propias para el engaño, es preciso su idoneidad, es decir, su aptitud o eficacia específica en la causalidad del delito.

La idoneidad del medio suele tomarse en dos aspectos: **Objetivo y subjetivo**. La idoneidad objetiva se refiere a la naturaleza misma del artificio, en cuanto entrañe un ardid, una treta, un medio de engaño. La idoneidad subjetiva consiste en la apreciación que se hace de la eficacia del medio con relación a las capacidades intelectuales de la víctima, a efecto de determinar su eficacia en cada caso determinado.

Respecto de este problema parece lo más acertado apreciar la idoneidad del medio en razón misma del hecho cumplido. Si una persona ha sido víctima de un engaño e inducida en error, es obvio que el medio obró eficazmente y fué idóneo en la comisión del delito.

#### INDUCCION EN ERROR

Considerado el delito desde el punto de vista del ofendido es evidente que para el estafador lograr sus fines de aprovechamiento, se requiere determinar intelectualmente una situación errónea cuya falsa apariencia aleja toda posibilidad de descubrir las consecuencias lesivas que para el patrimonio de la víctima puede acarrear el hecho.

El engaño que proviene de actos del agente es el único admitido por algunos tratadistas como medio del delito. Si proviene el error de la víctima y de parte del autor del hecho no hay acto positivo, no hay delito, tesis que puede presentar casos de excepción.

En principio el engaño como creador de falsa apariencia hay que entenderlo en un sentido activo, es decir, como proveniente de actos ejecutados por el agente en orden a obtener provecho ilícito. Sin embargo, en ciertos casos la inducción en error podría resultar no de actuaciones positivas del estafador, sino del aprovechamiento de una situación errónea o falsa ya creada, que el agente se limita a emplear dolosamente. Si, por ejemplo, una persona cree que un objeto es de determinada calidad y en tal convencimiento lo adquiere, sin que el vendedor haga nada para afianzar su falsa creencia, pero tampoco para rectificar su error, no hay en su sentido estricto **inducción en el error**, pero el hecho tiene plenas características de fraude por el aprovechamiento que maliciosamente hace el agente del error de la víctima.

En consecuencia, la inducción en error resulta lo mismo cuando positivamente empleando el autor del hecho maniobras hábiles de engaño, lleva a cabo la defraudación, que aprovechándose del error del ofendido. Siempre aparece en este último caso, aunque no con el mismo vigor que en el primero, el elemento material del engaño, como sería el hecho de exigir en precio del objeto un valor correspondiente al de la calidad que el ofendido le atribuye, puesto que tal equivalencia o concordancia entre el objeto y el precio, si no directamente, al menos de una manera indirecta, sirve para afianzar el error.

Hay ciertos hechos fraudulentos en los que el engaño no se produce con el empleo de medios artificiosos capaces de inducir en error a la víctima, como los que ocurren con frecuencia en el comercio, determinados especialmente por la ignorancia de los compradores en cuanto a la naturaleza, calidad, condiciones o precio de los artículos que adquieren, y por la buena fe o confianza que ordinariamente las personas atribuyen al comerciante. Esos hechos, precisamente por la falta de una maniobra positiva de engaño y por la ausencia consecencial de una inducción en error, no constituyen delito de estafa, pero están previstos como infracciones especiales en el Título que trata de los “delitos contra la economía nacional, la industria y el comercio”. A este respecto puede consultarse el artículo 283 del Código Penal.

La inducción en error no coincide siempre en el delito de estafa con la buena fe del ofendido porque bien puede ocurrir que quien es víctima de una estafa lo sea precisamente por haber estimulado con habilidad el estafador intenciones también fraudulentas.

tas de la víctima. En este supuesto el delito de estafa subsiste porque hay siempre fraude y engaño y no sería lógico desconocer la infracción para sancionar con ello la mala fe del estafado. Puede ocurrir sí que en esos casos la conducta del ofendido adquiera condiciones delictuosas, por haber aceptado una propuesta para delinquir o haberse comprometido a través de la estafa en una empresa criminal.

Por último, es importante anotar en relación con la inducción en error, que no es preciso que el daño patrimonial recaiga sobre la persona inducida, pues hay delito aunque una sea la inducida y otra la perjudicada. Pero en todos los casos de estafa se requiere como elemento indispensable que la inducción se produzca de mala fe, con conocimiento del agente, porque si éste a su vez está en un error o en una falsa creencia sobre el objeto, su calidad, etc., no se configura el delito de estafa.

#### PROVECHO ILCITO

La estafa, como delito contra el patrimonio, va orientada necesariamente por el agente al logro de un provecho o de un lucro ilícito.

La obtención de provecho, de acuerdo con el artículo 408 se entiende bajo dos condiciones: que sea ilícito, es decir habido sin derecho alguno, y que el aprovechamiento cause perjuicio a otra persona, que puede ser la víctima o un tercero.

El provecho patrimonial que puede obtenerse mediante la comisión del delito de estafa, tiene un sentido más amplio, desde el punto de vista de la naturaleza de los bienes que para los casos de hurto y robo, dada las diferentes formas en que los delitos se realizan. Mientras en el hurto y el robo, por ser delitos de sustracción o apoderamiento, se limita la acción a los bienes muebles, en la estafa el daño alcanza un mayor ámbito patrimonial, dado que el provecho ilícito puede afectar todas las especies de bienes.

Para que el provecho sea ilícito es indispensable que el agente haga recaer su acción sobre un patrimonio ajeno y que en forma alguna tenga derecho al lucro. Todo hecho engañoso que no represente un provecho ilícito para su autor, directa o indirectamente, no constituye delito de estafa.

Consecuencia de la ilicitud del provecho es el perjuicio patrimonial a un tercero, pues no se entiende lo uno sin lo otro. Desde

el momento en que la estafa representa para su autor un beneficio económicamente apreciable es porque la víctima del engaño o un tercero han sufrido mengua en sus intereses patrimoniales.

Tanto el provecho como el perjuicio son resultados efectivos del delito cuando éste alcanza su consumación. Si el delito es imperfecto (tentativa, frustración o delito imposible) no es preciso que esos elementos alcancen cumplimiento.

#### RELACION DE CAUSALIDAD

La estructuración del delito de estafa, fuera de los elementos que hemos examinado, exige una relación causal adecuada entre los medios artificiosos empleados para el fraude y el daño patrimonial resultante. Si el provecho ilícito, finalidad del delito de estafa, no depende de medios artificiosos y engañosos del agente, que integran uno de los elementos característicos del delito, la infracción que se configura no es la que estudiamos, por falta de un nexo de causalidad en la forma que el artículo 408 reclama.

#### CASOS ESPECIALES DE ESTAFA

Si bien es cierto que el artículo 408 del Código Penal colombiano contiene en una fórmula general, más o menos completa, el delito de estafa, los artículos 409 y 411, se ocupan de dos casos especiales de marcado interés en el Derecho Penal, por la frecuencia con que se presentan y las modalidades que revisten.

#### PRIMER CASO

Se refiere a la enajenación como propia de una cosa ajena, o como libre cuando soporta un gravamen. Dice así la disposición:

Art. 409.—“El que enajene como propia una cosa, a sabiendas de que es ajena, o como libre sabiendo que tiene algún gravamen, o que está embargada o secuestrada, incurrirá en arresto de un mes a dos años y una multa de cinco a mil pesos”.

Este hecho comporta los elementos comunes de la estafa, tal como ella está definida en el artículo 408, pero fué materia de dis-

posición especial en nuestro Código, para evitar toda interpretación errónea que sobre la ilicitud de un acto de tal naturaleza pudiera presentarse al definir los aspectos civiles y penales de la enajenación.

Dos situaciones ofrece el artículo 409: la enajenación como propia de una cosa ajena y la enajenación como libre de una cosa propia que tiene algún gravamen, o que está embargada o secuestrada. La primera ocurre cuando el autor del hecho no tiene el dominio o propiedad de la cosa que enajena, la segunda cuando ese dominio se tiene pero por causa del gravamen que se oculta, una hipoteca por ejemplo, se defrauda a la víctima.

Un caso muy semejante al del artículo que comentamos pero que solo se acomoda a la estafa común del artículo 408 resulta cuando se constituye un gravamen sobre un bien ajeno o se oculta el existente para constituir otro. Como no encaja a la disposición especial necesariamente hay que atribuirle al hecho las condiciones comunes del delito de estafa.

En relación con la venta de cosa ajena suele presentarse una situación compleja, cuando la cosa ajena ha sido por parte del mismo agente objeto de un delito de hurto, robo o cualquiera otra infracción contra la propiedad. Aunque aparentemente se integran las dos infracciones no cabría sostener la concurrencia de ellas porque saldría sancionándose dos veces un mismo hecho. Si por ejemplo, un sujeto se hurta un caballo y luego lo vende a otra persona como propio, hay hurto simplemente y a éste no se puede agregar la estafa por el hecho de la venta a un tercero. La estafa cuando resulta de la venta de cosa ajena se comete simulando un dominio que no se tiene, en cambio que si ha habido hurto o la cosa está en poder del agente por un abuso de confianza u otro delito contra la propiedad no simula dominio puesto que ilícitamente la ha adquirido para sí.

Comentando el Dr. Gutiérrez Anzola el artículo 409 en relación con el artículo 1871 del Código Civil, que establece la validez de la venta de cosa ajena, expresa lo siguiente:

"En lo que hace relación a la enajenación de una cosa como propia a sabiendas de que es ajena, debe recordarse que en la Ley civil existe una disposición (Artículo 1871) que considera como válida la venta de cosa ajena. La existencia de esa norma de carácter civil, no puede compaginarse bien con la penal que expresamente reprime el mismo hecho. Sin embargo, todo indica que la

validez del contrato no implica licitud, aun cuando parezca raro que la Ley Civil le dé validez a actos que son ilícitos, pues si lo que penalmente hablando constituye un delito de estafa (venta de cosa ajena) es válido civilmente, esto quiere decir que hay desarmonía legislativa que no se compadece con la lógica. Aún más, no podría la víctima del delito evitar la burla que encerraría el que a más de haberle sido quitada la cosa por su verdadero dueño, estuviera en la imposibilidad de retenerla por haberla adquirido de buena fe, especialmente si se tiene en cuenta que por el aspecto civil esta venta es válida. A confirmar la idea atrás expuesta sobre desarmonía legislativa entre las leyes civil y penal, concurre el artículo 1874 del C.C. que dice: "La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta".

Conviene tener presente que el artículo 409 no habla al configurar el delito de estafa de venta de cosa ajena, sino que se refiere a la **enajenación**. Esto porque como se sabe en nuestro régimen civil el contrato de venta no requiere la entrega de la cosa o tradición sino que determina la obligación de entregar, por ser un contrato consensual. En esta forma no se encuentra contradicción entre la Ley Civil que declara la licitud de la venta de cosa ajena, y la penal, que reprime la enajenación como propia de cosa ajena.

#### SEGUNDO CASO

Una modalidad especial del delito de estafa es la contemplada en el artículo 411, que dispone:

"El que con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito, y abusando de las necesidades, de las pasiones, del estado de enfermedad o deficiencia psíquica de una persona o de su inexperiencia, la induzca a realizar un acto capaz de producir efectos jurídicos que la perjudiquen, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años y en multa de dos a mil pesos.

Si se realizare el perjuicio, la pena será de uno a siete años de prisión".

No consagra esta disposición, como se ha pretendido, una calificación de la estafa común, sino que define una modalidad del

delito, que tiene características propias y medios operativos diferentes a los ya estudiados siguiendo el texto del artículo 408.

Se trata, en primer término, de una infracción que se consuma induciendo a la víctima a realizar un acto capaz de producir efectos jurídicos, potencialmente perjudiciales para ella y provechosos para el agente o un tercero sino que sea indispensable para la perfección del delito la efectividad del provecho y del daño. En segundo lugar, la acción criminal está circunscrita a la ejecución de actos capaces de producir efectos jurídicos, que indican, principalmente, contratos y obligaciones en los cuales se compromete con libertad aparente el ofendido, determinado por uno de los factores de que se da cuenta en el artículo 411.

El delito se lleva a término provocando una inducción, no en error, que es el caso ordinario de la estafa, sino de otro orden, en que se configura una especie de violencia moral, como que el ofendido se ve compelido por ciertas circunstancias a la ejecución de un acto en el que no hay simulación o artificio que oculte su naturaleza o sus efectos. La determinación que el agente logra depende generalmente del aprovechamiento que hace de circunstancias favorables para sus designios, circunstancias que son propias al ofendido y de las cuales puede abusar el agente en un momento dado.

El medio de comisión de la estafa, ya lo vimos, es el artificio creador de falsa apariencia sobre el agente o la cosa. En el caso del artículo 411 el artificio no existe. El hecho se comete abusando de ciertos estados económicos, afectivos, pasionales, patológicos, anormales o de deficiencia mental de la persona ofendida, lo que en nuestro sentir entraña una especie de violencia moral que da al delito notorias semejanzas con la extorsión, sin lograr constituir esta infracción por no aparecer de manera positiva la coacción.

La estafa, conforme a la disposición que comentamos, se consuma cuando el acto capaz de producir efectos jurídicos se realiza. Pero no requiere que el daño para el ofendido y el lucro ilícito para el agente se produzcan. Es suficiente que el acto tenga la capacidad de producirlos. En cierta forma reviste el hecho aspectos de delito intentado cuando los fines propuestos no se cumplen, pero no es así, dado que la infracción perfecta consiste en lograr la ejecución del acto capaz de producir efectos jurídicos. La consumación, se repite, no reclama que los efectos se alcancen. Es, por lo

mismo, impropio hablar de una tentativa de estafa en el caso del inciso primero del artículo 411.

Cuando el perjuicio se produce por consecuencia del acto a que fue inducida la víctima la ley reprime el hecho con una sanción mayor. El delito en este supuesto a más de consumado, que también lo está conforme al primer inciso, agota la causalidad criminal y es por ello lo más grave. Es, pues un delito consumado y agotado.

#### CALIFICACION DE LA ESTAFA

A dos factores atiende nuestra Ley penal para la calificación del delito de estafa. Son ellos la cuantía y la magnitud del perjuicio ocasionado a la víctima.

A este respecto establece el artículo 410.

**“La pena establecida en el artículo 408 se aumentará hasta en otro tanto si la cuantía de lo estafado fuere superior a diez mil pesos o si siendo inferior, a ocasionado a la víctima graves dificultades para atender a su subsistencia”.**

El criterio seguido por el Código en los delitos contra la propiedad, de atender al valor mismo del daño y a los perjuicios resultantes del hecho, aparece en el delito de estafa formulado con más sencillez y mejor criterio que en otros delitos, como el hurto y el robo, según tuvimos ocasión de anotarlo al examinar tales infracciones.

La fijación de una cuantía límite para agravar la pena permite al juez moverse con algún arbitrio dentro de la escala penal que resulta de los artículos 408 y 410. Igual arbitrio puede ejercer sin consideración a la cuantía cuando los perjuicios ocasionados a la víctima provocan graves dificultades para atender a su subsistencia, que es el otro factor de calificación consignado en el artículo. La estimación del perjuicio en este caso, como en los otros delitos contra la propiedad, es una cuestión bastante difícil en la que el Juez tiene que proceder con mucha prudencia dada la problemática comprensión del término subsistencia.

### CONCURRENCIA DE LA FALSEDAD Y LA ESTAFA

Es este uno de los problemas más debatidos y acerca del cual se han expuesto las más contradictorias tesis.

El orden que seguimos en el examen del Código Penal nos impide por ahora entrar de lleno en esta cuestión, pero haremos en extenso el correspondiente estudio al tratar de los delitos contra la fe pública.

Conviene sí poner de presente de una vez que en nuestra opinión, aunque la falsedad, como todos los delitos contra la fe pública, tiene una integración jurídica propia, en un todo independiente de los delitos que afectan el patrimonio, en muchas ocasiones la falsedad absorbe el delito de estafa, por recoger el delito medio en sí mismo los elementos de delito fin. Con la falsedad se pretende normalmente un fraude, lo mismo que en la estafa, pero la naturaleza del medio que se adopta para defraudar tiene una calificación especial, que convierte al medio en delito, independiente del resultado pretendido. Si el fraude se lleva a término la falsedad existe siempre como delito y el daño resultante viene a constituir el agotamiento del mismo hecho, y no una infracción diferente. Esto porque el delito contra la fe pública tiene también el fin fraudulento, lo que haría impropio descomponer en dos infracciones la estafa perpetrada mediante una falsedad en documento.

Al estudiar el delito de falsedad en documentos tendremos ocasión de analizar las disposiciones penales de nuestro Código en esta materia y de demostrar que la Ley colombiana sanciona el delito de falsedad como tal, tanto cuando no se produce perjuicio, por entrañar delito contra la fe pública como cuando se produce, lo que determina una absorción jurídica y no un concurso de delitos.

Lo dicho es suficiente, por ahora. Más a fondo trataremos el problema, como ya lo indicamos.

NOTA: El estudio correspondiente al delito de abuso de confianza lo publicaremos en el próximo número.

## DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL HONOR SEXUALES

### TITULO XII

En materia sexual la ley penal no se ciñe a un estricto criterio moral de limitación, y reduce su ingerencia a sancionar aquellos hechos que, por su naturaleza, modo de ejecución o condiciones de la víctima, quebrantan la autonomía personal, afectan la honestidad o determinados intereses colectivos en cuya defensa tiene interés la sociedad.

Como hechos que ofenden la libertad y el honor sexuales considera nuestro Código los siguientes: **Violencia Carnal, Estupro, Abusos Deshonestos, Corrupción de Menores y Proxenetismo**, denominaciones éstas no muy específicas, pero que permiten una correcta clasificación legal de los delitos sexuales.

Dos son los derechos que pueden lesionarse con los delitos enunciados, pero no es indispensable en todos los casos que ambos resulten ofendidos. El primero es la **libertad sexual**, entendida como el atributo de la persona humana para el ejercicio y disposición de sus relaciones de este orden. El segundo es el **honor sexual**, entendido en su sentido de honestidad o pudor, que representa un

patrimonio moral del sujeto. Ambos intereses tienen su significación propia y no pueden confundirse, para una correcta estimación de los ilícitos, pues como hay hechos que atentan contra la libertad y el honor, los hay que apenas afectan uno de estos intereses.

Fuera de los hechos que ya hemos enunciado y que están incorporados en el Título XII hay otros delitos que tienen también una finalidad sexual por parte del agente, los cuales han sido agrupados en otros títulos por ofender ciertos intereses de orden general, como la familia y la moral pública. Tal ocurre, por ejemplo, con los delitos de **rapto**, **incesto**, y **bigamia**, considerados como atentatorios contra la institución familiar. Aunque ciertamente dichos delitos ofenden intereses distintos a los de la persona, debe tenerse presente que en muchos casos ellos pueden representar una doble transgresión cuando atentan también contra la libertad y el honor sexuales, lo que da lugar a que se presente un concurso formal de delitos, según tendremos ocasión de analizar.

Respecto de las disposiciones contempladas en nuestro Código Penal en materia de delitos contra la libertad y el honor sexuales cabe hacer la observación general de que hay cierta falta de técnica en la apreciación jurídica de los hechos, lo que ha creado situaciones contradictorias y aberrantes, especialmente por no haber hecho la debida especificación de los delitos contra la libertad y los contra el honor sexual, cuya estructuración se cumple en condiciones y con exigencias diferentes.

### — VIOLENCIA CARNAL —

Art. 316.—“El que someta a otra persona al acceso carnal, sin consentimiento de ésta y mediante violencia física o moral, estará sujeto a la pena de dos a ocho años de prisión.

“A la misma sanción estará sujeto el que tenga acceso carnal con un menor de catorce años de edad, o con persona a la cual haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia”.

El delito de violencia carnal, conocido con el nombre de violación en otras legislaciones, es, por su propia naturaleza, un hecho esencialmente atentatorio contra la libertad sexual, aunque puede, al mismo tiempo, ser ofensivo del honor. Consiste ordinariamente en constreñir física o moralmente a una persona para la realización del acceso carnal, para el cual la víctima ha negado su consentimiento o ha sido puesta en condiciones impropias de manifestarlo.

La violencia carnal es siempre un hecho cometido con un propósito erótico, integrado materialmente por la ejecución del acceso carnal, o sea la conjunción o ayuntamiento entre personas de distinto sexo. Existe el delito cuando para su ejecución se recurre a la violencia, propiamente dicha, bien sea fuerza o intimidación; cuando se obtiene el acceso con un menor de catorce años, y cuando la víctima, cualquiera que sea su edad, ha sido puesta por el agente en estado de inconsciencia. En el primer caso se procede

contra la oposición manifiesta de la persona ofendida; en el segundo hay imposibilidad legal de consentir (presunción), y en el tercero, por el estado de inconsciencia es naturalmente imposible el consentimiento.

Para una mejor comprensión del delito que estudiamos examinaremos, siguiendo el texto de la disposición transcrita, sus elementos constitutivos:

#### ELEMENTO MATERIAL

Objetivamente el artículo 316 hace consistir la violencia en el "acceso carnal", expresión que bien puede equipararse con los términos conjunción, ayuntamiento o concubito, que indican la realización del acto carnal entre el hombre y la mujer, por los conductos normales. Mucho se ha discutido si para la integración del delito se requiere en efecto un acceso carnal normal o si, en un sentido más general, cabe admitir la existencia del ilícito cuando se trata de accesos no naturales, como el homosexual o el coito anal.

Hay una tendencia muy marcada entre muchos tratadistas de comprender en el delito de violación el acceso normal y el anormal, tesis esta que francamente no consideramos aceptable en nuestra ley penal ya que expresamente el Código sanciona como abusos deshonestos el acceso carnal homosexual y todo "acto erótico sexual, diverso del acceso carnal", solución ésta más adecuada como que los actos contra la naturaleza en las relaciones sexuales no pueden entrañar sino simples abusos deshonestos.

En la Comisión Redactora del Código Penal, se sostuvieron opiniones contradictorias, sin que se aclarara en forma definitiva el alcance del art. 316. De una parte el doctor Lozano sostuvo que "la expresión "acceso carnal" quiere significar el acto carnal que tenga lugar por alguno de los esfínteres; de tal manera abarca algo más que la cópula". Por su parte el doctor Cárdenas sostuvo que "la violencia ejecutada para lograr acceso carnal, no puede tener lugar sino entre el hombre y la mujer, cuando hay propósito de realizar la cópula". "Todas las demás violencias de carácter carnal de un hombre sobre otro hombre, de una mujer sobre otra mujer, o de un hombre sobre una mujer, para cometer un acto distinto de la cópula, deben denominarse impudicias, deshonestidades, o corrupción en algunos casos".

Si bien la comisión no fue lo suficientemente explícita para de-

finir en su objetividad la violencia carnal, estimamos, previa consulta de las distintas disposiciones sobre los delitos sexuales, que el art. 316 se refiere exclusivamente a la cópula o relación sexual normal, lo que puede colegirse del análisis de los artículos 323 y 325 (inciso primero) que por la clasificación que hacen de los hechos constitutivos de abusos deshonestos y corrupción de menores, permiten entender el significado que debe darse al acceso carnal.

Respecto de la materialidad del delito de violencia carnal es preciso concretar debidamente, desde el punto de vista de los actos realizados por el agente, cuándo puede decirse que ha habido el acceso. El se realiza e integra materialmente el delito que comentamos cuando hay introducción o penetración del miembro en la vagina, sin que sean precisas otras circunstancias, como la eyaculación o la verificación completa del coito.

Sobre este particular expresa el profesor Juan P. Ramos en su obra "Curso de Derecho Penal", lo siguiente:

"En la forma actual de concebir el derecho penal, que es más realista en el sentido de estar más en las situaciones de hecho que crea la vida y no en las simples teorías, no es menester llegar a la eyaculación; está completamente descartada en casi todos los tratadistas. No es necesario tampoco que la penetración sea completa, absoluta, pues aún en la incompleta existe ayuntamiento, empleando un expresivo término español. Los códigos antiguos y los proyectos argentinos hablan de concubito, palabra un poco artificiosa, derivada del latín concubitus; hablan los mismos del acceso carnal; en español la palabra ayuntar, ayuntamiento, es juntar dos cosas. En el fondo, dentro de la palabra ayuntamiento, está claro que puede haber una penetración incompleta y, sin embargo, la mujer se siente poseída por aquél individuo del cual no quiere dejarse poseer. Es una cuestión compleja por sí misma".

Otros actos, distintos del acceso carnal propiamente dicho, pueden ser, atendidas las intenciones del agente, parte del proceso de violencia carnal, lo que debe tenerse muy presente para distinguir las formas imperfectas de este delito de otros hechos que pueden ser constitutivos de una infracción diferente. Lo primordial es el propósito del delincuente, la finalidad que persigue, pues ciertos actos sexuales pueden ser una tentativa de violencia o, por encontrar satisfacción en ellos el agente, hechos de una naturaleza penal distinta.

**SUJETO ACTIVO**

Normalmente, por su propia constitución sexual, el sujeto activo del delito de violencia carnal es el hombre. Excepcionalmente puede serlo la mujer, como excepcionalmente podría el hombre ser sujeto pasivo frente a la mujer. De acuerdo con la naturaleza de los medios de comisión de este delito, cabría suponer que la mujer podría ser sujeto activo del hecho recurriendo a la violencia moral (intimidación), más bien que a la violencia física; sometiendo al acceso carnal a un menor de catorce años, o recurriendo a medios extraordinarios que perturbaran a la víctima.

En la práctica resulta siempre este delito en perjuicio del sexo femenino, según puede comprobarse en nuestras estadísticas de criminalidad.

**SUJETO PASIVO**

Tratándose de delitos contra el honor sexual es lo corriente que la acción recaiga sobre la mujer, como ocurre con el delito de estupro. Pero como la violencia carnal, si bien puede afectar la honestidad, lesiona en primer término la libertad sexual, el sujeto pasivo puede ser el hombre o la mujer, dentro de las posibilidades anotadas al hablar del sujeto activo.

Para la integración del delito y con relación al sujeto pasivo no existen límites o condiciones en la ley. Lo mismo es que la acción recaiga sobre un hombre o sobre una mujer; no importa la edad, de la persona ofendida, su estado o su moralidad, especialmente cuando el delito se consuma con el empleo real de medios violentos. Por este aspecto se marca una diferencia entre el delito de violencia carnal y los que únicamente afectan la honestidad de la víctima, dado que la ilicitud de la violación dimana, precisamente, del hecho de quebrantar la autonomía de la persona obligándola a realizar el acceso carnal, atentado que lo mismo puede recaer sobre una persona honesta que sobre la que no lo es. En cambio, en los delitos contra la honestidad debe haber en el sujeto pasivo una idoneidad moral que autorice hablar de ofensa al honor o al pudor.

**MEDIOS DE COMISION DEL DELITO**

Según el art. 316 el delito de violencia carnal puede cometerse en tres formas distintas, a saber:

- a).—Con el empleo de violencia física o moral;
- b).—Realizando el acceso carnal con un menor de catorce años;
- c).—Ejecutando el mismo hecho con persona a la cual haya puesto el agente en estado de inconsciencia.

A estas tres formas vamos a referirnos.

**Violencia.**—La violencia es el elemento característico y constitutivo del delito que analizamos, cuya presencia es indispensable, salvo los casos enunciados en los ordinales b y c. Puede ser violencia física (fuerza) o violencia moral (intimidación).

Tratándose de la violencia material o física es indispensable no sólo que efectivamente se ejerza contra la víctima, sino que sirva dicho medio para quebrantar la resistencia de la persona y anular la negación de su consentimiento para el acto carnal. Por la naturaleza del hecho difícilmente puede presentarse el caso de violación con el solo empleo de la fuerza, pues la oposición de la víctima hace casi imposible que se consuma el acceso. Por ello precisa tener muy en cuenta todas aquellas circunstancias que hagan presumible la eficiencia del medio y la negación del consentimiento, como por ejemplo las condiciones físicas del violador y de la ofendida, el tiempo, el lugar y modo de comisión del delito, la forma en que se manifiesta la resistencia de la agraviada, las señales o huellas que el ejercicio de la fuerza dejen en la víctima, etc. Todo esto porque bien puede ocurrir que la oposición o resistencia al acceso sea insuficiente o fingida y que íntimamente la pretendida víctima consienta en el acto.

Tratándose de la violencia moral (intimidación) la situación se plantea en forma diferente porque en este caso la víctima se ve forzada al hecho por temor al mal con que se la amenaza. El valor de la intimidación corresponde analizarlo para cada caso en particular ya que no todas las personas tienen igual valor, ni asumen con la misma entereza una situación de peligro.

La violencia en el delito de que hablamos debe obrar directamente sobre la víctima, lo mismo cuando se trata de fuerza que cuando se emplea intimidación, aunque es de advertir que por las condiciones especiales de la violencia moral ésta puede resultar de actos que amenazan a un tercero e influyen sobre la persona ofendida, obligando su voluntad, en razón de nexos existentes entre el directamente amenazado y el sujeto pasivo. En este caso se entiende siempre que la violencia, como elemento constitutivo del delito, recae sobre la ofendida.

### VIOLENCIA PRESUNTIVA

Fuera de la violencia manifiesta, el delito puede ocurrir cuando el acceso carnal se realiza con una persona menor de catorce años de edad o cuando, sin consideración a la edad, la víctima ha sido puesta en estado de inconsciencia por el autor del delito.

La menor edad es una presunción de derecho consagrada por la ley, formulada con un criterio de protección moral y fundada en el concepto generalmente aceptable de que los menores no están en condiciones de desarrollo intelectual suficiente para darse cabal cuenta de la naturaleza del acceso carnal y de las consecuencias que dicho acto acarrea. El límite de la edad, es como fácilmente puede comprenderse, arbitrario y su señalamiento apenas corresponde a la apreciación de que en nuestro medio no hay antes de los catorce años una capacidad suficiente para las relaciones sexuales. Otros códigos fijan la edad de doce años, pero cualquiera sea la que se tenga en cuenta para la presunción siempre resulta arbitrario el señalamiento.

No obstante que la presunción es de derecho, esa fórmula general, que se justifica en orden a la tutela de intereses morales, debe tomarse con un criterio ajustado a la realidad misma del delito para no incurrir, con una aplicación exagerada, en francas injusticias. La ley estima, de una parte, que el consentimiento del menor de catorce años carece de validez y no entraña ciertamente un verdadero consentimiento, y de otra, que aprovecharse de un menor, incapaz de estimar sus actos, constituye un grave daño moral para la víctima. Pero se parte, necesariamente, del principio de que el hecho va a ofender un patrimonio moral y por ello, en muchos casos, por las condiciones morales de la víctima sería impropio construir el delito con base en la sola presunción en cuanto a la edad. Tal sería por ejemplo, sancionar como violencia carnal, el acceso con una prostituta menor de catorce años, que entre nosotros las hay y en crecido número.

Otro aspecto que merece igual atención y mucha prudencia en este particular, es el relativo al error en cuanto a la edad de la persona ofendida, especialmente, tratándose de mujeres. Muchas, por su desarrollo físico, pueden aparentar una edad mayor a la que realmente tienen, y no sería raro que en algunos casos la propia mujer informara falsamente sobre su edad, diciéndose mayor ante el individuo con el cual realiza el acceso carnal. En ambas situa-

ciones nos parece absurdo aplicar la presunción, y los hechos, de no asumir carácter delictuoso por otro concepto, cabría acomodarlos en el ordinal segundo del art. 23 del C. P.

El estado de inconsciencia es la segunda forma de violencia presuntiva consagrada por el art. 316.

El hecho del acceso asume las características de violencia carnal cuando el agente del delito provoca, por actos propios, la inconsciencia de la persona ofendida.

Teniendo en cuenta que nuestra ley exige que la inconsciencia sea provocada, la disposición no alcanza, como en otros códigos, a contemplar la privación de la razón y la privación de sentido, comprendiendo únicamente este último caso en el que puede hablarse con propiedad de estado de inconsciencia. Diversos medios pueden emplearse para privar de sentido a la víctima, como provocando un síncope, un desmayo, recurriendo a las bebidas alcohólicas, a los tóxicos, a los hipnóticos, a los narcóticos, etc, todos los cuales son suficientes para dejar a la persona en condiciones de cuerpo inerte y accesible para cualquier acto.

El delito cometido en estas circunstancias entraña violencia no sólo porque el agente recurre a un medio propio para reducir a la víctima al estado de inconsciencia, sino también porque por causa de este mismo estado el sujeto pasivo se halla físicamente incapacitado para manifestar su consentimiento.

Si se tiene en cuenta que la presunción de la ley se ha formulado atendiendo al abuso que se comete sobre el cuerpo de una persona inconsciente, no se encuentra razón valedera que justifique la distinción hecha por nuestro código del acceso cumplido con quien ha sido puesto en estado de inconsciencia, del mismo acto cuando tal estado no lo ha provocado el agente, sino simplemente, aprovechado. Este último caso es considerado como estupro por el art. 319, lo que es impropio porque el hecho debió considerarse como violencia carnal.

En varias legislaciones el realizar el acceso carnal con persona privada de razón o de sentido es siempre delito de violación, sin atenderse para la estructuración del delito a que el delincuente provoque o no dichos estados.

**CALIFICACION DE LA VIOLENCIA CARNAL**

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

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

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

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

Veamos cuál es el alcance y qué significado tienen estas circunstancias que específicamente agravan el delito de violencia carnal.

**Primera.**—Ya habíamos dicho que el delito de violencia carnal no reclama, dados sus elementos constitutivos y la naturaleza de los intereses que lesiona, condiciones en relación con el sujeto pasivo. Bien puede recaer el delito sobre un hombre o sobre una mujer; bien puede tratarse en este último caso de una mujer honesta, virgen o no, o de una prostituta. Pero es evidente que si a más del atentado contra la libertad sexual de la persona, el hecho entraña una ofensa a la honestidad o al pudor, el delito asume especiales características que lo hacen más grave y más repugnante.

El delito de violencia carnal cometido en la persona de una mujer virgen o de irreprochable honestidad entraña lo que tradicionalmente se ha conocido con el nombre de estupro, entendiéndose por tal el acceso carnal con una mujer doncella o que sin serlo es reputada como honesta. Este término no es el propio para apreciar el ilícito cuando la mujer ha sido sometida violentamente al acceso, pero la infracción sí se ofrece como más grave que la violencia común.

El art. 317 respecto a esta agravación contempla dos circunstancias distintas: la virginidad, propiamente dicha, ceñida al concepto físico que de ella se tiene, y la honestidad que puede interpretarse como virginidad moral de la persona y que entraña pudor,

recato y moral sexual de la mujer. Doblemente apreciada la circunstancia del ordinal primero, se previene el Código contra situaciones de orden probatorio difíciles que pudieran presentarse, de reducir la calificación al simple hecho de la virginidad, como que es frecuente que en muchas ocasiones resulte casi imposible la comprobación de ese estado. Por otra parte la misma razón que hay para agravar el delito cometido en una doncella la hay para agravarlo en una mujer honesta, como sucedería tratándose de una mujer casada, de una viuda o de una soltera que por causa accidental o por haber sido víctima de un delito anterior hubiese dejado de ser virgen.

**Segunda.**—La pluralidad de delincuentes, en el delito de violencia carnal, es circunstancia que justifica plenamente la agravación. Ya expresamos la dificultad que entraña para una sola persona la comisión de una violencia carnal, especialmente cuando se recurre al solo empleo de la fuerza. La complicidad en el delito facilita notoriamente su comisión, hace nugatoria la resistencia de la víctima porque se provoca materialmente su indefensión, y el hecho adquiere condiciones de mayor brutalidad. Por ello cuando son dos o más personas las que participan en la comisión del delito se impone una penalidad mayor. No es indispensable que todos los que participan en el hecho consumen el acceso carnal, ni es preciso, tampoco, que su cooperación sea prestada en el grado de necesidad consagrado en el art. 19 del C. P. Cualquier participación, principal o accesoria, da lugar a que el delito se califique.

**Tercera.**—Atiende la circunstancia contemplada en el ordinal tercero a dos situaciones de orden moral que, de una parte, facilitan al agente la comisión del delito y de otra, colocan a la víctima en condiciones que hacen más difícil defenderse de las intenciones o propósitos del agente.

En primer lugar puede tratarse de que el delincuente ocupe una determinada posición o cargo o esté frente a la víctima en un carácter especial que determinen al sometimiento de ella en virtud de la autoridad que ejerce. En segundo lugar, puede tratarse del aprovechamiento de una posición de confianza que la persona ofendida toma ante el agente, en virtud de un carácter especial, una posición o cargo.

Los atributos especiales que se atribuyen al autor del hecho como factores propios para hacer más fácil la comisión del delito obran sobre la persona ofendida, inhibiéndola relativamente para

resistir el ataque contra su libertad sexual. Unas veces porque la autoridad que el agente ejerce con relación a la agraviada contribuye a su sometimiento, y otras, porque sintiéndose segura, la persona no logra oponer medios defensivos adecuados.

Son tres los atributos que el ordinal que examinamos tiene en consideración: el primero significa una especial condición del sujeto frente a determinada persona o personas por causa de sus relaciones naturales, títulos, dignidades o estado. Así, podría decirse que el carácter de padre, de confesor, de institutor etc., dan al sujeto autoridad sobre otra persona, o confianza; el término **cargo** hace relación a una dignidad empleo u oficio, y por **posición** se entiende la categoría o condición social de una persona respecto de las demás.

#### AGRAVACION DEL DELITO POR MUERTE O GRAVE DAÑO DE LA SALUD

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 circunstancia de calificación a que alude este artículo es de carácter especialísimo y tiene una significación muy distinta a las que señala el art. 317. Mientras que éstas fundan la agravación del delito en condiciones que revelan la peligrosidad del agente, las circunstancias del art. 318 atienden es al daño resultante a la víctima, desde el punto de vista de su integridad, como consecuencia de los actos de la violencia carnal.

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

Los hechos consecuenciales de la violencia, bien sea la muerte o los daños en la salud, no tienen en el campo penal una integración propia como para constituirse en infracciones diferentes y,

por lo tanto, son únicamente válidos para agravar el delito que el delincuente se propuso. Para que así ocurra se entiende que esos daños o la muerte dependen de los actos mismos realizados para llevar a término la violencia carnal; porque si dependen de actos posteriores a la consumación del delito o el agente los ha ejecutado con una intención homicida o de lesionar, habría no una simple agravación, sino concurso de delitos.

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

Se omitió en este capítulo considerar de manera expresa la agravación del delito en el caso de contaminación venérea, que sí se contempló para los demás delitos contenidos en el título. Para salvar esta omisión necesariamente hay que interpretar que el contagio venéreo entraña un grave daño en la salud, lo cual es impropio en general porque no todas las enfermedades venéreas podrían calificarse como grave daño, y sería injusto y exagerado imponer siempre la penalidad del art. 318. No obstante como el arbitrio de esta disposición es bantante amplio, podría hacerse la agravación prudente, según la gravedad de la enfermedad.

— ESTUPRO —

Art. 319.—“El que obtenga el acceso carnal con una mujer mayor de catorce años, empleando al efecto maniobras engañosas o supercherías de cualquier género, o seduciéndola mediante promesa formal de 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 delito de estupro es esencialmente un hecho contra el honor sexual y sus elementos integrantes difieren de los que son propios al delito de violencia carnal. Aunque el Código no se ciñe a la interpretación tradicional que se ha hecho del estupro, considerado como el acceso carnal con una mujer virgen, con el empleo de fraude o engaño, es evidente que este delito reclama requisitos especiales para diferenciarlo, en primer término, de la violación y para, en segundo lugar, evitar confundirlo con actos de relación sexual no considerados ilícitos en materia penal.

Vamos a examinar los elementos de esta infracción:

**SUJETO ACTIVO**

Para el estupro, en las condiciones del inciso primero del art. 319, el agente del delito ha de ser varón como que sujeto pasivo

sólo puede serlo la mujer. No ocurre en este delito lo que en la violencia en que no hay distinción de sexos al respecto, lo que se explica porque el interés lesionado en el caso del estupro es la **honestidad u honor sexual**, patrimonio cuya tutela únicamente es propio ejercer en beneficio del sexo femenino.

**SUJETO PASIVO**

Por las mismas razones apuntadas atrás el sujeto pasivo del estupro es la mujer, pero se requiere que sea mayor de catorce años ya que de ser menor de dicha edad, el delito, aunque sea con consentimiento de la víctima, sería el de violencia carnal, conforme al ordinal segundo del art. 316.

Respecto del sujeto pasivo nuestro Código no exige de una manera expresa condiciones especiales para la integración del delito, lo que ha servido para una aplicación incorrecta y exagerada del art. 319 por parte de jueces y tribunales. La confusión ha nacido de una literal interpretación del art. y de la aplicación no discriminada del art. 321, común a la violencia y al estupro, del cual habremos de ocuparnos.

Aunque la ley no lo diga concretamente, el sujeto pasivo del estupro debe ser una mujer virgen u honesta, dado que, para que pueda hablarse de lesión al honor sexual la víctima tiene que reputarse idónea para sufrir el daño. Mal puede hablarse de delito contra el honor sexual o la honestidad si la mujer ofendida es de una conducta sexual relajada, una prostituta, por ejemplo. El honor, sexualmente considerado, es un concepto atribuible únicamente a las mujeres honestas, que aprecian su virtud, su recato, como patrimonio moral que las hace respetables. Si ese honor no existe es imposible que se integre el delito de estupro.

**FORMA DE COMISION**

Se comete el estupro, de acuerdo con la disposición que comentamos, cuando para obtener el acceso carnal el agente emplea maniobras engañosas o supercherías de cualquier género, o seduce a la víctima mediante promesa formal de matrimonio.

Son dos formas, ambas constitutivas de engaño, las que contempla la disposición: **El empleo de maniobras engañosas o supercherías y la seducción, propiamente dicha.**

La primera se caracteriza porque la víctima es inducida a realizar el acceso carnal en razón de un medio engañoso que artificioosamente emplea el agente, bien para aparecer como persona distinta o para hacer creer a la ofendida que el hecho del acceso tiene una finalidad necesaria o conveniente para ella. Si, por ejemplo, un hombre hace creer a una mujer que es su marido y obtiene el acceso carnal, comete delito de estupro; lo mismo ocurriría si un médico hiciese creer a la ofendida que necesita realizar el acceso carnal como parte de un tratamiento curativo, y en tal virtud lo realizase. Las maniobras pueden tener el carácter de supercherías cuando el agente explota la ignorancia, la credulidad o los temores religiosos, lo que es muy común en ciertos medios, especialmente entre los campesinos.

El mérito de las maniobras engañosas hay que apreciarlo en relación con la ofendida y no puede perderse de vista que el delito ha de lesionar su honor porque de no ser así llegaríamos al absurdo de sancionar como estupro actos en los que habiendo engaño no hay lesión al sujeto pasivo. En el caso, para citar un ejemplo muy común, de que un hombre obtuviese de una mujer no honesta el acceso carnal por dinero y se la defraudara, ese engaño y ese acceso no podrían integrar el delito.

Mientras las maniobras engañosas o supercherías llevan a la víctima a la realización del acceso generalmente por hacérsele creer algo falso en relación con el hecho mismo o con el agente, la **seducción**, segunda forma de comisión del estupro, tiene un sentido completamente distinto.

En la seducción la mujer presta su consentimiento para el acceso carnal, no engañada sobre la naturaleza del hecho, sus consecuencias o el autor, sino por habérsele hecho creer que accediendo a la demanda del seductor, éste contraerá matrimonio con ella. En el caso preciso de la seducción se ve con más claridad el ultraje al honor sexual y la necesidad que hay de que la víctima sea mujer honesta, pues seducir significa, precisamente, deshonor a una mujer, arrebatárle su honor, corromperla, hecho que no puede cumplirse si el sujeto pasivo no es moralmente idóneo.

No es preciso que la mujer sea virgen; es suficiente que sea mujer honesta porque el daño al honor puede producirse lo mismo en una viuda o en una mujer que ha perdido su virginidad por causa de una violación o accidente.

Cuando el estupro se consuma por **seducción** es indispensable que el agente haya hecho a la ofendida promesa formal de matrimonio. Este requisito no tiene en nuestro sistema legal una significación exacta, dado que los esponsales, que podrían tomarse como la verdadera promesa matrimonial, no existen entre nosotros. En estas condiciones para atribuir el carácter de formal a la promesa de matrimonio hay que hacer el estudio de las costumbres que imperan en las distintas secciones del país y atender en cada caso particular a todas aquellas circunstancias que hagan presumible que la promesa creó en el ánimo de la víctima la certeza fundada de que se realizaría el matrimonio.

La promesa matrimonial para que haya delito, ha de determinar el consentimiento de la mujer para el acceso, lo que indica que debe ser previa. Una promesa posterior no podría servir para integrar el delito, pues de haber consentido la ofendida libremente, siendo capaz de consentir, el hecho carecería de significación penal.

Qué signos externos podrían apreciarse para establecer el carácter "**formal**" de la promesa de matrimonio?

En este particular es difícil sentar una norma exacta, dada la diversidad de costumbres existentes y los distintos grados de credibilidad de las personas. Pero en todo caso importa establecer en la investigación de esta clase de delitos que efectivamente la promesa se presentó en circunstancias tales que la víctima podía confiar en su cumplimiento. Hay ciertas fórmulas estiladas de promesa matrimonial cuyo poder de convicción se reconoce, como el cambio de argollas, la petición a los padres de la novia del consentimiento para el matrimonio, las cartas, las relaciones estables, etc. todas las cuales pueden servir para afirmar la promesa formal de matrimonio. Sin embargo, no debe olvidarse que los procesos penales de esta clase exigen, antes que la adopción de fórmulas generales y presuntivas, un criterio prudente, propio a cada caso particular, para evitar la impunidad de hechos francamente lesivos del honor o, en contrario, la injusta represión de relaciones sexuales cumplidas sin el empleo de medios delictuosos, que en este último supuesto, se denuncian con ánimo de obtener lucro o de salvar, socialmente, la reputación de la mujer, comprometida por una conducta liviana.

**Consentimiento.**—En el delito de estupro, al contrario de lo que ocurre en la violencia carnal, la víctima presta su consentimiento para el acto, consentimiento que aparece viciado por determi-

narlo la maniobra engañosa o la promesa formal de matrimonio. En un sentido riguroso y exacto puede decirse que la ofendida no accede de una manera libre, sino inducida por el medio engañoso o alentada por la seguridad del posterior matrimonio.

Generalmente el acceso carnal normal, libremente ejecutado, no constituye hecho violatorio de la ley penal. Se requiere para la existencia del delito la ausencia del consentimiento o vicio en él. Así en la violencia carnal se procede contra el querer de la persona ofendida o se trata de un sujeto pasivo incapaz de consentir; en el estupro el consentimiento está viciado por el engaño. Pero aparte de estos hechos puede existir el delito aún consintiendo libremente la ofendida, cuando se trata de mujeres menores de 16 años y mayores de 14, a quienes la ley ampara con otra presunción semejante a la del caso de violencia carnal, pero situando la infracción en el capítulo de corrupción de menores.

#### ELEMENTO MATERIAL

Materialmente el estupro requiere el acceso carnal del hombre con la mujer, entendiéndose el acto normal, como ya lo explicamos para el delito de violencia.

Por sus condiciones específicas el estupro se consuma únicamente con la realización de la cópula y no es posible encontrarlo en las etapas de delito imperfecto, tentativa o frustración, lo que depende principalmente de los medios de comisión y de la naturaleza del interés o patrimonio que lesiona.

#### FORMA ESPECIAL DE ESTUPRO

El segundo inciso del art. 319 consagra un caso especial de estupro, que resulta cuando se tiene acceso carnal con una persona que padezca de alienación mental o que se halle en estado de inconsciencia. Este hecho no tiene las características propias del estupro. Puede recaer sobre el hombre o la mujer y no exige el empleo de maniobras engañosas, que son esenciales en el caso del inciso primero.

Lo que determina el delito es el hecho de aprovecharse el agente de una persona privada de razón o de sentido para ejecutar

con ella el acceso carnal, sin que para nada haya intervenido el autor del delito en el estado anormal de la víctima. Siendo que, en los supuestos de la disposición, se trata siempre de personas incapaces de consentir por causa de su anormalidad o de su inconsciencia, no es propio, jurídicamente, hablar de estupro y debió colocarse como violencia carnal presuntiva en el inciso segundo del art. 316, más propio y más ajustado a los conceptos penales del hecho en cuestión. El estupro recae siempre sobre la mujer mayor de catorce años, es un delito que atenta contra la honestidad y se comete con engaño, todo lo cual no ocurre en el acceso carnal con persona alienada o inconsciente.

#### CALIFICACION DEL ESTUPRO

Art. 320.—“La pena señalada en el artículo anterior se aumentará en una cuarta parte en los casos previstos en el art. 317 y en el de contaminación venérea”.

Para la agravación del delito de estupro remite la disposición transcrita a las circunstancias contempladas en el art. 317, de las cuales encontramos aceptables y propias las de los ordinales segundo y tercero, no así la del primero, porque, de acuerdo con lo que hemos expuesto sobre el estupro, la virginidad y honestidad de la víctima es elemento que integra el ilícito referido, y sería absurdo agravar la pena por ser la ofendida mujer honesta o virgen cuando esas calidades se incorporan al delito.

La contaminación venérea consiste en provocar en la ofendida el contagio de una enfermedad de esa clase y se considera como circunstancia agravante del delito. Es preciso que exista realmente el contagio, lo que debe tenerse presente porque el art. 381 en el capítulo de las Lesiones Personales sanciona como delito el solo riesgo que una persona crea a otra al ejecutar el acceso carnal hallándose atacada de una enfermedad venérea.

Se observa que el art. 320 no se redactó siguiendo el sistema adoptado generalmente por el Código para las agravaciones de penalidad, ya que en lugar de decir que el aumento sería hasta en una cuarta parte expresó que “se aumentará en una cuarta parte”, con lo que hizo inflexible el aumento de la sanción.

**ATENUACION DE LA RESPONSABILIDAD  
EN LA VIOLENCIA Y EL ESTUPRO**

Art. 321.—“Las penas señaladas en los capítulos anteriores serán disminuidas 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”.

Como disposición común a la violencia carnal y al estupro se establece la disminución de la penalidad y la exigencia de querrela de parte, para los casos en que fuere ofendida una ramera o prostituta.

La modificación de responsabilidad formulada por igual para dos hechos de naturaleza diferente ha servido, como lo observamos atrás, para una incorrecta e injurídica aplicación de las disposiciones relativas al delito de estupro, pues interpretando de una manera literal el artículo 321 se ha afirmado que el estupro puede recaer lo mismo sobre una mujer honesta que sobre una meretriz. Realmente la disminución de pena resulta operante para los casos de violencia carnal (artículo 316) o para los del inciso 2o. del artículo 319, que contempla una figura atípica de estupro.

El delito de violencia carnal ofende en primer término la libertad o autonomía de la persona en su aspecto sexual, y por ello el agravio resulta sin especiales consideraciones al sujeto pasivo. Puede ofenderse al mismo tiempo la honestidad, pero no es requisito que tal cosa suceda. En cambio, el estupro, salvo el caso del inciso. 2o. del artículo 319, ofende la honestidad o el honor sexual, lo que está indicando que se requiere un sujeto idóneo para el agravio. Esto quiere decir que la aplicación del artículo 321 obra primordialmente para el delito de violencia carnal y que sólo por excepción cabría hacerlo operar para el de estupro.

Admitido así, puede considerarse que la reducción de pena cuando la ofendida es una meretriz o mujer pública, se justifica por la razón de que el hecho que ofende su libertad no acarrea para ella otras consecuencias más graves y permanentes, como las que resultan de los delitos contra el honor sexual. La Ley quiere amparar en general la libertad de las personas y por lo tanto san-

ciona todos los hechos que van contra ella, pero no puede desconocer tampoco que tratándose de delitos de orden sexual la sola ofensa a la libertad no representa un daño considerable.

La misma relajación moral del medio en que las mujeres públicas viven, su depravación y el modo anormal como tienen que relacionarse en su profesión, justifican también que los delitos sexuales cometidos contra ellas no se investiguen de oficio y se requiera petición de parte o querrela. La investigación de oficio es siempre para aquellos delitos cuya comisión afecta el orden colectivo, el interés general, la moral pública, y eso no ocurre en el caso que estudiamos.

**EXENCION DE RESPONSABILIDAD EN LOS MISMOS DELITOS**

Art. 322.—“El responsable de los delitos de que tratan los dos capítulos anteriores quedará exento de pena si contrajere matrimonio con la mujer ofendida”.

Esta disposición, también común a la violencia carnal y el estupro, establece la exención de responsabilidad cuando es una mujer la ofendida y el agente contrae matrimonio con ella.

Permite comprender esta fórmula consagrada en nuestra ley penal que el mayor interés en los delitos sexuales es la protección de la mujer, y con ella, de un orden moral. Entendiéndose socialmente que los hechos que ofenden el honor sexual de las mujeres encuentran un desagravio completo en el matrimonio que el mismo violador o seductor puede ofrecer, se ha hecho del matrimonio una fórmula de arrepentimiento eficaz en esta clase de delitos, al igual que en el rapto.

El matrimonio efectivamente puede resarcir moral y materialmente a una mujer de la violencia carnal o del estupro, y por lo tanto, de celebrarse, se exime al agente de responsabilidad. En términos generales puede decirse que para que el arrepentimiento eficaz beneficie al agente es indispensable contraer el matrimonio. Pero no puede llevarse la disposición que así lo establece hasta el extremo, pues bien puede ocurrir que la ofendida no acepte siempre la oferta del agente haciéndose imposible la celebración del matrimonio, y sin embargo haber de parte del agente el propósito de honrar a la ofendida. Esto se ve más claro en el caso de una mu-

jer que ha sido seducida, precisamente con promesa de matrimonio; el procesado quiere reparar el daño casándose y la mujer no acepta. Exactamente no se cumpliría con la disposición del artículo 322, pero en nuestro concepto hay lugar a eximir al agente de responsabilidad.

Fuera del ejemplo que hemos puesto hay algunos otros casos en que la no aceptación de la ofendida debiera dejar en pie la exención. En la mayoría de las veces, por el contrario, el ofrecimiento del procesado de contraer matrimonio con la ofendida no puede tomársele como suficiente para la exención. Si se trata, por ejemplo de una violencia carnal, no hay por qué suponer que la víctima debe aceptar matrimonio, y si en efecto no lo acepta, la responsabilidad no desaparece. Puede ocurrir, también, que la fórmula sea absolutamente inoperante, como cuando la ofendida es casada o está impedida para contraer matrimonio.

### — ABUSOS DESHONESTOS —

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 316 y 319, 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”.

Bajo la denominación de abusos deshonestos comprende nuestro Código los actos erótico-sexuales, distintos del acceso carnal, cometidos sobre personas mayores de diez y seis años, bien sea con el empleo de los medios o en las condiciones propias de la violencia carnal, o recurriendo a los medios característicos del estupro. Igualmente comprende el homosexualismo, cualquiera sea la edad de los que realizan esta forma de acceso.

Los abusos deshonestos en su aspecto objetivo entrañan la ejecución de todos aquellos actos eróticos que sin constituir la copula natural, satisfacen sexualmente al agente. El número y variedad de tales actos impiden que se haga una clasificación de ellos. Basta saber que para la integración del delito sólo importa determinar que el hecho erótico o lujurioso se aparta de la relación normal entre los sexos y que, por condiciones atribuibles al agente, éste encuentra en ellos la satisfacción de su instinto.

Precisa distinguir los hechos que son constitutivos de abusos deshonestos de aquellos que son parte del proceso ejecutivo o con-

sumativo de un delito distinto, como la violencia carnal. Según lo que expresamos anteriormente hay que partir de la intención del agente para saber si ciertos actos eróticos son abuso deshonesto o tentativa de una violencia carnal.

No se establece en relación con el sujeto pasivo ninguna calidad específica en el Código, salvo la de ser mayor de diez y seis años, lo que hace entender que los abusos deshonestos pueden recaer igualmente sobre el hombre que sobre la mujer. Siendo esta clase de hechos asimilables, según su modo de ejecución, a los delitos que estudiamos anteriormente, es indispensable hacer una correcta distinción para determinar cuándo el sujeto pasivo puede ser hombre o mujer y cuándo únicamente ha de ser mujer. Si para la comisión del abuso deshonesto se emplean los medios señalados en el art. 316, u ocurre en las condiciones presuntivas de la misma disposición, parece que no importa el sexo de la persona ofendida. Pero si se emplean los medios del art. 319 (estupro) el abuso deshonesto, como ultraje al pudor, exclusivamente, reclama la mujer en calidad de sujeto pasivo.

Conviene observar también que la calificación del abuso deshonesto hay que hacerla teniendo en cuenta que efectivamente se realiza sobre la persona un acto erótico sexual, porque algunos hechos ofensivos del pudor y de carácter sexual que no recaen directamente sobre la persona, son considerados como delitos contra la moral pública. En esta denominación se comprenden actos torpes y lujuriosos que sería impropio calificar de otra manera.

El acceso carnal homosexual es siempre abuso deshonesto pero para la correcta aplicación del art. 323 hay que distinguir lo siguiente: Si una persona somete a otra de su mismo sexo al acceso carnal empleando los medios previstos en los arts. 316 o 319, ese acto de homosexualismo coloca al ejecutor como autor de un abuso deshonesto sobre una determinada persona directamente ofendida con el hecho, y en consecuencia se acomoda el delito en el inciso primero del acotado art. 323. En cambio, si dos personas del mismo sexo realizan el acceso carnal voluntariamente, el abuso deshonesto se comete por ambas y hay una represión del delito en defensa solamente del interés colectivo y de la moral.

El problema en relación con este delito y el homosexualismo se presenta cuando se trata de menores de catorce años y en con-

diciones que supongan violencia o engaño. En nuestro concepto si la persona ofendida es menor de catorce años y no se trata de un acceso voluntariamente realizado, el hecho toma las características penales de corrupción, más que de abuso deshonesto.

#### CALIFICACION DEL DELITO

Las mismas circunstancias que agravan la violencia carnal y el estupro, conforme al art. 317, operan para calificar los abusos deshonestos, según mandato del art. 324. También se considera la agravación del delito en el caso de contaminación venérea, hecho que puede ocurrir fácilmente y que justifica el aumento de la penalidad.

### — CORRUPCION DE MENORES —

El artículo que trata de la corrupción de menores, agrupa una serie de hechos erótico-sexuales cuya represión fundamenta la ley penal en un criterio protector de la integridad moral de los menores que pueden afectarse o ser desviados de un ejercicio normal de su vida sexual por la iniciación en prácticas aberrantes o aprendizaje prematuro de las cuestiones de naturaleza sexual.

Tres situaciones diferentes aparecen contempladas en el capítulo que vamos a examinar: la corrupción de menores de diez y seis años; la corrupción de menores de catorce años, y el caso especial del acceso carnal ejecutado con mujer mayor de catorce años y menor de diez y seis, que se considera en nuestro Código como delito de corrupción.

El primer caso está definido así en el inciso primero del 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”.**

La corrupción hace siempre relación a los menores de edad, a quienes por no haber alcanzado una suficiente madurez mental como es de presumirse, es posible inculcar hábitos depravados o prácticas impropias para su edad, con grave perjuicio para el desarrollo moral de la personalidad. Corromper indica siempre el acto de pervertir o relajar moralmente a un individuo, lo que puede ocurrir lógicamente tratándose de menores, ya que las personas mayores, mentalmente formadas y con un conocimiento más o me-

nos completo de las cuestiones atañaderas a la vida sexual, están a salvo, al menos en un sentido general, de ser inducidas, por ignorancia, en prácticas viciosas o inmorales.

Distintas formas puede asumir el delito de corrupción, según la disposición transcrita, a saber:

- a).—Ejecutando en presencia del menor actos erótico-sexuales, diversos del acceso carnal.
- b).—Ejecutando los mismos actos con el concurso del menor, y
- c).—Iniciando al menor en prácticas sexuales anormales.

El primer caso, que como los demás, requiere por parte del agente una intención de pervertir o viciar las costumbres del menor, se refiere a la ejecución de toda suerte de actos erótico-sexuales que, exclusión hecha del acceso carnal normal, pueden ser motivo para influir moralmente en el ofendido, con la sola vista de la realización de esos actos. Pueden ser actos eróticos de los que sin ser propiamente antinaturales, son distintos de la cópula, o hechos realmente anormales, como el onanismo, el homosexualismo, la zoofilia etc.

No es indispensable que el menor participe en la ejecución de los actos, ni que el agente de una manera positiva lo induzca a realizarlos. Es suficiente que se cumplan en presencia del menor, pero entendiéndose que hay de parte del corruptor el ánimo, la intención de que sus acciones influyan sobre aquel o estimulen la formación de hábitos depravados. No es admisible el delito sino con la presencia de un dolo determinado de corromper, y sería impropio hablar de la infracción penal cuando el menor ha presenciado los hechos por sola imprudencia o culpa del agente.

El segundo caso ocurre cuando los actos erótico-sexuales, diversos del acceso carnal, se ejecutan con el concurso del menor.

Se dice que hay concurso, en el sentido que la disposición da al término, cuando se asiste o ayuda para una determinada cosa, por lo que debe entenderse que la corrupción se opera haciendo participe al menor de los actos erótico-sexuales, aunque directamente no se ejecuten sobre su cuerpo, ni sea él quien haya de realizarlos sobre otra persona. El concurso del menor, sin embargo, es de suponer que en la mayoría de los casos ha de entrañar el cumplimiento de actos materiales en orden a producir la satisfacción sexual del corruptor, como ocurriría, por ejemplo, si el agente se valiese de un menor para la masturbación o para maniobras pro-

vocadoras de la excitación sexual, o ejecutase los hechos de que trata el art. 323:

Por último, se comete el delito de corrupción cuando se inicia a un menor en prácticas sexuales anormales, hecho que equivale a enterar al menor de esas prácticas, descubrírseles, como hechos ignorados por él, estimulando su ejecución y consecuentemente hábitos sexuales antinaturales. Se iniciaría al menor en prácticas anormales, enseñándole o sugiriéndole el onamismo, el homosexualismo (uranismo, tribadismo, pederastia, prostitución lésbica, zoofilia, etc) y en general todos los actos aberrantes de naturaleza sexual.

Puede observarse que en ninguno de los tres casos analizados se hace referencia al acceso carnal, entendido en su significación normal, lo que quiere decir que no hay corrupción cuando se trata de la copulación, sea que se ejecute en presencia del menor, o que se le inicie en relación con dicho acto. Pero no es absoluta la excepción porque sólo se refiere a los menores de 16 años y mayores de 14, según se desprende del inciso 2o. del artículo 325, cuyo examen haremos a continuación.

Debiera considerarse delito el hecho que anotamos, relativo al acceso carnal normal? A primera vista y adoptando un criterio de estricta moral cabría una respuesta afirmativa, pero si se tiene en cuenta que lo que la ley penal pretende en esta materia es prevenir la perversión, la depravación y la formación de hábitos sexuales antinaturales en el menor, se comprende que toda experiencia o iniciación en las relaciones sexuales normales no conduce a la corrupción, mientras no se trate directamente de realizar el acceso con el menor. Podrá ser una enseñanza más o menos prematura discutible en un terreno puramente moral, pero nunca delito de corrupción.

Respecto de los menores de 14 años la situación difiere. En relación con ellos el inciso 2o. del artículo 325 establece.

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

Cuando se trata de esta clase de menores el delito de corrupción es más general y comprende los mismos hechos del inciso 1o. como el acceso carnal, propiamente dicho, pero siempre y cuando que el agente lo inicie o le enseñe, actuaciones que se refieren, co-

mo es obvio, a los hechos distintos de los comprendidos en el acotado inciso 1o. De la interpretación correcta del artículo se deduce que no constituye corrupción, aún tratándose de menores de 14 años, ejecutar en su presencia el acceso carnal.

En resumen, la diferencia que se ha querido establecer por razón de la edad del menor pretende únicamente ejercer una mayor tutela moral sobre los que todavía no han llegado a los 14 años, a los cuales hay que considerar en condiciones inferiores desde el punto de vista intelectual.

#### MOTIVOS DE CALIFICACION

Para los casos del artículo 325, la misma disposición señala en el inciso 3o. las siguientes circunstancias calificadoras del delito de corrupción de menores:

**“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”.**

Dada la naturaleza del delito de corrupción de menores es claro que de las circunstancias señaladas en el artículo 317, la única que puede incorporarse con propiedad es la del ordinal 3o. o sea, la que se refiere al carácter, posición o cargo del agente que le dan autoridad sobre la víctima o determinan la confianza de ésta.

La contaminación venérea, que no puede considerarse como un resultado muy común de los actos constitutivos de corrupción, opera también para agravar la sanción, pues puede ocurrir en algunos casos, especialmente cuando el menor presta su concurso, que de los hechos se derive el contagio para el ofendido.

#### FORMA ESPECIAL DE CORRUPCION

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”.**

Se trata en esta disposición de un delito que esencialmente se aparta de los hechos de corrupción consignados en el artículo 325. Aquí se sanciona al hombre que realiza el acceso carnal con una mujer mayor de 14 años y menor de diez y seis, que ha consentido en su ejecución, presumiendo la ley que ese consentimiento no es plenamente admisible, de una parte, y que el hecho, ofensivo del pudor, corrompe a la mujer.

El delito es distinto de la violencia carnal que por simple presunción formuló el código en el inciso 2o. del artículo 316, referente a los menores de 14 años, pero se le parece por fundarse ambos en el concepto de la edad o incapacidad de consentir; es distinto del estupro por cuanto no reclama medios de engaño, pero concuerda con éste en la naturaleza del hecho y calidad del sujeto pasivo.

Como en materia sexual el C. P. trata de fijar arbitrariamente la capacidad de la persona para consentir, especialmente de las mujeres, y es la presunción sobre la falta de capacidad lo que viene a determinar varios de los delitos contra la libertad y el honor sexuales, encontramos nosotros que hubiera sido mejor que el caso que analizamos se incluyera en el capítulo de estupro, que consulta cabalmente los intereses cuya defensa se hace con el artículo 326. Allí se habría adoptado como forma presuntiva del delito por considerarse relativamente incapaz de consentir a la menor de diez y seis años y no ser su acto plenamente consciente.

El estupro se comete con mujeres mayores de 14 años. La corrupción entre los 14 años y los diez y seis años; de suerte que su distinción ante el código depende de que se haya empleado o no los medios señalados en el artículo 319, es decir que se trate de un hecho con engaño o de un hecho consentido sin empleo de artificios.

Materialmente el delito se integra por el hecho del agente tener el acceso con la menor, pero la sola objetividad no es en nuestro concepto suficiente para admitir la existencia de la infracción. Ocurre con este caso lo mismo que con el de estupro: se requiere un sujeto pasivo que permita suponer la ofensa al pudor, su corrupción moral por causa del acto realizado. Para que pueda hablarse del delito de corrupción, tanto para el artículo 326 como para el 325, es de necesidad que efectivamente lo realizado por el agente haya pervertido, depravado a la víctima o creado la amenaza a su futuro comportamiento, por ser de una conducta moral, a-

justada. Si la corrupción ya existe porque la propia víctima es de conducta inmoral o relajada resulta imposible atribuir al autor del hecho del artículo 326 una responsabilidad de corruptor.

En esta forma puede afirmarse que el sujeto pasivo del delito que comentamos debe ser mujer honesta, no hecha a hábitos que indiquen su depravación o corrupción anterior.

Fuera de la condición expresada tampoco puede perderse de vista que este delito admite los supuestos de error en cuanto a la edad de la víctima y que, como en el caso del estupro, no sería jurídico suponer que el agente está en la obligación de saber la edad.

La forma de corrupción de que tratamos ocurre en la práctica en las condiciones que son comunes al estupro en su forma de seducción, con la diferencia favorable para el agente de no verse precisado al empleo de halagos o promesas. Las relaciones sexuales se presentan más o menos en forma espontánea, y muchas veces, requerido el hombre por la mujer. Estas circunstancias debieron tenerse en cuenta para no imponer una pena igual a la del estupro, en primer término, y en segundo, para admitir la exención de responsabilidad si se contrae matrimonio con la mujer ofendida. Es extraño que esta gracia se hubiera omitido para la corrupción de menores en el caso del artículo 326; no hay razón alguna que justifique la omisión y por ello opinamos que debe aplicarse el artículo 322, asimilando el delito a las condiciones legales del estupro.

Las circunstancias de calificación, que son las mismas de los delitos anteriormente estudiados (violencia carnal y estupro) son aceptables en las mismas condiciones que expresamos al tratar del estupro, dada la semejanza entre los dos hechos.

Otra omisión inexplicable que observamos en el artículo 326 es la de no haberse considerado el contagio venéreo como circunstancia calificadora del delito. No hay ninguna razón, máxime si se considera que el contagio es más factible en este caso que en los del artículo 325.

## PRIMER CASO

Está definido por el art. 327, de acuerdo con el cual se considera proxeneta al "que con ánimo de lucrarse y para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a una persona honesta".

Este delito materialmente integrado por la inducción al comercio carnal o a la prostitución de otra persona exige respecto del sujeto activo que el acto se realice para satisfacer los deseos eróticos de otro, no del mismo agente, y que éste proceda con el ánimo de obtener un provecho, que bien puede ser dinero u otro beneficio material apreciable económicamente.

El sujeto pasivo, según la disposición, debe ser persona honesta, lo que permite suponer que generalmente el delito afecta a la mujer, respecto de la cual cabe hablar correctamente del atributo de la honestidad. Sin embargo podría ser sujeto pasivo el varón, especialmente si es menor, caso de inducirsele a relaciones carnales homosexuales, ya que la inducción a la prostitución es un hecho que hace suponer que la acción recae sobre el sexo femenino.

Ocurre el delito cuando se induce al comercio carnal, expresión que tiene un valor genérico y que comprende el trato sexual entre personas de distinto o del mismo sexo, bien para la ejecución del acceso o para la realización de actos erótico-sexuales diversos de aquél. Ocurre igualmente al delito cuando la inducción se ejerce para procurar la prostitución, hecho que hace referencia a las mujeres, requiriéndose que la ofendida sea honesta, condición ésta necesaria para que la infracción se integre, como que si la víctima no es mujer honesta la inducción no es factor que pudiera obrar sobre ella para corromperla o degradarla moralmente.

En la estimación penal del caso a que se refiere el art. 327 la ley tiene en mucha consideración la edad de la persona ofendida, lo que se explica por las mismas razones que en el particular informan el criterio del Código en los demás delitos contra la libertad y el honor sexuales. Así, cuando la ofendida es mayor de diez y ocho años se impone una penalidad no mayor de dos años de prisión ni menor de seis meses; si la persona es mayor de catorce años y menor de diez y ocho, la penalidad sufre un aumento; y si se trata de menores de catorce años se impone una sanción mayor todavía.

## — PROXENETISMO —

En este capítulo se contemplan, como delitos contra la libertad y el honor sexuales, ciertos hechos que, a más de ofender tales intereses, atentan contra la integridad moral de la familia y de la sociedad, por cuanto conducen a provocar, estimular o facilitar la prostitución de las personas.

Lo característico de estos delitos de proxenetismo es que el agente obra movido por un interés pecuniario y no para satisfacer deseos eróticos propios, sino de terceros, lo que da a los hechos una fisonomía especial de atentados contra el orden moral. La exigencia del propósito de lucro da igualmente al proxenetismo una significación distinta a la de *alcauhetería*, nombre con que el C. P. anterior designaba estos hechos de inducción a la prostitución, independientemente considerados del concepto de lucro o beneficio material.

Son distintas las formas delictuosas comprendidas bajo el nombre de proxenetismo, caracterizadas cada una de ellas por condiciones propias al agente del delito, unas veces, al sujeto pasivo, otras, o a la naturaleza de los actos propiciados. Pero todas esas especies tienen de común el propósito de obtener provecho económico y el daño moral (individual o social).

Para una mejor distinción de los hechos que constituyen delito de proxenetismo vamos a examinar separadamente los casos contemplados en nuestro Código y a definir los elementos integrantes en cada uno de ellos.

## CIRCUNSTANCIAS CALIFICADORAS

El proxenetismo en la forma contemplada por el art. 327, caso que venimos comentando, tiene tres circunstancias específicas de agravación, de acuerdo con lo que dispone el art. 328, que ordena aumentar hasta en la mitad la penalidad de la infracción. Son estas las circunstancias:

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

Es lógico suponer que si la alcahuetería se ejerce no de manera ocasional o transitoria, sino como una verdadera profesión lucrativa, el responsable se revela como un sujeto de mayor peligrosidad, merecedor de una pena más fuerte, precisamente por su persistencia en un oficio inmoral y dañino para los intereses sociales. De otra parte esta agravación de la pena se hace indispensable porque el proxenetismo, como profesión lucrativa, se presenta regularmente en una forma habitual, por la razón de representar un medio fácil y lucrativo que no demanda el esfuerzo de trabajo ordinario, y es preciso y necesario procurar combatir semejante profesión.

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

Esta circunstancia que indica el aprovechamiento del agente de una situación personal frente a la víctima, para una más fácil consumación del delito, obra en el caso de proxenetismo igual que en los delitos que ya hemos examinado en este título, y son, también, iguales las razones que justifican la agravación del hecho.

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

Cuando para la comisión del delito ocurre el agente a los medios que son propios de la violencia carnal o del estupro, pues no otros son los consignados en este ordinal, se agrava la pena porque debe suponerse que si la inducción no se cumple de una manera franca, el empleo de medios coercitivos, como la fuerza o la violencia moral, o de medios engañosos, el agente hace más segura la ejecución del delito y le es difícil a la ofendida defenderse del proxeneta.

## SEGUNDO CASO:

Es el señalado en el art. 329, que dice:

“El que destine casa o establecimiento para cometer allí actos homosexuales, o autorice a otros para hacerlo, estará sujeto a la pena de uno a tres años de prisión.

Esta sanción se aumentará hasta en una cuarta parte si el responsable se propusiera un fin lucrativo”.

Ya habíamos dicho que el proxenetismo es un delito caracterizado por proceder el agente con ánimo de lucro y para satisfacer en sus deseos eróticos a un tercero. Repetimos la afirmación para que se comprenda mejor el art. 329 que plantea dos situaciones completamente distintas, una de las cuales no se ajusta a esos requisitos.

Se comete proxenetismo, en primer lugar, cuando el agente destina casa o establecimiento para cometer allí actos homosexuales, entendiéndose que en tales actos participa el mismo agente, lo que quiere decir que esa destinación es para satisfacer su propia lujuria.

Aquí el delito que sanciona el Código es un hecho consistente únicamente en poner una determinada casa para con cierta regularidad e impunidad ejecutar actos de homosexualismo, sin que se requiera por parte del agente que induzca a otra persona a esa relación.

Hay delito, igualmente, cuando sin participar el agente en esos actos de homosexualismo, autoriza a otros para que los realicen en la casa o establecimiento destinados para ese efecto. En este caso no es indispensable que el agente proceda con ánimo de lucrarse, pero de existir ese ánimo se agrava la responsabilidad.

Bien se comprende que el art. 329 no sanciona hechos que pudieran considerarse estrictamente como constitutivos de proxenetismo. Es una disposición cuya finalidad no es otra que defender el orden moral y combatir aquellas actividades que pudieran servir para fomentar la degeneración sexual de las personas. Se explica así por que, sin consideración a ningún propósito, la ley coloca en categoría de delito el hecho de tener en forma estable casa o establecimiento destinados a relaciones homosexuales, y por

que, en contrario, no sanciona ese mismo hecho cuando la destinación es para el comercio carnal normal o prostitución.

#### CASO TERCERO:

Art. 330.—“El que con ánimo de lucrarse y mediante violencia física o moral, de maniobras engañosas o supercherías de cualquier género logre que una mujer pública entre a una casa de lenocinio para la explotación de su cuerpo, o la obligue a permanecer en ella, o a ejercer prácticas sexuales anormales, estará sujeto a la pena de un mes a un año de arresto.....”.

Esta forma de proxenetismo no se refiere a hechos que pudieran directamente afectar la honestidad o provocar la corrupción, sino que concreta un delito atentatorio contra la libertad sexual y contra el normal ejercicio de las relaciones de este orden, del que puede ser y es único sujeto pasivo la mujer pública.

Requiere, en primer lugar, que el agente proceda con el ánimo de lucrarse, elemento que es propio al delito común de proxenetismo.

Las formas de comisión son las propias a los delitos de violencia carnal y estupro, o sean la violencia (física o moral) y las maniobras engañosas o supercherías.

Consiste el delito, objetivamente considerado, en una de estas tres acciones:

- a).—Hacer que una mujer pública entre a una determinada casa de lenocinio para la explotación de su cuerpo;
- b).—Obligar a una mujer pública a permanecer en determinada casa de lenocinio, y
- c).—Obligarla a ejercitar prácticas sexuales anormales.

En los tres casos a más de que el agente ofende la libertad de la mujer pública al constreñirla para vincularse a determinado prostíbulo, permanecer en él o ejercer un trato carnal anormal, el hecho asume características delictuosas porque la finalidad pretendida es la de obtener provecho económico de la explotación del cuerpo de la víctima, lo que es inmoral e incluso repugnante.

Es entendido que en la comisión del delito el sólo ánimo del autor es el de aprovecharse económicamente de la ofendida, y no satisfacer deseos propios.

#### CIRCUNSTANCIAS DE CALIFICACION

Dos circunstancias que permiten elevar hasta en la mitad la pena señalada en el inciso primero del art. 330, trae esta disposición, a saber:

1o.—Que la mujer sea llevada al extranjero para la explotación de su cuerpo, y,

2o.—Ser el responsable ascendiente, descendiente, afín en línea recta o hermano de la víctima.

El primer caso de agravación implica la necesidad de prevenir con una penalidad más severa el tráfico conocido con el nombre de **trata de blancas**, muy en uso hoy por quienes hacen de la prostitución un verdadero negocio.

El segundo caso es también muy grave por la relación moral que indica el hecho de que los propios familiares de la mujer pública se aprovechen de su condición para explotarla económicamente.

#### PROXENETISMO FAMILIAR

Art. 331.—“El padre, el marido, el hermano o el hijo mayores de edad que con fines lucrativos patrocinen o toleren la prostitución de la hija, esposa, hermana o madre, estarán sujetos a la pena de uno a cuatro años de prisión”.

Esta forma de proxenetismo comprende únicamente las personas señaladas de manera expresa por la disposición y previene los actos de inducción a la prostitución o tolerancia de ella que afectan a los familiares taxativamente previstos en el mismo artículo.

Requiere el delito que se proceda con ánimo de lucro y que el agente se encuentre en una relación de parentesco en la forma que la disposición indica. Consiste el delito no sólo en una acción inductiva, encaminada a provocar la prostitución sino en patrocinar o simplemente tolerar la prostitución.

Respecto de esta especie de proxenetismo resulta evidente que el delito se integra con una de tales acciones porque la sola tolerancia de una conducta moral relajada de la hija, esposa, hermana o madre, indica el incumplimiento de deberes familiares, al que si se agrega el interés pecuniario del agente, hacen de ese proceder un hecho socialmente ilícito.

Es de observarse que el sujeto activo de esta infracción es siempre el padre, el marido, el hermano o el hijo, **mayores de edad**. La exigencia de la mayoría de edad hay que entenderla en el sentido de que los menores no tienen a su cargo y bajo su responsabilidad la organización familiar, pero esto sólo aparece lógico tratándose del hermano o del hijo, porque en lo tocante al padre o marido esa excepción no es aplicable, y a ellos no se refiere el art. 331.

#### PROXENETAS EXTRANJEROS

Art. 332.—“Si el responsable de los hechos previstos en este capítulo fuere un extranjero, se le impondrá además la expulsión del territorio nacional”.

Por circunstancias especiales que tienen que ver con nuestras costumbres y las condiciones del medio, se explica que para los delincuentes extranjeros se haya consagrado esta sanción, que no aparece para las demás especies de delitos comunes.

Parece ser que el Código pretendiera ejercer una eficaz tutela en estos hechos por lo que ellos afectan el orden moral de la sociedad, y que admitiera que los delitos de proxenetismo, especialmente en su forma habitual o profesional tuvieran de agentes sujetos de nacionalidad extranjera, como ciertamente ocurre entre nosotros. Por ello la medida accesoria de expulsión está plenamente justificada.

### *Estudio sobre la Indemnización que corresponde en caso de Muerte por Accidente*



Por el Dr.

José Roberto Vásquez,

Profesor de Derecho del Trabajo