

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

LOS DELITOS DE ABUSO SEXUAL EN MENOR Y ACCESO CARNAL VIOLENTO

Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

TEMA I. ABUSO SEXUAL EN MENOR. Conducta y estructura. “Según el artículo 305 del Código Penal, tres son las modalidades de la conducta que puede revestir este delito:

“a) Realizar actos sexuales diversos del acceso carnal, con persona menor de catorce años;

“b) Realizar esta misma clase de actos, en presencia de menor;

“c) Inducir al menor a prácticas sexuales.

“La primera forma exige que el menor sea coprotagonista de los actos sexuales, esto es, que entre en contacto físico con el sujeto activo del delito; la segunda modalidad implica que el menor sea únicamente espectador de los actos eróticos que frente a él se realizan, y la última hipótesis requiere que al menor se le instigue o persuada para que entre a practicar actos relativos a su instinto sexual, con anticipación al natural despertar de su líbido.

“De acuerdo con el auto de proceder, la conducta realizada por F.S. y calificada de corruptora, consistió en “haberle tomado fotos (a la niña Martínez Sanabria) una de ellas desnuda y mostrarle las fotos de otras niñas desnudas y en posiciones grotescas lo mismo que las de él desnudo en diferentes poses y no estado natural de desnudos” (fl 87). Esta conducta, desde luego que no puede ser encuadrada dentro de las dos primeras modalidades que contempla el artículo 305 del Código Penal, pues por acto sexual, diverso del acceso carnal, es preciso entender una actividad o movimiento físico encaminado a provocar la concupiscencia de otro o a satisfacer la del propio agente, y la exhibición de unas fotografías, cualquiera que sea su contenido, no puede calificarse como acto sexual realizado con el menor o en su presencia.

“Pero obviamente que la actividad que se comenta si puede ser un medio, muy eficaz por cierto, para iniciar al menor en prácticas

sexuales y obtener así su corrupción, como sucedió en el caso subjuice, teniéndose en cuenta, claro esta, la finalidad que el agente busca con la exhibición de las imágenes y el contenido de éstas. Desde luego que ante el avance de la técnica es posible realizar, valiéndose de los medios modernos, como el video, actos sexuales aunque el sujeto no esté físicamente practicándolos, pero que si aparecen en las imágenes y que pueden tener el mismo significado y efecto que un acto sexual practicado en presencia de menor. Vale tanto realizarlo frente a él, que exhibírselo mediante un medio técnico que muestra la imagen en movimiento y que resulta, por tanto, equivalente a su realización personal.

“En consecuencia, el fallo impugnado no se casará, pues para la Sala es claro que obligar a una menor a desvestirse y posar desnuda, es algo que atenta contra su libertad y pudor sexuales; lo mismo puede afirmarse del hecho que hacerle ver unas fotografías de contenido impúdico. Y Si todo esto se realizó, con la manifiesta finalidad de despertar precozmente su desarrollo sexual, es indudable que la conducta es corruptora y encuentra exacta tipificación en el artículo 305 del Código Penal, cuando reprime el hecho de corromper a un menor de catorce años, induciéndolo prematuramente y por cualquier medio a practicar actividades sexuales.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente. Doctor Guillermo Duque Ruíz, ocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.)

N.V.A. Art. 209 C.P.

COMENTARIOS

Dentro del género delictual de la violencia carnal, encontramos una subespecie que clásicamente se denominó como “violencia presunta natural” u ope legis o, por ministerio u obra de la ley, por oposición a la que dio en llamarse “violencia carnal impropia accidental”, que hemos estudiado en el capítulo anterior, consagrada en el artículo 207 C.P. al especificar el medio violento utilizado, el cual ha de consistir en la colocación del sujeto pasivo en situación de incapacidad para resistir, estado de inconciencia o condiciones de inferioridad síquica.

Pues bien, aquella subespecie delictual genéricamente consiste en la realización del acceso o de acto sexual diverso con persona menor de una edad determinada por la ley, fruto de una voluntad legislativa que no puede ser caprichosa o arbitraria, sino fundada

en el consenso social, los postulados de la ciencia y los principios dictados por la experiencia; pero desde el punto de vista dogmático dicha determinación cronológica o hecho normativo inamovible, es fundamentalmente fruto del acuerdo legislativo.

La primera y más importante hipótesis de abuso sexual que ha consagrado nuestra legislación vigente, se refiere precisamente a la consideración normativa de que por debajo del límite de edad fijado se considera que la persona no está en capacidad de emitir su consentimiento a la relación sexual por inmadurez o dicho en otros términos, por no haber culminado el ciclo sico-biológico de formación sexual, al que tiene derecho de manera fundamental e inalienable. como habremos de estudiarlo más adelante la anterior consideración conduce de una manera segura a la determinación del objeto específico de protección, el cual determinamos desde ya en la formación e integridad sexual, proscribiendo, a cualquier título de la libertad sexual como objeto tutelar.

La técnica legislativa para el diseño de la presente incriminación puede asumir variantes todas ellas criticables o cuestionables en mayor o menor medida; habremos por lo pronto de aceptar el método que menores reparos dogmáticos ofrece, que sin duda no es el adoptado por nuestra legislación vigente.

En primer término encontramos el sistema que denominamos taxativo en el cual la norma fija el límite de edad por debajo del cual determinada conducta sexual se hace punible, es la sistemática adoptada por el Código de 2000 y reiterada entre nosotros desde 1936: realizar acceso o acto sexual diverso con menor de catorce años, límite que suele variar en las diversas legislaciones que siguen este criterio metódico. (MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Lisandro, Derecho Penal Sexual, Bogotá, Editorial Temis, 1977, p. 208) refiere que en la mayoría de países latinoamericanos, la edad se fija en doce años; así en Argentina, Ecuador, Chile, Costa Rica, El Salvador, Panamá, Venezuela; Uruguay la determina en quince; República Dominicana en once y Perú en diez y seis)

También se ha argumentado en nuestro medio que el tope de doce años debió ser adoptado en razón a que hoy la información sexual se proporciona de una manera más temprana, en la escuela y la familia, la mistificación de la sexualidad ha decaído y la profusión del uso de anticonceptivos han hecho que los adolescentes incrementen sus prácticas sexuales. (Cfr. TOCORA, Luis F., Derecho

Penal Especial, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001, p. 181)

Entre nosotros, el Proyecto de 1974 rebajó a doce años el límite de edad considerado para el abuso sexual infantil; el ponente de la época doctor MARTÍNEZ ZUÑIGA: fundamentó en los siguientes términos la propuesta: “El límite de catorce años, fijado hoy para la interdicción absoluta de las relaciones sexuales, es más alto que el promedio de la mayoría de los países latinoamericanos, que es de doce años. Esta edad aparece en otros códigos, como el argentino, el chileno, el ecuatoriano, parcialmente el mexicano y el nuevo costarricense y el salvadoreño que entrará a regir en 1974.” (...) Debe cuestionarse si el límite convencional de catorce años fijado por el actual legislador está acorde con la realidad de nuestro país, y así decidir si antes de esa edad la mayoría de las personas ha adquirido la autodeterminación sexual. En nuestro país las personas se maduran física y sexualmente con mayor rapidez que en Europa. En el centro de ese continente el período menstrual se inicia entre los trece y los diez y siete años, en Italia entre los trece y los catorce, y hay quienes sostienen que en ocasiones en los trópicos ello sucede entre los nueve y los diez años.” Los anteriores planteamientos no fueron acatados finalmente por el Decreto 100 de 1980 sin que en las actas de la comisión revisora de 1979 se diera alguna razón para ello.

PÉREZ VELASCO, cuestiona, partiendo del errado concepto de la presunción, la instauración en nuestra legislación del límite de catorce años de edad: “La presunción sobre la incapacidad de los menores de catorce años para autodeterminarse sexualmente, tiene origen en retrasadas nociones sobre la conducta sexual. Con nociva pertinacia aun se insiste en que las actividades en este campo pertenecen a los adultos y que quienes no han llegado a ese límite deben abstenerse de realizarlas.” En respaldo de sus afirmaciones el mencionado profesor cita las siguientes frases de KINSEY: “Ni la leyes ni la costumbre pueden cambiar la aparición de la adolescencia, como tampoco la capacidad erótica de los menores de veinte años. Por lo tanto, siguen estos sometidos a las leyes naturales de la excitación erótica y a tener orgasmos. No existen pruebas de la imposibilidad de que un varón, una vez llegado a la adolescencia, y no incapacitado fisiológicamente, pueda desenvolverse con alguna descarga erótica regular hasta que los años lleguen a reducir la potencia. Si bien las mujeres parecen desenvolverse sin tales satisfacciones, se tiene evidencia de son

capaces de adaptarse al matrimonio si experimentan orgasmos en edad más temprana”.

Pero por reiterada que parezca la anterior no es la única forma como ha afrontado el derecho punitivo comparado, el difícil problema de determinar a partir de que momento el ser humano alcanza la madurez sexual y con ello la consideración la plena validez del consentimiento en esta materia, De esta forma, en segundo lugar, encontramos que algunas legislaciones que han atendido más al concepto sico-fisiológico de pubertad de tal suerte que cumple la hipótesis típica quien realiza acto o relación sexual con un impúber, introduciéndose con ello un elemento normativo del tipo de carácter extrapenal, que obliga a la determinación del concepto con base en las conclusiones de la fisiología, que normativamente suele plasmarse en la legislación civil. Partidarios de esta forma de normatización se mostraron entre nosotros los profesores BARRERA DOMÍNGUEZ y ARENAS; “... si de acuerdo con nuestra legislación civil el válido el consentimiento que para contraer matrimonio otorga la mujer mayor de doce años, y, el hombre de catorce, no se ve la razón para que la legislación penal presuma de derecho la violencia (ahora el abuso) cuando el sujeto pasivo es una mujer menor de catorce años y mayor de doce. Nuestro Código Penal (anterior a 1936), con mayor acierto, hablaba de impúberes, o lo que es lo mismo, de varones menores de catorce años y de mujeres menores de doce”. (ARENAS, Antonio V., cit en BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto, Delitos sexuales, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1995, p. 154)

En sus propias palabras el Magistrado BARRERA DOMÍNGUEZ expuso: “... el acudir a las presunciones lleva muchas veces a que se tome como real lo que no es cierto, pues bien puede ocurrir que la mujer o el varón lleguen a la capacidad sexual externa antes de esos catorce años, por lo cual habría sido más técnico aludir a personas impúberes, como lo hizo nuestro Código Penal de 1890 (Art. 683). Con tanta mayor razón se hace aconsejable esta enmienda, si se tiene en cuenta que aquella presunción de impubertad no admite prueba en contrario ...” (Idem p. 156)

Desde otro extremo técnico observamos que un tercer sistema que tendría el legislador para realizar la presente incriminación sería el dejar al juez la libertad para apreciar y determinar si el sujeto pasivo se encuentra en situación de inmadurez o no, prescindiendo del límite objetivo cronológico de la edad, metodología, que si se implementa escuetamente, sin adecuados complementos limitativos

del atributo judicial, puede ser tildada como manifiestamente violatoria del principio de tipicidad, corolario de la legalidad.

En el denominado delito de actos sexuales con menor de catorce años el sujeto pasivo posee una cualificación natural. Menor de catorce años, hombre o mujer. A este propósito son aplicables las explicaciones dadas para el artículo 208; el menor será el titular del bien jurídico de la integridad y formación sexuales tutelado por la norma y puesto, por lo menos en peligro, mediante la acción. Sobre la posibilidad de exigir otro tipo de cualificaciones al sujeto pasivo, se afirma que el tipo describe conductas objetivas que no suponen valoraciones diferentes a la edad del sujeto pasivo para su tipicidad, por lo cual no es necesario que sea o no virgen al momento de la realización de la acción, lleve o no vida promiscua o licenciosa, tenga o no cabal conocimiento y experiencia de la vida y prácticas sexuales. (De acuerdo, BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto, Delitos Sexuales, ob. cit. p. 172.)

Frente a la denominación típica contenida en la anterior definición legal se afirmó que este es un caso en el que la denominación típica, debía tenerse en cuenta para la interpretación de la conducta, ya que "no es posible corromper lo ya corrompido", por tanto se debe exigir, que la conducta del agente produzca la efectiva corrupción del sujeto pasivo, lo cual no sería posible en sujetos de gran temple moral o ya corruptos (ob. cit., t. V, ps. 65-66.). Esta interpretación deja de tener valor con la nueva denominación típica dada por el legislador a la conducta.

Otra concepción doctrinal afirma que las circunstancias de cualificación moral del sujeto pasivo se deben tener en cuenta para la individualización de la pena al tenor del artículo 61 C.P., más no para la tipicidad del hecho.

La fórmula legal contiene tres acciones alternativas, que podemos considerar omnicomprendivas respecto de la tutela que se quiere brindar a la formación y seguridad sexuales del menor: actos sexuales diversos del acceso carnal, actos de la misma naturaleza realizados en presencia de un menor y la inducción de menor de catorce años a prácticas sexuales.

La conformación típica presenta como peculiaridad, frente al acto sexual violento de que trata el artículo 206, la utilización de la expresión plural "actos", sin embargo parece haber unanimidad doctrinal de que basta un solo acto de contenido erótico sexual,

realizado dentro de las condiciones típicas, para que la infracción quede consolidada, incluyéndose todas las formas de acción sexual diversas de la consunción o acceso. Se excluyen las propuestas y las insinuaciones, los ademanes, las simples palabras obscenas, la mirada, pues el acto sexual aquí considerado exige la relación directa y personal de dos sujetos, uno de los cuales asumirá la calidad de objeto material, en cuanto cualquiera de las acciones alternativas debe recaer sobre él en sentido directo y material directo y personal

Actos libidinosos realizados en presencia de menor. Realizar actos sexuales en presencia del sujeto pasivo es conductas objetiva, aunque como complemento subjetivo implícito se afirma que debe mediar el propósito específico de corromper. En esta oportunidad el menor actúa simplemente como espectador, sin intervenir materialmente en el acto; estamos de acuerdo con la doctrina que enseña que la simple exhibición de los genitales al menor no perfecciona el tipo, pues la expresión “acto sexual” no alcanza a comprender la simple visión de los órganos “por lo que debe haber una dinámica sexual” que alcance la naturaleza de acto, por ejemplo, la masturbación, el bestialismo, el cunilingo, etc. (Cfr. TOCORA, Luis Fernando, ob. cit., p. 184) La acción procura la observación del menor para que conozca directa y personalmente el respectivo quehacer sexual, de tal forma que con ello pueda aprender a ejecutarla y por ello, potencialmente, verificarlas.

Los actos realizados en esta hipótesis pueden ser de naturaleza homosexual, heterosexual y aún consistir en acciones de zoofilia o necrofilia y deben comprender las acciones libidinosas o de acceso camal realizadas por el agente con un tercero, o los actos realizados solamente por el agente en presencia de la víctima.

Esta hipótesis complementaria de comportamiento que sin modificar la acción, el sujeto pasivo o el objeto material exige solamente la presencia física de aquel, en posibilidad de captar el contenido del acto que realiza el agente o los agentes, pues la coparticipación puede ser frecuente en grado de coautoría, dado que una gran cantidad de los actos aquí comprendidos exigen la intervención de por lo menos dos sujetos. Así puede tratarse de un acto de autosatisfacción del agente verdaderamente unilateral como la masturbación o el uso de instrumentos diseñados para la autogratificación sexual, por ejemplo la introducción de consoladores u otro tipo de objetos aptos; así mismo son actos de contenido sexual que han de ser realizados por dos sujetos se

refieren la fellatio, el cunilingus, y en general todos los que hemos estudiado en el Capítulo I bajo el rubro de actos precoitales; en estos casos surge la figura coparticipativa en el propio nivel de tipicidad objetiva, quedando únicamente pendiente la derivación integral del punible para cada uno de ellos incluido el aspecto típico subjetivo, que bien puede ser diverso. Finalmente, el sujeto activo puede realizar el acto con un animal o una cosa, por ejemplo un muñeco diseñado para el respectivo efecto sexual.

Hemos concluido que basta la simple presencia física del menor y la finalidad lúbrica del agente para la conformación del tipo objetivo, sin que sea necesaria la finalidad corruptora, ni mucho menos que esta se presente como efecto necesario, ellas bien pueden estar ausentes o simplemente no demostrarse. Así, reiteramos no puede exigirse el efecto corruptor, que fue tradicional en nuestra legislación y en nuestra doctrina –por ello la eliminación radical de la expresión “corrupción” en las nominaciones del título y el capítulo. No obstante, el efecto corruptor debe ser considerado en el juicio de antijuridicidad material: efectiva vulneración de los bienes jurídicos protegidos que hemos dejado determinados. Ningún otro resultado debe exigirse para la conformación objetiva de la conducta, por lo que no es necesario que el menor asimile o aprenda a ejecutar las prácticas que observa, mucho menos que las realice con ulterioridad.

Adicionalmente observamos la no exigencia típica de que el acto realizado bajo la presencia de la víctima se considere como desviado –onanismo, sadomasoquismo, sodomía, fetichismo, etc.- sino que bien puede tratarse de prácticas sexuales consideradas normales –de excitación o impulso- como los mutuos tocamientos de los genitales. De lo anterior emerge como deducción que la relaización de acceso carnal en presencia de un menor de catorce años, es de manera absurda impune en nuestra legislación vigente. La exclusión es expresa y taxativa: los actos realizados deben ser “diversos del acceso carnal”, no otra puede ser la interpretación de la expresión disyuntiva “o en su presencia”; al estudiar la estructura típica no cabe más remedio que acatar los principio de taxatividad e inequívocidad por lo que es impensable cualquier intento de extensión a tan claro contenido objetivo.

Para nuestro legislador, en forma por demás inusitada, sólo vulneran los bienes jurídicos de la seguridad sexual del menor y la adecuada culminación de su proceso de maduración en este campo, los actos sexuales diversos del acceso carnal, excluyendo este de

manera expresa de la tipificación, sin advertir que es el acto sexual por excelencia, en el que el sentido lúbrico y libidinoso se ejercita con mayor intensidad y profundidad.

La exclusión, que reiteramos es incuestionable bajo cualquier método hermenéutico, se torna dramática el examinar la definición normativa de acceso carnal prescrita en el artículo 212, en ella se incluye el acceso carnal propio, natural o contra natura, la felatío, el acceso carnal impropio corporal, -penetración de cualquier parte del cuerpo diferente del pene- por vía anal o vaginal y el impropio instrumental –introducción de cualquier otro objeto por los mismo ductos; infortunadamente, todos ellos pueden ser realizados en presencia de menores de catorce años sin que ingresen a la órbita penal, quedando a nuestro entender, en total impunidad; decimos que la omisión es totalmente desafortunada ya que todas las formas de acceso enunciadas, poseen mayor, o por lo menos igual idoneidad y eficacia para la vulneración de los bienes jurídicos protegidos, dado el incremento de despliegue sexual que exigen, con lo que sin duda en muchos casos tales comportamientos deben ser considerados como de mayor gravedad y de mayor intensidad en la culpabilidad, pero por desgracia –verdadera irresponsabilidad legislativa- han sido excluidos del tipo objetivo. Baste pensar en la introducción de una mano por vía anal en una relación homosexual realizada en presencia de menor; la agresión sobre su formación, integridad y seguridad sexuales es patente y si n embargo de manera absurda no está criminalizada.

Ahora bien se cuestiona el caso en el que el menor es obligado a presenciar el acto sexual mediante violencia; sobre este punto hemos de descartar toda posibilidad de concurso con el delito de acto sexual violento, pues éste no incluye el comportamiento el comportamiento aquí considerado. Se podría derivar concurso con los delitos de constreñimiento sin que ello significara una doble punición del acto constreñido, pues, reiteramos, la norma nacional no posee esta calificante.

Inducir a prácticas sexuales al sujeto pasivo. Convencer, persuadir, sugerir, inculcar, fascinar, por cualesquier medio idóneo; así, se comprende el mal ejemplo, la palabra, el proporcionar instrumentos pornográficos, etc.

La inducción debe tener por objeto o finalidad que el menor adelante prácticas sexuales, pero no es necesario que ellas alcancen niveles de desviación o anormalidad –ya hemos estudiado el

contenido relativo de estos conceptos-, basta que el acto al cual se induce tenga pleno significado erótico sexual, puede ser de naturaleza activa o pasiva, de verificación material o de simple observación, de exhibición, onanistas, etc.; la ilustración y la difusión de eventuales beneficios, entre ellos el placer sexual, hacen parte del presente contenido típico. Adicionalmente no es necesario que el acto de convencimiento o fomento resulte eficaz, vale decir, que el sujeto pasivo bien puede no verificar, por cualesquier motivo las practicas a las cuales es persuadido.

Así, esta tercera hipótesis no excluye el acceso carnal pues la expresión “prácticas sexuales” lo congloba. Lo medios de inducción pueden ser diversos: la palabra, la utilización de imágenes fotográficas, cinematográficas, el adoctrinamiento morboso, los medios escritos, los dibujos y aun la mímica. Se ha de incluir la transmisión de información a la víctima sobre la manera como puede llevar a cabo determinadas prácticas sexuales, la referencia de ejemplos, formas y procedimientos, la recomendación de sus excelencias o ventajas o la exageración de su inocuidad.

La instrucción o enseñanza de naturaleza sexual –función sexual- tiene significado diverso a la inducción o persuasión. La primera es comunicación sistemática de ideas, conocimientos o doctrinas y la segunda es amaestrar con reglas y preceptos, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española; no obstante como lo habremos de estudiar en referencia a la derivación antijurídica del punible, la impartición de “formación sexual” puede consolidar situaciones en las que la tipicidad objetiva del comportamiento podría colmarse y que sólo pueden ser resueltos mediante la aplicación de específicas justificantes. No obstante desde la tipicidad objetiva se ha de aclarar que la educación sexual ha de ser científica y, por su propio contenido, formativa es decir, que coadyuva al adecuado surgimiento de la madurez sexuales. Su materia también es específica: desarrollo biológico, contenidos socio-culturales y explicaciones provenientes de la sexología y la sicología.

TEMA II. ACCESO CARNAL. Persona puesta en incapacidad de resistir. “El legislador quiso reprimir la realización del acceso carnal y cualquier acto sexual diferente de éste, siempre que el sujeto pasivo de la acción hubiese sido puesto en “incapacidad de resistir” y, es de elemental comprensión para el intérprete de la ley, que esta incapacidad en la víctima puede surgir de situaciones físicas con o sin implicaciones psicológicas pero

siempre propiciadas por el agresor que le faciliten su ilícito actuar”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia, Acta No. 53, 24-04-95, Gaceta Judicial No. 2475, t. CCXXXVI, p. 721).

N.V.A. Art. 207 C.P.

COMENTARIOS

Con cuantificación punitiva diversa, la norma comprende la realización de todo tipo de atentados de carácter sexual, -tanto el acceso carnal, como el acto sexual diverso de esta hipótesis de comportamiento analizadas a propósito de los artículos 205 y 206 respectivamente.

El medio se cualifica de manera especial y compleja en la presente modalidad de la violación: la víctima debe ser colocada, por el autor, en una de tres circunstancias, que se tornan en los medios comisivos típicos: El agente da lugar a la situación y al mismo y en forma simultánea o subsiguiente se aprovecha de ella para la perfección del respectivo acto sexual, en cuanto la víctima es puesta en una situación que la hace imposible discernir, comprender y auto regular su respuesta sexual, pues claramente se trata de afectaciones de orden físico o síquico que la imposibilitan.

En esta oportunidad una de las situaciones-medio que utiliza el agente es la colocación de la víctima en incapacidad de resistir, de oponerse a la agresión, esta simple potencialidad que tan solo se supone existente en toda persona normal ha de ser anulada de manera absoluta por el agente, siempre en orden a la perpetración de la acción típica.

Estado de inconsciencia. Pérdida o suspensión de ejercicio de las facultades cognitiva y volitiva de la víctima, la primera situación se identifica con el estado de coma irreversible o duradero que debe ser considerado ya que el texto legal no presenta distinción al respecto y el es una de las eventualidades del acto del agente; así el estado de inconsciencia permanente, no puede identificarse con la muerte, evento en el cual el acto sexual posterior no podía ser incriminado por la presente vía, dada la ausencia de objeto material y sujeto pasivo sino que se determina por la cesación indefinida o irreversible de la función cerebral, así mismo ha de considerarse la suspensión –cesación transitoria- en lapsos más o menos reducidos de las mencionadas facultades.

Las causas del estudio de inconsciencia han sido clasificadas (Cfr. BARRERA DOMÍNGUEZ, H. ob. cit., p. 108) en traumáticas, síquicas, tóxicas o patológicas.

El anterior criterio ha sido admitido desde MANZINI quien definió estados de inconciencia como “aquellos estados individuales, permanentes o transitorios, que sin constituir enfermedad total o parcial de la mente, suprimen en todo o en parte muy notable a la persona la capacidad de comprender, o de querer, por embriaguez, por el efecto producido por el uso de estupefacientes, por sugestión hipnótica, por neurosis, o por cualquier otro medio idóneo...”. Cierta doctrina ha equiparado la colocación de la víctima en estado de inconsciencia a el uso de violencia física en atención a que los efectos de aquella serían los mismos: la anulación de la potencialidad de resistencia del sujeto pasivo en relación al fin sexual del agente. Es por ello que se llegó a considerar tradicionalmente como caso de “violencia presunta”.

Pues bien, el estado de inconsciencia no puede constituir patología de situación demencial, aunque sin duda si podría eventualmente dar origen a ella, pero el aprovechamiento de aquella situación alcanza tipificación por vía del artículo 210 C.P. en otras palabras, para la presente descripción solo pueden ser considerados estados de demencia originada en el actor del agente, por ejemplo, sobredosis de alucinógenos con daño síquico irreversible, mientras que frente al artículo 210 encontraremos el abuso del estado demencial del sujeto pasivo.

PÉREZ VELASCO, dividió los trastornos de la conciencia en cualitativos y cuantitativos; esta didáctica clasificación sanciona el nivel de enturbamiento o afectación mental; así son trastornos cualitativos a obnubilación, percepción dificultosa o disminuida, la somnolencia que debilita la capacidad de concentración y por ende el conocimiento y el coma o estado absoluto de inconsciencia, los denominados trastornos cuantitativos o manifestaciones patológicas de la mente, tienen una caracterización más permanente y precisamente son aquellos que no pueden ser tenidas en cuenta bajo el presente tipo penal; la norma sólo toma en cuenta los primeros y sólo si son provocados por el agente como medios para obtener el respectivo acto sexual. (Tratado, cit. en BARRERA DOMÍNGUEZ, H, ob. cit. p. 9).

Provocación del estado de inconsciencia mediante el uso de sustancias idóneas. Los medios por los cuales el agente provoca el estado de inconsciencia de su víctima pueden ser variados, el más frecuente es la ingestión de sustancias –narcóticos, somníferos, alucinógenos, etc., según estudiaremos- frente a lo cual hemos de estudiar su idoneidad para provocar la referencia circunstancia.

Afrodisiacos. Sustancias que producen incremento de la libido que para alguna doctrina debe ser equivalente a la inconsciencia, presumiendo con ello que en una situación de gran excitación sexual provocada la persona no sería consciente de su respuesta sexual. Una equivalencia así elaborada parece violentar la lógica y las propias nociones de conciencia e inconsciencia pues no corresponde con una pérdida o suspensión de las facultades cognitiva y volitiva del sujeto, mediante el uso de afrodisiacos el sujeto simplemente ve incrementado su apetito sexual pero no puede afirmarse que solo para ello –en condiciones normales- pierda la conciencia, por otra parte los efectos de la ingestión de este tipo de sustancias son incomparables con los producidos por el alcohol, las drogas estupefacientes o alucinógenas, los somníferos, etc.

La idoneidad de los llamados afrodisiacos para producir el estado de inconsciencia aceptable para el presente tipo penal ha sido negada por la doctrina más aceptada, pues el efecto debería ser de tal magnitud que la víctima se viera verdaderamente obligada, por arrebató erótico, a la realización del respectivo acto supuesto catalogado como increíble. (En tal sentido, GONZÁLEZ DE LA VEGA, cit. por BARRERA DOMÍNGUEZ, H., ob. cit., p. 110). Así se concluye que la estimulación del apetito sexual no puede ser lo mismo que la privación de la razón o del sentido. (Ídem. Ahora citando a MOLINATIO).

Durante mucho tiempo, adicionalmente se argumentó lo cuestionable de los reales efectos de las sustancias afrodisiacas negándose en muchas oportunidades la existencia de algún tipo de sustancia que ingerida provocase la excitación sexual. Hoy la existencia de tales componentes o sustancias es admitida y ha sido comprobada plenamente bajo el nombre de precursores sexuales como el viagra y gran cantidad de productos cuyos efectos, tanto sobre el hombre como la mujer, han merecido comprobación científica.

El problema debe ser planteado en términos diferentes a los trabajados por la doctrina en la segunda mitad del siglo pasado, dada la proliferación y eficacia de los mencionados productos; el examen jurídico penal del tema debe ser abordado en directa relación así ellos producen una situación de arrebató, furor sexual que anule o afecte en forma muy grave la capacidad de sujeto de querer o rechazar un determinado acto sexual, evento en el cual la ingestión de estas sustancias podría constituir medio idóneo para generar la incapacidad de resistencia.

Así, la ciencia –para bien o para mal- hoy puede llegar, sin que alguien puede sentirse sorprendido a descubrir o producir sustancias genéricamente comprendidas como afrodisíacos idóneas para imponer una relación sexual que sin su ingestión jamás se hubiera aceptado.

La ebriedad. El estado absoluto de ebriedad, sujeción total del sujeto ante la ingestión de licor, produce estado de inconsciencia denominado “sueño alcohólico” (Cfr. BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto, ob. cit., p. 111). Si el agente coloca a la víctima en tal situación, para alcanzar la relación sexual –acceso carnal o acto diverso-, estimamos que el presente tipo penal se configura cabalmente.

No obstante, la ebriedad presenta diversos grados o niveles no todos generantes de estados de inconsciencia así en la embriaguez incompleta, por ningún aspecto se puede considerar que desaparecen las facultades volitivas y cognoscitivas suficientes para la disposición sexual, razón por la cual si el agente sólo ha alcanzado a colocar a su víctima en uno de tales niveles de embriaguez, no podrá reputarse perfeccionado este tipo penal; pero, además, y como lo veremos en el acápite correspondiente, será excepcional la derivación del delito imperfecto, pues el simple suministro de alcohol es equívoco, ya que puede ---- en simple acto preparatorio del actor delictual; de otra parte su simple realización no revela unívocamente la presencia del fin erótico sexual que el actor necesariamente debe presentar.

El electrochoque. Procedimiento médico terapéutico y de reavivación que puede llevar al estado de inconsciencia temporal. Si ha sido aplicado por el agente con el fin de realizar alguno de los actos sexuales determinados por la norma, nos encontramos ente esta modalidad de la violación.

Los anestésicos. Sustancia que Por tanto los anestésicos se caracterizan esencialmente por suprimir la sensibilidad y con ello el pleno ejercicio de las potencias volitiva y cognitiva del sujeto a quien se suministran; se mencionan como anestésicos cloroformo, éter, cloruro de etilo y protóxido de nitrógeno; la inconsciencia lograda mediante el suministro de cualquiera de estas sustancias para la obtención del acto sexual respectivo configura plenamente la tipicidad objetiva del comportamiento.

La escopolamina. En nuestro medio esta sustancia es utilizada mayormente como medio para el ataque al patrimonio económico, pero dados los efectos reseñados produce estado de inconsciencia con lo que puede erigirse en medio apto para la realización del trato sexual incriminado por la norma.

El hipnotismo. Intensa discusión en diferentes ramas del conocimiento ha generado los efectos de la sugestión hipnótica, mucho más en orden a la determinación del estado de inconsciencia que presenta el sujeto hipnotizado y si este puede constituirse en medio idóneo para la comisión de la modalidad de violación consagrada en el artículo 207 C.P..

Veamos con algún detenimiento los efectos de la hipnosis. Se acepta que la sugestión hipnótica hace desaparecer en el hipnotizado el ejercicio de sus facultades volitivas, no así las intelectuales (DE GUZMAO, Chrysolito, cit. por BARRERA DOMÍNGUEZ p. 112). Se afirma también que el paciente de hipnosis cesa temporalmente en sus relaciones con el mundo exterior, las cuales se surten a través del hipnotizador quien pasa a dominar de manera exclusiva y necesaria no solo su actividad mental sino también las diversas operaciones físicas.

Se trataría entonces de un dominio moral que el hipnotizador ejerce sobre el hipnotizado. El poder del agente que se refiere permanentemente sobre el paciente haría que en este se sobrepusiera otra personalidad cuyas manifestaciones estarían determinadas por aquel.

DE GUZMAO refiere a título general que puede asumir el hipnotismo: la catalepsia, la leturgia y el sonambulismo. En la catalepsia la inmovilidad del paciente parece ser total, este se convierte en una estatua que tan solo puede moverse a las posiciones que le sean imprimidas por el hipnotizador; en el estado cataléptico hay una supresión de la sensibilidad, reflejos,

fácilmente se producen alucinaciones, automatismo, altos niveles de sugestionabilidad, estados de inercia recurrentes y ausencia de fatiga muscular, siempre delatora de la simulación. (Cfr. cit en BARRERA, ob. cit., p. 112).

La letargia es estado de inercia completa, flacidez muscular, cabeza colgante y produce abolición completa de la inteligencia, anestesia completa e hiperexcitabilidad neuromuscular. El sonambulismo presenta un estado de inercia más leve que la letargia y anestesia total, incremento de la fuerza muscular y dominio de la voluntad total por parte del hipnotizador.

El hipnotismo no es considerado estrictamente como un estado de sueño ya que en aquél la vida síquica no se aísla totalmente del mundo externo, en el estado de hipnosis el aislamiento es tan solo parcial, la vinculación permanece por medio de un “agujero” o “ventana” que precisamente está orientado por el hipnotizador. (Cfr. MARTÍNEZ ZÚÑIGA, ob. cit., p. 294).

La hipnosis debe ser hoy tratada a título científico y sin duda ha hecho reveladores aportes en la comprensión de la psicología normal y patológica. La doctrina más generalizada incluye la hipnosis como un estado de inconsciencia, en oposición a la corriente minoritaria que la entiende como simple fenómeno de sugestionabilidad. (Cfr. MARTÍNEZ ZÚÑIGA, ob. cit., p. 294).

Tesis de KRETSCHMER. Concluyendo la primera mitad del siglo pasado el alemán ERNST KRETSCHMER con amplio trabajo experimental concluyó que quien cometiese un delito en estado de hipnosis era responsable del mismo, pues el hipnotizado durante el trance conserva la suficiente fuerza volitiva para la resistencia a la ejecución de órdenes del hipnotizador que fueran contra su conciencia. Esta concepción se expuso en los siguientes términos: “Ciertas personas experimentan el temor de ver a las personas sensatas recibir durante la hipnosis órdenes de ejecución de actos criminales y ejecutarlos en estado de vigilia. Ahora bien, no es posible realizar sugerencias que contrasten con este grado, con toda la estructura moral del hombre, desde que nos encontramos a menudo con resistencias formidables cuando vamos a realizar durante hipnosis simples sugerencias curativas. Las sugerencias criminales casi no pueden realizarse mas que cuando el sujeto posea ya el estado latente, el impulso hacia el acto que el hipnotizador quiso sugerirle, como en el caso de sugestión de

ciertos actos sexuales”. (Cfr. MARTÍNEZ ZÚÑIGA, ob. cit., p. 295-296).

Acepta finalmente el siquiatra alemán que pueden existir casos excepcionales de débiles mentales, que a pesar de presentar gran resistencia para ser hipnotizados una vez lo han alcanzado, pierden por completo su voluntad durante el trance hipnótico.

Pues bien, el otro extremo de la comprensión de la hipnosis frente al derecho penal y más en concreto al delito sexual emite el criterio según el cual el trance hipnótico puede anular por completo la voluntad y personalidad del hipnotizado, pero sin duda los dos extremos se encuentran hoy indemostrados.

Restringiéndonos al caso del acceso o del acto sexual realizado en persona presta en estado de hipnosis salvo casos excepcionales de debilidad mental, el hipnotizado siempre reacciona cuando va a ser sometido a acceso, si esta fuese su reacción encontrándose en estado de vigilia. “Esto es, que una persona normal, hipnotizada, que sin encontrarse en ese estado accedería a la conjunción carnal con su hipnotizador (esposo o amante), actuará en forma similar durante el trance; pero, si en el estado de vigilia hubiera opuesto resistencia lo mismo hará en el trance”. (MARTÍNEZ ZÚÑIGA, ob. cit., p. 296).

Hipnotismo y derecho penal. JIMÉNEZ DE ASUA clasifica las opiniones sobre la trascendencia punitiva del hipnotismo en tres grandes grupos: la escuela de Nancy que radicalmente acepta el automatismo del hipnotizado, la plena posibilidad de que cometa actos delictuosos, sirviendo tan solo como instrumento del hipnotizador, concepción en virtud de la cual también debería aceptarse la total abolición del conocimiento y la voluntad para la aceptación o el rechazo sexual.

La llamada escuela de París estima son tan solo sugeridos por el hipnotizador y estos pueden ser aceptados o no por el paciente, ante los cuales este puede oponer resistencia o negarse definitivamente a su realización; se concluye que en el caso de órdenes criminales que se oponen a la voluntad de la persona entonces, la realización de los mismos se hace prácticamente imposible. De acuerdo con este criterio la hipnosis no generaría estado de inconsciencia y la capacidad de aceptación o rechazo del acto sexual permanecería inalterada.

Finalmente se refiera una concepción intermedia para la cual en algunos casos puede presentarse una resistencia real a la orden pero en otros puede llegar a observarse el automatismo absoluto.

Del anterior criterio se extrae una cuarta concepción que nos parece importante reseñar en forma separada: la hipnosis podría determinar el consentimiento de la persona si el acto que se le ordena no es contraria a los principios y valores que maneja, mientras que si tal acto no corresponde con dicha personalidad la resistencia por parte del paciente será absoluta (Cfr. Ídem. p. 113 citando de DE GUZMAO, Chrysolito). Ahora bien, este último criterio que no puede tener ningún soporte psicológico o experimental no puede ser asimilado por el derecho penal pues remite a la valoración subjetiva de los valores o principios morales del paciente, permitiendo concluir que el acceso o el acto sexual realizado por el hipnotizador sobre el hipnotizado siempre sería plenamente consentido y estaría conforme con la voluntad de éste regida en tal situación por su código moral de lo contrario la resistencia haría imposible la consumación del acto; todo lo cual nos llevaría siempre a la necesidad de examinar en fase de adecuación típica objetiva, la inmoralidad o moralidad del sujeto pasivo lo cual violenta todas las reglas del procedimiento de adecuación, a más de establecer una presunción sin fundamento objetivo, carente por completo de soporte científico.

BARRERA DOMÍNGUEZ resuelve el problema afirmando que “aun en esta hipótesis de que la conducta sugerida a la persona hipnotizada, el agente que mediante sugestión hipnótica obtiene el consentimiento de una persona para someterla al acceso carnal, introduce un vicio en la voluntad de la víctima que permite incriminar el hecho como violación” (ob. cit. p. 113-114).

MONTALTI propone los siguiente criterios generales para establecer la posibilidad de que en un determinado caso si la hipnosis ha podido servir de medio para la consumación de un delito de violación por colocación en estado de inconsciencia del sujeto pasivo: estudio de sus condiciones personales, físicas y síquicas, verificación de la capacidad de la víctima para alcanzar el grado de hipnotismo en el que sea posible la consumación del delito, eliminación de toda posibilidad de simulación o sugestión. (Cfr. cit. en BARRERA DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 114).

Violencia y engaño. El acto de alcanzar el acceso carnal o el acto sexual mediante el uso de narcóticos, hipnotismo, somníferos, etc.,

no ha encontrado ubicación en la que convenga pacíficamente la doctrina; por el simple hecho de hablarse de “violencia ficta o presunta” debe colegirse que se trata de una simulación o asimilación que para algunos resulta forzada e inexacta así se llegó a sostener (Cfr. MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Lisandro, ob. cit., p. 282, cita a PECORARO ALBANI como quien sostiene este criterio doctrinal) que por el medio utilizado y la disminución o anulación de la capacidad de querer que se da en tales situaciones no estamos frente a la violencia, sino a un verdadero engaño.

Prescindiendo del etéreo concepto de ficción legal hemos de concluir en MARTÍNEZ ZÚÑIGA que la caracterización de este elemento descriptivo no puede determinarse de manera primordial en el engaño, (Cfr. ob. cit., p. 282) si bien es cierto y ha de aceptarse que los primeros actos ejecutados, en esta modalidad delictual pueden integrarse con la utilización del medio engañoso: “Tal es el caso, por ejemplo, de una mujer que concurre al consultorio de un médico inmoral y se deja narcotizar creyendo que se le va a realizar una operación de cirugía, cuando la verdad es que, una vez puesta en estado de inconsciencia, aquel la posee carnalmente”. (Ídem, p. 282) En un caso tal el engaño solo se manifiesta como medio para la emisión de un consentimiento viciado con el cual la víctima se deja colocar en estado de inconsciencia para ser sometida a un procedimiento quirúrgico; hasta ese cumple alguna función el engaño en el proceso ejecutivo del delito. Positivamente no puede afirmarse que la víctima quiera la conducta efectuar el acceso carnal -en su caso- pues ignora la presencia finalista de éste en el acto del agente. Así, en el delito tipificado por el artículo 207 C. P. se debe descartar por completo el consentimiento, así sea viciado por el error, pues en su conformación estructural por ninguna parte aparecen los postulados hermenéuticos del engaño, el ardid, la mentira que induce a la realización del acto, etc.

La independencia de este tipo penal, dentro del capítulo correspondiente a la violación acepta sin generar mayores dificultades dogmáticas la existencia de esta tercera modalidad de la acción delictiva, obra – la sistemática elaborada a la luz del Código de 1936, en el cual el legislador colombiano los medios distintos de la violencia física, que colocaron a la persona en estado de inconsciencia como formas de violencia en aceptación irrestricta de la ficción legal: “A la misma sanción estará sujeto el que tenga acceso carnal con ... o con persona al cual haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia”.

Naturaleza del estado de inconsciencia considerado. El estado de inconsciencia aquí considerado es el agudo y generalmente transitorio (Cfr. MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Lisandro. ob. cit., p. 287), la misma situación pero crónica, duradera o permanente debe sin duda ser examinada típicamente a la luz del artículo 210 C.P. pues ella se debe a anomalías síquicas que son contempladas en el otrora denominado estupro impropio. Es claro que en el presente tipo penal no se puede comprender la anomalía síquica.

El concepto gramatical de inconsciencia nos lo proporciona el Diccionario de la Lengua Española en cuanto falta de conciencia, dicho o hecho irreflexivos; el acto inconsciente, en el mismo sentido, aquel realizado por quien no se da cuenta del alcance de sus actos o que se encuentra privado de sentido.

En sentido estricto frente a un concepto negativo, en cuanto denota la negación de conciencia, su ausencia o su grave perturbación (Cfr. MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Lisandro, ob. cit., p. 287). Así, el referente positivo –conciencia y acto consciente- es de necesario examen a la hora de determinar el alcance de su ausencia o negación. Valorando el significado gramatical la conciencia significa: “Propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus ámbitos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta” –primera acepción-; “conocimiento interior del bien y del mal” –segunda acepción-; “conocimiento reflexivo de las cosas” –tercera acepción-; “actividad mental a la sólo puede tener acceso el propio sujeto” –cuarta acepción-; “acto síquico por el que un sujeto se percibe a sí mismo en el mundo” –quinta acepción-; en el mismo sentido estricto la conciencia es errónea cuando “con ignorancia juzga lo verdadero por falso, o lo falso por verdadero, teniendo lo bueno por mal o lo malo por bueno”.

La sicología es el área del conocimiento que más puede haber explorado y estudiado el concepto de estado consciente o conciencia del acto. MARTÍNEZ ZÚÑIGA concibe la conciencia citando y siguiendo a GEMELLI y ZUNINI quienes la definen como “la suma de las experiencias síquicas de la actividad a—tiva que coordinan nuestro yo”. Y muy a propósito del estado de inconsciencia comprendido en estos géneros delictuales la define con sus propias palabras como “la perturbación en la percepción, en la vida afectiva y en la volición, que afecta gravemente la actividad de un sujeto en un momento dado, coartando su voluntad y limitando su capacidad de resistir”. (ob. cit., p. 289).

Más que una definición debemos entender las anteriores frases como una descripción más o menos hoy asimilable de enuncia algunas de las manifestaciones externas del sujeto que se encuentra en estado de inconsciencia, no sin advertir la grave introducción del término “coartar” la voluntad, expresión que implica un agente externo –ejercicio de la violencia; que subyuga e impide el ejercicio cabal de la voluntad, pero que no puede incluir situaciones síquicas del sujeto –que provocadas o no por un agente externo- se encuentran presentes en la esfera subjetiva y por ende en estricto sentido no subyugan; así, una enfermedad, provocada o no, no coarta la voluntad , mas bien es un estado del sujeto que puede afectar su volición y cognición pero, no puede ser agente de coacción, sometimiento, subyugación o coartamiento.

Pues bien, la independencia de este tipo penal respecto del acceso y acto sexual violentos, hace que frente a nuestro derecho positivo la perturbación de la conciencia que aquí estudiamos no exija la posibilidad de equipararla o asimilarla a la violencia física o moral, como hubo de entenderlo la doctrina a la luz de la legislación de 1936 (Cfr. MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Lisandro, ob. cit., p. 289) hasta su presencia y su influencia real sobre la conducta del sujeto suponiendo de manera grave o anulando su libertad para que esta en plena capacidad de ingresar a la presente cobertura típica.

Clasificación del estado de inconsciencia. La perturbación síquica puede dividirse en cualitativa y cuantitativa (Cfr. MARTÍNEZ ZÚÑIGA, ob. cit., p. 290, quien adopta esta clasificación siguiendo Antonio Vallejo Nájera); las primeras estarían integradas por todo el conjunto de patologías síquicas, por lo que no podrían presentarse de manera aislada. La segundas se identificarían “por el entorpecimiento de la totalidad de las funciones síquicas: la atención se presta difícilmente y decae pronto; las percepciones son lentas, penosas e imperfectas y se reduce al campo de la conciencia”. (Ídem).

De acuerdo con esta concepción la perturbación síquica cuantitativa se dividiría en omnubilación –percepción dificultosa-, somnolencia –acentuada debilitación del conocimiento- y coma –estado de inconsciencia absoluto-. Como aspectos comunes de estos tres estado cuantitativos se mencionan: carencia de interés, espontaneidad, iniciativae impulsos motores primarios, atención y reflexión dificultosa, fatigabilidad, tendencia al sueño y en general,

entorpecimiento , inmovilidad y lentitud de todos los proceso de conciencia.

La somnolencia y el estado de coma. La primera característica de estas dos situaciones es el sueño el cual es mencionado como la forma provocada más generalizada para obtener el acceso carnal con una persona y de forma aún más clara, la realización de actos sexuales diversos de aquel; el sueño se define como “un estado normal de pérdida de la conciencia, del mundo externo, estado en el que no se inhibe absolutamente la vida síquica, pero en el que falta un elemento especial de la vigilia: una verdadera conciencia de la personalidad, a la cual se une un establecimiento de relaciones entre las vivencias y la actividad de la voluntad. En el sueño desaparece, en el encadenamiento normal de los fenómenos síquicos, y las representaciones que suceden sin ilación en el campo de la conciencia, por muy contradictorias que sean entre sí”. (MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Lisandro, ob. cit., p. 291, citando a VALLEJO MÁJERA).

También se consideran alteraciones cuantitativas los llamados estados crepusculares que pueden observarse en el exceso alcohólico y que se manifiestan como una determinada alteración de la conciencia, similar al sueño, en virtud de la cual se estrecha el campo de la conciencia, especialmente en las dimensiones afectiva e ideativa. La conciencia no se halla omnubilada pero la comprensión del mundo es parcial o errada. La percepción sensorial se ve sustituida, interrumpiéndose la continuidad de la vida síquica, pero no se pierde de manera absoluta la capacidad para la ejecución de actos conscientes. Así, el estrechamiento del campo de conciencia hace que el sujeto esté denominado por efectos primarios normales (ansiedad, disfunción) o por representaciones mentales erradas (persecución, peligro) que le llevan a ejecutar actos desordenados o irreflexivos que en virtud del estrechamiento del campo de conciencia se le presentan como ordenados y reflexivos.

Doctrinalmente se debe excluir la posibilidad de adecuar la conducta al artículo 207 de quien realiza acceso o acto sexual diverso con persona en estado crepuscular, por ejemplo, por ingestión de bebidas alcohólicas, así el agente haya puesto a la víctima en tal condición con la finalidad de accederla o manipularla sexualmente; la doctrina que aceptamos es clara: “en este caso no se pierden los impulsos que permiten ejecutar actos consciente y, en realidad, si la persona efectúa el acceso en tales

condiciones, es difícil demostrar la ausencia de voluntad” (MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Lisandro, ob. cit., p. 292).

Los más frecuentes medios utilizados para la provocación del estado de inconsciencia. Estados como la somnolencia, el sueño y el estado de coma se erigen en la consecuencia de la conducta instrumental del sujeto activo, erigida dogmáticamente como complemento descriptivo del tipo; así el agente debe verificar determinada acción o acciones, en procura de obtener el efecto sobre la víctima.

Los médicos para alcanzar el estado de inconsciencia pueden ser genéricamente hablando: patológicos, tóxicos, excitantes – afrodisíacos- y síquicos –hipnotismo- algunos agregan los medios traumáticos (Cfr. MARTÍNEZ ZÚÑIGA, ob. cit., p. 293, quien señala a este propósito a MENDOZA DURÁN), fácilmente descartables pues su verificación implica el ejercicio necesario de la violencia física debiendo ceder el margen de adecuación del artículo 207 al 205 C.P.

Los denominados medios patológicos son aquellos en virtud de los cuales el agente inculca un germen patológico a la víctima en la finalidad de obtener el estado de inconsciencia, tales situaciones parecen ser más fruto de la imaginación que de la realidad, aunque la elaboración hemenéutica no puede cerrarse frente al inmenso panorama, para bien o para mal, que ofrecen hoy los desarrollos de la biología, la química o la genética.

Las sustancias sicotrópicas. El concepto de sustancia sicotrópica ha sido traída de la medicina y la farmacología al derecho, se entiende por tales la conjunción de elementos tanto naturales como artificiales que causan un tropismo psicológico, vale decir, que producen alguna modificación de las más normales maneras, la convención de Viena de 1971 “sobre el control de drogas peligrosas” utilizó la expresión en el sentido referido. Se trata de acervo con el concepto de DELAY (cit. en MARTÍNEZ ZÚÑIGA, p. 297) de sustancias que influyen, sobre el comportamiento humano, sobre el estado de ánimo de las personas, sobre la percepción, el humor, la vigilia, la actividad intelectual, la tensión emocional, etc.

El mismo profesor francés clasificó por sus efectos las sustancias sicotrópicas depresoras y estimulantes.

Los depresores. Producen la disminución de la vigilia, reducen la actividad intelectual o calman estados de tensión emocional, como las diversas clases de ansiedad. Estas sustancias se han considerado como las más idóneas para colocar a una persona en estado de inconsciencia; también se les denomina sustancias neuro depresivas, sico depresivas.

Los sicolépticos o estimulantes. Dentro de este grupo se encuentran todas aquellas sustancias que levantan o estimulan la actividad mental, acrecientan la vigilia hasta producir el insomnio, excitan la actividad tanto intelectual como física e incrementan la tensión emocional para llegar a estados de euforia o ansiedad. También se les llama sicotrópicos o sencillamente estimulantes.

Tradicionalmente se consideró (Cfr. MARTÍNEZ ZÚÑIGA, ob. cit., p. 298) que las sustancias de este grupo serían contraindicadas para producir el estado de inconsciencia y que por tanto no interesaban a efectos del presente delito. Pero sin duda tal posición debe ---- en la medida en que la hiperconsciencia linda con la inconsciencia y aquel puede ser uno de los efectos propios de la estimulación. Por lo demás hemos concluido que los sicolépticos pueden también producir incapacidad de resistencia y sin duda condiciones de inferioridad síquica que el impiden a la persona comprender la relación sexual o dar su consentimiento según las voces de la descripción legal vigente.

Dentro de los sicotónicos encontramos la cafeína, la anfetaminas, la efedrina, el alañfor, el betel, los derivados del benxidrol.

Los sicodislépticos o alucinógenos. Sustancias que producen desviaciones síquicas tales como el delirio o la alucinación, distorsión del juicio en la apreciación de la realidad, estados de confusión, laguna mental y despersonalización, son ejemplos de esta especie los alcaloides, Lsd-25, el cannabis sativa y el cannabis inica, marihuana y hachís.

En realidad el valor de la clasificación ha sido puesto en duda pues estos en gran parte dependen del organismo que las asimila; así, respecto de algunas personas algunos alucinógenos aún los llamados suaves, como la marihuana puede tener efectos depresores y en otros estimulantes.

Estas sustancias pueden también producir estados de inconsciencia en general luego de su ciclo estimulante, alucinógeno o depresor.

En general la clasificación por los efectos también presenta inconvenientes pues por ejemplo los barbitúricos, que se catalogan dentro de los somníferos y las fenotiazinas que se consideran clásicos neurolépticos, en pequeñas dosis suelen producir efectos tranquilizantes, “según la dosis y la persona a quien se le administran, pueden producir estado de inconsciencia tanto los hipnóticos y los neurolépticos, como algunos tranquilizantes o ataráxicos, pero estos sólo por exención”. (MARTÍNEZ ZÚÑIGA, ob. cit., p. 299).

Dentro de estas sustancias se han ubicado el cannabis sativa, LSD y el yagé. La marihuana es considerada como “alucinógeno suave” (Cfr. MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Lisandro, ob. cit., p. 305, citando el informe Nixon de 1970). Los efectos varían de acuerdo a las personas, organismos y al propio estado afectivo, mental y emocional en el momento de la ingestión, como ya lo advertimos en algunos puede producir efectos estimulantes y en otros consecuencias depresivas. Además la propia composición de la sustancia hace que sus elementos activos presenten disparidad sicotrópica, se cita el cannabidiol como estrictamente alucinógeno y el tetrahidrocannabidiol como excitante.

De esta forma no podemos excluir a la marihuana como apta para producir estados de inconsciencia pues la diaria gama de efectos que suele producir hace que en algunas, aunque no frecuentes ocasiones el consumidor padezca desvanecimientos y pérdida del conocimiento, todo lo cual dependerá tanto de su situación personal como de la cantidad consumida.

De igual manera el ácido lisérgico LSD-25 produce como efecto en algunas ocasiones pérdida de la conciencia y luego de los efectos habituales puede en frecuentes casos generar sueño profundo.

*Desde el Convenio de La Haya de 1912 se han denominado estupefacientes a la droga sicotrópica derivada de la amapola, el jugo de esta flor (*papaver somniferum*), sometido a ciertos procedimientos deriva en el opio que fumado o ingerido puede producir estado de inconsciencia. El opio posee cerca de treinta alcaloides que producen diversos efectos en general considerados como excitantes. Como derivados del opio capaces de producir efectos sicotrópicos se mencionan la morfina, la codeína y la narceína. La morfina tiene extremas propiedades somníferas y*

analgésicas; ha sido muy conocido el abuso en la utilización médica con fines sexuales.

Las sustancias de producción artificial son variadas y por ello ha sido dificultosa su clasificación farmacológica.

Muchas plantas clasificadas en la familia de las sustancias virosas –la dalia, el borrachero, la belladona poseen alcaloides que sirven de base para la producción de sustancias con propiedades sicotrópicas. Dentro de este grupo se menciona la escopolamina utilizada primordialmente para el atentado patrimonial, no descartable en el delito sexual. Igualmente se menciona el penthotal sódico. Dentro de los neurolépticos que pueden llevar al estado de inconsciencia se refieren las fenotiazinas mayores –cloropromazina (largatil), la tioproperazina (mayeptil), la lesomepromazina (sinogán)-. Las fenotiazinas menores (terflusines) requieren grandes dosis para alcanzar la inconsciencia, dentro de ellas se menciona la reserpina y las butirofenonas como el haloperidol. Dentro de los tranquilizantes o calmantes se encuentran los hipnóticos no barbitúricos como el equillum, el benzidrol , los meprobamatos.

Los tranquilizantes o calmantes tienen como propiedades generales la inhibición de los reflejos medulares, con lo que poco después de su ingestión desaparecen los síntomas de irritabilidad, ansiedad dando paso a la tranquilidad o la euforia. En los tranquilizantes tienen como finalidad y efecto primordial el de tranquilizar al individuo pero in producir el estado de sueño, en embargo en dosis elevadas pueden producir la inconsciencia, a este propósito se mencionan los meprobamatos (ecuanil, procamidol) el diazepam (valium), el elyamate (estratam) y algunos hipnóticos como los carbonatos de atarax y de metilpentitol.

Otros tranquilizantes como el cloronautine (dramanime) y el pipamazini, requieren dosis bastante altas para que se alcance el estado de inconsciencia; otros derivados del benzidrol, también considerados como tranquilizantes tienen acción sicotrópica con la que alejan el sueño tal el caso del aza ciclónol. Así, los tranquilizantes no son por sí mismos apropiados para producir el efecto de inconsciencia aunque algunos de ellos pueden lograrlo si se administran en dosis altas y a ciertos organismos. No obstante lo anterior su administración puede producir estado de semiconsciencia o sedación que sin duda puede generar incapacidad de resistencia o condiciones de inferioridad síquica.

TEMA III. ACCESO CARNAL ABUSIVO EN MENOR.

Resistencia. “En efecto, cuando se trata de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 303 del C.P.), la conducta se reprime exclusivamente por el “abuso” de la inferioridad o incapacidad en que la ley presume que se encuentra el menor, de la cual se aprovecha el sujeto activo del delito, quien no tiene necesidad de acudir a la violencia para vencer una oposición que el menor no presenta. Ante la falta de resistencia de este último, el autor del hecho no requiere desplegar ninguna fuerza para obtener su cometido, porque su víctima ha asentido a ello.

“En cambio, cuando el menor de catorce años se resiste a ser accedido carnalmente, manifestando en cualquier forma su rechazo a esta acción y quien pretende someterlo acude entonces a la fuerza, física o moral, para vencer el desagrado o repugnancia, mostrada por la víctima, ya hay algo más que un abuso, ya se ha desplegado la violencia, y este calificado medio de comisión del hecho le imprime una mayor reprobación y por ende un castigo más severo.
(...)

“En este orden de ideas es pertinente agregar que cuando por la escasísima edad de la víctima, ésta no se encuentra en capacidad física de resistirse, ni en mínima parte, a la realización de unos actos sexuales cuya naturaleza ni siquiera comprende, la norma aplicable es el artículo 304 del Código Penal. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de casación 8-03-88, Magistrado Ponente. Doctor Guillermo Duque Ruiz)

N.V.A. Art. 208 C.P.

COMENTARIOS

Por la parte activa, el tipo no presenta calificación expresa; cualquier persona, imputable penalmente, es idónea para la ejecución del comportamiento. Criterio general que debe ser aceptado de acuerdo con la comprensión amplia del concepto de acceso carnal adoptado por nuestro Ordenamiento en el artículo 212 C.P. especialmente en lo referente a la aceptación que hacemos de la total indeterminación activa, aun frente al acceso carnal propio –intromisión peneal por vía vaginal-. Por otros aspectos la identificación de este elemento típico amerita las siguientes precisiones.

De acuerdo con el artículo 475 transitorio C.P. los menores de dieciocho años no son inimputables por definición legal sino que están sometidos a un “sistema de responsabilidad penal juvenil” que la norma ordena “estudiar, definir y recomendar al Congreso de la República” por parte de la Comisión Interinstitucional que la disposición conforma. Así las cosas, en el diseño del referido sistema habrá de considerarse el abuso sexual realizado por menor de dieciocho años sobre menor de catorce; en especial atendiendo a la recomendación contenida en los estudios especializados -a los cuales ya hemos hecho referencia-, que exigen, para que haya abuso sexual de menor, que exista una diferencia de edad mayor de cinco años entre abusado y abusador. Consideración racional pues es inimaginable el aprovechamiento sexual, incriminado por el presente tipo, que realice una persona de quince años sobre un menor de trece años y once meses. Problemas adicionales, esta vez en orden a la determinación del sujeto activo, que vuelve a generar la utilización exclusiva del parámetro cronológico de edad.

El sujeto pasivo presenta cualificación natural; hombre o mujer menor de catorce años. Circunstancia objetiva calificante que excluye cualquier valoración de la conducta sexual anterior de la víctima, así los conocimientos y experiencia respecto de la vida y prácticas sexuales, sus costumbres licenciosas o promiscuas, solo deben ser tenidas en cuenta para la individualización de la pena según los principios del artículo 61 C.P. De acuerdo a lo anterior, y no obstante los reparos que hemos formulado a la consagración univalente del límite cronológico de edad, que no genera problemas dogmáticos, pero si de justicia material, no es procedente el examen de la madurez o precocidad sexual del agredido.

Por tratarse de un tipo unilateral –sólo el agente realiza acción relevante penalmente- el género del titular del derecho conculcado puede ser el mismo o el contrario al del actor. En atención a la comprensión amplia del acceso carnal (Art. 212 C.P.) que admite las modalidades de propio –natural, contra natura u oral- e impropio –corporal o instrumental-, el sujeto pasivo del delito puede ser tanto hombre como mujer, dada la disimilitud del ducto o cavidad por el cual se verifica el acceso, como la variedad de instrumentos penetrativos aceptados normativamente.

En este tipo el legislador, desde la génesis normativa, estima la inmadurez sexual y la falta de culminación del proceso formativo en todas las personas que no han alcanzado la referida edad; todo

lo cual debe generar su incapacidad para la libre disposición sexual.

La presencia o no de expresiones de consentimiento o aceptación del acto, por parte del sujeto pasivo son irrelevantes –la norma acertadamente no lo expresa así–, dada la consideración legislativa sobre su inmadurez sexual al encontrarse por debajo de la edad determinada por la norma. El agredido puede –no es lo más frecuente– aceptar expresamente la relación y aun realizar acciones de iniciación o impulso, pero lo común será –dada la asunción de su inmadurez en materia sexual– la no manifestación de asentimiento o disentimiento al acto, la simple tolerancia que no puede interpretarse como permisión válida jurídicamente, explicable únicamente por la no comprensión del acto –contenido y trascendencia–; si la acción se verifica contra la voluntad del ofendido, vale decir, que este manifiesta su disentimiento, la presente tipicidad objetiva se colma igualmente, pero la negativa puede dar lugar al uso del medio violento, debiéndose realizar el examen de la derivación concursal con el tipo de acceso carnal violento.

Otra corriente doctrinal entre nosotros se alejó de los anteriores criterios al considerar que la incriminación, mediando el consentimiento de la víctima "es infundada porque aleja las condiciones críticas sobre el desarrollo físico y la mentalidad de la víctima. Y demuestra también su inconsistencia con las variaciones arbitrarias de los códigos sobre "la edad de la razón sexual". Más avanzado que los legisladores y tratadistas del presente fue Groizard cuando afirmó que "la niña menor de doce años que consiente, no puede decirse que obra sin voluntad, ni mucho menos que es cohibida por ninguna fuerza física".(PÉREZ, Luis Carlos, Derecho Penal, t. V, Bogotá, Editorial Temis, 1993, p. 65.) En los anteriores términos la doctrina citada criticó la entronización de una posible presunción en nuestro Ordenamiento, respecto de la cual afirmamos su inadmisibilidad.

TEMA IV. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS. Abuso de situación de inferioridad.

“Cuando se trata de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (...), la conducta se reprime exclusivamente por el “abuso” de la inferioridad o incapacidad en que la Ley presume que se encuentra el menor, pero cuando éste se resiste en cualquier forma, a ser accedido carnalmente el tipo legal que corresponde es el de Acceso Carnal Violento del artículo 298.

“El artículo 305 del C.P. señala tres modalidades de la conducta, que puede revestir este delito. La última de las cuales requiere que al menor se le instigue o persuada para que entre a practicar actos relativos a su instinto sexual con anticipación al natural despertar de su libido.

“Esta Sala, que ya ha tenido oportunidad de exponer su doctrina sobre este asunto (fallo de 4 de agosto de 1987, Magistrado Ponente doctor Jaime Giraldo Angel, con salvamento de voto del doctor Lisandro Martínez Zúñiga), se reafirma en ella. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de casación 8-03-88, Magistrado Ponente. Doctor Guillermo Duque Ruiz)

N.V.A. Art. 209 C.P.

COMENTARIOS

La historia registra que el abuso sexual realizado sobre menor, se asimiló al uso de la violencia en ficción legal hoy inaceptable, pues tal fenómeno no se observa desde los puntos de vista jurídico y naturalístico. La impropiedad de la expresión “violencia” para la comprensión de este delito hizo que en forma intermitente se recomendara su inclusión dentro del género delictual otrora llamado “corrupción de menores”, con todos los problemas que produjo dicha nominación, estimándose que en realidad los fundamentos incriminatorios parecerían ser similares. (Cfr. MARTÍNEZ ZUÑIGA, Lisandro, ob. cit., p. 269). Bajo tal comprensión se recomendó; “... ningún defecto técnico tendría la norma que erigiese el acceso con menores de determinada edad, como forma agravada de corrupción de menores”. (Idem)

Del mismo criterio, aunque lo plantea de manera más radical, fue BARRERA DOMÍNGUEZ: “No obstante, el redactor de la reforma dio con timidez ese importante paso, pues sustraída la hipótesis del acceso carnal con personas presuntamente impúberes por no haber llegado a los catorce años de edad, del ámbito de la violación, ha debido definir la conducta como corrupción de menores, bien abriendo un nuevo capítulo para comprender este caso y el trato erótico diverso del acceso carnal con tales móviles (...) o reuniendo en un solo precepto las dos eventualidades como “corrupción”, fijando la pena más grave para el acceso carnal”. (ob. cit., p. 152)

No obstante las autorizadas fuentes de los anteriores planteamientos, se observó que las dos citadas alternativas legislativas presentaban serias dificultades técnicas: el concepto de abuso o acto abusivo, no encarnaba en si mismo la violencia y esta, no se encontraba, en sentido estricto, presente en el comportamiento que se quería incriminar; por otro lado las conductas que se señalaban como “corrupción de menores” comprendían hipótesis comportamentales bien diversas del acto corruptor, además dicha denominación introducía una nueva ficción legal, que llevaría a la ley a considerar que todos los menores de una determinada edad eran “incorruptos” con toda la carga de subjetividad que acarrear tales términos, pues no se comprendía si se trataba de una expresión que desarrollaba conceptos como la castidad o la virginidad, si hacía referencia a las conductas pecaminosas enunciadas por la moral judeo-cristiana o, si, finalmente, comprendía la relación de las experiencias sexuales de la persona.

Lo que parece ser interminable e inútil discusión sobre la validez jurídica de la presunción de violencia en el acto sexual realizado con menor de determinada edad, fue cancelada normativamente por nuestro legislador tanto en 1980 como en 2000. En primer término extrajo esta hipótesis comportamental del capítulo que agrupa las diversas modalidades de violación.

De esta forma desde 1980 nuestro sistema penal, acertadamente abandona las tesis de la presunción y ficción legal que presumían la violencia en el acceso carnal o “fingían” caprichosamente la presencia de la misma y con ello la ausencia de consentimiento en la víctima menor de catorce años; esta decisión legislativa se manifestó claramente al extraerse del capítulo “de violación”, la presente especie delictual y considerarla no como forma ficta de violencia, sino como una situación real de abuso. “Está bien por tanto, que nuestro Código haya abandonado aquella figura penal de la violencia carnal presuntiva, sustrayendo esta conducta de la hipótesis de la violación”.(BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto, ob. cit., p. 155)

TEMA V. ACCESO CARNAL ABUSIVO EN MENOR DE CATORCE AÑOS. Edad del sujeto pasivo. Error de tipo. Admisibilidad. "Es necesario dentro del proceso recaudar y analizar los medios probatorios allegados en cuanto a demostrar cuál era la creencia que sobre la edad aparente de la menor tenía el procesado, en el momento de las relaciones sexuales."

“En relación al problema debatido es claro que el dictamen médico-legal nos da una probabilidad sobre la edad posible de la menor, esto es la edad aproximada que contaba en el momento de los hechos, pero dicho dictamen no prueba que el procesado tuviera el conocimiento en ese instante que esa era la edad real de la menor en el momento del ayuntamiento sexual, porque como se va a demostrar más adelante, otra era la convicción que tenía el procesado, certeza que había obtenido por otros medios probatorios.

Debe igualmente recordarse la certeza de la cita que hace el casacionista en relación al peritazgo, en cuanto a su capacidad probatoria en el concepto del tratadista sobre el tema doctor César Augusto Giraldo, quien con base en su experiencia científica siempre da un conocimiento aproximativo de la edad y que difícilmente podría obtenerse la convicción y al certeza que se exigen como fundamentos sustentatorios de una sentencia.

“Con acierto el impugnante, en concepto que es compartido por el Colaborador Fiscal, destaca como el sentenciador se abstuvo de apreciar el valor probatorio de pruebas existentes en el proceso y validamente practicadas y como igualmente estimó equivocadamente otras; omisión que evidentemente es relevante para la decisión penal que debía tomarse, razón por la cual el Fiscal de la Corporación solicita se acceda a la petición de casar la sentencia.

“La historia familiar que ha sido objeto de investigación en este proceso, es la que cotidianamente ocurre en las vastas zonas deprimidas de nuestras ciudades; donde en peligrosa promiscuidad viven multitud de personas, en espacios muy reducidos o compartiendo un mismo edificio; personas de manera regular de muy escasa cultura, como en el caso presente, situaciones que necesariamente dan lugar a relaciones sexuales que encuadran dentro de los marcos del Código Penal o que se acercan peligrosamente a sus disposiciones, es lo que aquí ocurrió. Una madre soltera, que vive en relaciones concubinarias con otra persona, existiendo previamente una hija en los albores de su pubertad, que por razones de su trabajo se ve en la obligación de dejarla en las residencias donde habita, donde entra en contacto con personas de mayor edad, y que por motivo de la subcultura en que se vive se adentra en el conocimiento de lo sexual por vías torcidas y con clara inmoralidad; que ubican a la persona tan precoz y torcidamente iniciada con un cultura sexual que dista mucho de la

realidad fisiológica y aún más, de los valores morales y culturales propios de una niña que apenas se inicia en su vida sexual.

“Está probado que al quedar la menor sola en su habitación de las residencias donde tenía establecido su domicilio, estaba en él hasta altas horas de la noche, con al parecer otro pretendiente que precedió al actualmente procesado; y posteriormente a ingresar reiteradamente a la alcoba del sindicato, situación que llevo a una de la habitantes del edificio a advertirle a la madre que era conveniente que no la dejara sola y que motivó que la estuviera llevando como compañía al lugar de trabajo, sitio donde igualmente era visitada por el procesado y como lo advierte la madre, pudo allí observar “que la niña se recostaba mucho en él y yo la regañaba”.

“Lugares y zonas deprimidos no sólo en lo urbanístico, sino en lo moral, porque pese a la escasa edad de la ofendida existen pruebas de prácticas sexuales anormales y de una más anormal cultura sexual, que se infieren de la diligencia de careo con el procesado cuando acepta: “... yo sí quería hacer el amor con él, me propuso hacer el amor, yo acepte hacer el amor con él, salíamos juntos, yo no me lo deje hacer el daño del lado de adelante porque mi mamá me ha dicho que no me deje hacer el daño del lado de adelante, porque las niñas tienen unas tiritas ahí y se me hubiera reventado las tiritas me hubiera muerto, las niñas lo de adelante lo tienen delicado...” (fl. 38). Terrible reconocimiento, que lleva necesariamente a la conclusión en una autorización tácita de la madre de la aceptación de relaciones sexuales contra natura.

“O lo que afirma el procesado, en el sentido de haber sido prevenido por la menor del cuidado que debía de tener de llevar mujeres de la calle, porque “puede que esté enferma y me enferme a mí, eso me decía ella a mí, yo me pregunto que hace una señorita viviendo en una residencia donde se ven tantas cosas” (fl. 22); o la otra afirmación hecha por él mismo al sostener que “antes de vacilar yo con ella, ésta vacilaba con otro hombre, con respecto a eso hay una persona que se llama Nicolás ese si la bejorriaba a ella, o se la hacia emocionar, eso me lo contaba la propia mamá, la hija, y un señor...” (fl. 21). Se comprueba que pese a la menor edad de la ofendida tenía unos extraños conceptos y prácticas sexuales no propios de una persona de su desarrollo puberil, que de hecho son circunstancias que han de tenerse en cuenta para analizar la conducta del procesado, porque es evidente que tales conocimientos y prácticas de manera normal son predicables de individuos de una mayor edad que la que pericialmente se le señalo a la menor y que por tanto han

debido influir en el error en que incurrió el procesado en cuanto a la verdadera edad de la menor.

“Es evidente que el sentenciador omitió la consideración de variadas pruebas que existían en el proceso, validamente practicadas y con las cuales se hubiese podido llegar a decisión diversa de la que ahora es motivo de impugnación, pues es la propia madre quien en la denuncia sostiene que su hija tiene quince años, afirmación que reitera días después al momento de la ratificación de la queja. La menor en el momento de su declaración afirma “tengo 15 años de edad”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas, Acta No 012, 28-02-90, Gaceta Judicial No 2442, t. CCIII, p. 220).

N.V.A. Art. 208 C.P.

COMENTARIOS

Hemos sostenido desde hace ya algún tiempo que: “La cualificación natural del sujeto pasivo: hombre o mujer menor de catorce años sigue siendo circunstancia objetiva que excluye cualquier valoración de la conducta sexual anterior de la víctima; así, los conocimientos y experiencia respecto de la vida y prácticas sexuales, sus costumbres licenciosas o promiscuas, sólo pueden ser tenidas en cuenta para la individualización de la pena, según los principios de los artículos 61 (C.P. de 1980), 60 y 61 (C.P. de 2000), según sea la norma aplicable al respectivo caso.

Nuestro sistema continúa adscrito a la presunción de derecho de la incapacidad para la libre disposición sexual en todo ser humano menor de catorce años. Este tema ha sido objeto de frecuente discusión doctrinal, llegando a afirmarse que tal inflexible inferencia “es infundada porque aleja las condiciones críticas sobre el desarrollo físico y la mentalidad de la víctima. Y demuestra también su inconsistencia con las variaciones arbitrarias de los códigos sobre “la edad de la razón sexual”. Más avanzado que los legisladores y tratadistas del presente fue Groizard cuando afirmó que: “la niña menor de doce años que consiente, no puede decirse que obra sin voluntad, ni mucho menos que es cohibida por ninguna fuerza física”.(PÉREZ, Luis Carlos, Derecho Penal, t. V, p. 65).

Con serios argumentos de orden criminológico, la doctrina actual sigue manifestando su inconformidad con la fijación normativa de

límites que, si bien son objetivos, se tornan inflexibles y por ello irracionales, como en el presente caso, ya que por dichas características, quien realiza acto sexual con persona que el día anterior haya cumplido los catorce años, mediando su consentimiento, no adecua su conducta al tipo penal, mientras que si lo hace la víspera será plenamente incriminable, sin que exista el más mínimo argumento lógico o sociológico para la diversidad de consecuencias.

Hemos afirmado que los anteriores planteamientos tienen una innegable trascendencia práctica y aconsejan que la determinación objetiva de límites de edad, como el presente, sea complementada con la exigencia del análisis pericial, que dictamine la real inmadurez psicológica del sujeto pasivo, en referencia estricta al momento del hecho, pues todo el proceso de derivación del punible se debe realizar en relación al bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Desafortunadamente, estos planteamientos no fueron objeto del mas mínimo estudio en la redacción de los proyectos y en el “miope” procedimiento de aprobación del nuevo Código sustancial. (PABÓN PARRA, Pedro Alfonso, Comentarios al nuevo Código Penal Sustancial, 2ª edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2002, p. 329)

En nuestro medio BARRERA DOMÍNGUEZ se pronunció, en varios apartados, en similar sentido: “No veo como, sino por medios sobrenaturales o milagrosos, que el día anterior a ala fecha en que una persona cumpla catorce años de edad, se encuentra en tal situación de ignorancia, de inexperiencia, de incapacidad para prestar consentimiento en materia erótica y que al día siguiente resulte iluminada, sabedora, ampliamente informada en ese campo sexual, para determinarse libremente y con consentimiento válido, en sus relaciones libidinosas”. (ob. cit, p. 155)

La doctrina, con claros reflejos legislativos, ha debatido radicalmente entre la teoría de la presunción jure et de jure y la teoría de la ficción legal en orden a la justificación de la consagración legal de determinados límites de edad por debajo de los cuales el trato sexual con un menor queda cabalmente incriminado. Desde la redacción del artículo 316 del Código de 1936 se estimó que las expresiones incriminatorias: “tenga acceso carnal con un menor de catorce años de edad reflejaban la consagración legislativa de una presunción de derecho en referencia ya fuera a la violencia presunta o a la ausencia de consentimiento sexual por parte de toda persona menor de dicha

edad. En este sentido lo enseñaron en sus ediciones de la época los profesores Luis Carlos PÉREZ, Antonio V. ARENAS (Cit. en MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Lisandro, ob. cit. p. 270). “Se presume inválido el consentimiento, caso de haberse prestado por el menor” (PÉREZ, Luis Carlos, ob. cit., p. 51)

El magistrado MARTÍNEZ ZÚÑIGA, se pronunció aisladamente contra la teoría de la presunción elaborando el concepto de ficción legal: “... no es del todo correcto hablar de presunciones. Nos parece más apropiado como lo estima MAGGIORE, usar el término ficción. El legislador estima violenta, una unión carnal que en verdad no lo es; para ello finge creer que hay ausencia de consentimiento, aun cuando en realidad no sea exacto. Aduce el citado doctrinante que las presunciones son instituciones originarias y propias del derecho privado, inaceptables en el derecho punitivo pues en esta disciplina violarían el principio de presunción de inocencia, pues representarían una inversión de la carga de la prueba; “en cambio, la ficción es una artificiosidad creada por la mente del legislador, que finge creer aquello que puede no ser exacto pero que se aproxima a la verdad. Hay ficción legal, cuando se presume acerca de lo verdadero y se finge respecto de lo falso (Presumitor super verum, fingitur super falsum).

Como se observa las dos doctrinas reseñadas parten de la tradicional teoría de la violencia presunta o ficta que ya hemos dejado suficientemente criticada y que en aplicación del método dogmático genera ingentes problemas entre ellos el de la contraprueba de la ausencia de consentimiento, mucho más la demostración de una violencia que no es tal, pues se trataría de una ficción; como demostrar una ficción o irrealidad, una violencia o incapacidad de consentimiento que tan solo se fingen o presumen por el legislador.

Dogmáticamente el problema debe abordarse desde el ángulo normativo-material; la norma -el tipo penal- es un hecho cierto e indiscutible, nunca una ficción o simulación, su contenido es real como la norma misma y real como todos los supuestos de hecho que aspira a comprender, La determinación dogmática en este caso es clara, expresa e inequívoca, obedece a una determinada política criminal adoptada se encuentra dispuesta como un ingrediente normativo de carácter extrapenal, no admite prueba en contrario respecto de la validez del consentimiento emitido por el sujeto pasivo y es tan cierta como la propia demostración de la edad de la víctima.

Si en gracia de discusión aceptamos la existencia de alguna presunción legislativa tendremos que ubicar el momento de su derivación y análisis en la génesis del tipo penal, pero nunca en las fases de interpretación y aplicación: el legislador, al redactar el modelo comportamental “supone” que hay suficientes motivos de política criminal para proporcionar una protección absoluta a todos los menores de catorce años declarando, su inviolabilidad sexual, conminando a todos los coasociados a una veda radical, a la imposibilidad total -so pena de sanción- de sostener cualquier tipo de trato sexual con personas que se encuentren por debajo de ese límite cronológico.

Dogmáticamente no se puede tratar de una presunción, mucho menos de un artificio legislativo, se trata simplemente de una calificación del sujeto pasivo de orden natural, que tiene como única fuente la voluntad legislativa en decisión política, sin ningún otro contenido hermenéutico. Deteniéndonos aun más sobre el punto, si aceptáramos la tesis de la presunción todos los tipos penales que contienen ingredientes normativos calificadorios de los sujetos, poseerían la misma característica: se trataría siempre de presunciones jure et de jure, que vifurcarían siempre la carga del prueba; así el legislador presumiría que el homicidio realizado en pariente dentro de determinados grados es especialmente grave y quebrantaría bienes jurídicos diversos de la vida, lo cual frente al caso concreto admitiría demostración en contrario, sin que se atendiera a la validez material de la prescripción, lo mismo para todas las disposiciones que incriminan las más variados comportamientos cuando se verifican en menor, anciano, persona discapacitada o con aprovechamiento de las circunstancias de inferioridad en las que se encuentra la víctima. En tales situaciones la norma no está realizando presunción alguna, sino expresando una decisión criminológica, fruto de la asunción de los más variados criterios: concepciones de índole moral -por erradas que nos parezcan-, consenso o presión social, acatamiento de conclusiones científicas o aceptación de teorías emitidas en los planos de la sicología, sexología o sociología.

Lo anterior nos hace ratificar que la determinación del límite de edad no puede ser arbitraria o caprichosa, no podemos imaginar a un legislador tan irresponsable, que de manera inconsulta señale estos parámetros de edad y los reitere durante décadas, como ha sucedido en nuestra legislación penal. Hemos -ahora si- de asumir que tal determinación legislativa obedece a la aceptación de

criterios de naturaleza socio-cultural y sicobiológica que recomiendan la protección absoluta o veda sexual radical del menor de catorce años.

De otra parte, la determinación de este límite de edad, debe ser autónoma de la disciplina aunque, reiteramos, no se puede presentar como inconsulta e irreflexiva, debe desarrollar en su justa medida los aportes de la ciencia y la experiencia lo cual parece lógico dados los componentes jurídicos y materiales que dicha decisión legislativa comporta; puede haber -en nuestro derecho la hay- discordancia entre la legislación civil y la penal, por ejemplo, para la primera la mujer es impúber por debajo de los doce años de edad, mientras que la norma punitiva no hace distinción de género y considera la total inmadurez sexual del sujeto en toda persona menor de catorce años.

TEMA VI. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS. Presunción de la incapacidad del menor.

“No es, entonces, que en esta clase de hechos la ley presuma violencia, como equivocadamente lo sostiene el Tribunal en el fallo impugnado. Lo que en ellas se presume, es la incapacidad del menor de 14 años para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad, pues ha sido valorado que las personas menores de esa edad no se encuentran en condiciones de asumir sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad el acto sexual, debido al estadio de inmadurez que presentan sus esferas intelectual, volitiva y afectiva.

“Esta presunción, contrario a lo expuesto por el ad quem, es de carácter absoluto: iuris et de iure, y no admite, por tanto, prueba en contrario. La ley ha determinado que hasta esa edad el menor debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política de Estado encaminada a preservarle en el desarrollo de su sexualidad, que en términos normativos se traduce en el imperativo del deber absoluto de abstención que el casacionista plantea con apoyo en un autor Italiano, y la indemnidad e intangibilidad sexual del menor, en los cuales se sustenta el estado de las relaciones entre las generaciones en la sociedad contemporánea.

“Significa esto, que al juzgador no le es dado entrar a discutir la presunción de incapacidad para decidir y actuar libremente en materia sexual, que la ley establece en pro de los menores de 14 años con el propósito de protegerlos en su sexualidad, pretextando

idoneidad del sujeto para hacerlo, en razón a sus conocimientos o experiencias anteriores en materia sexual, ni apuntalar la ausencia de antijuridicidad de la conducta típica, al hecho de haber el menor prestado su consentimiento.

“Mucho menos le es permitido desconocer la presunción que la norma establece, a partir de consideraciones de contenido supuestamente político criminal, como se hace en el presente caso con el fin de sostener que la edad que sirve de referente al legislador colombiano para suponer la inmadurez del menor, no se ajusta a lo que revelan la verdad social y cultural del país, y que la ley presume algo que la misma realidad contradice.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll, Sentencia de Casación, 26-09-00, Acta N°.164)

N.V.A. Art. 208 C.P.

COMENTARIOS

En referencia a la identificación de los sujetos del abuso sexual infantil, en primer término, la generalidad de los estudios realizados afirman que las niñas son más frecuentemente abusadas: “En general la conclusión más razonable que surge de los datos disponibles es que la tasa de abuso de varones oscila entre un quinto y la mitad de la de las niñas.” En relación con el género de los abusadores la estadísticas disponibles revelan una muy pequeña proporción de mujeres agresoras. FINKELHOR señaló en 1984: “Especialmente desde que la frecuencia de contactos con mujeres se produce del doble a tres veces más que con varones, la presunción de que los abusadores son principalmente hombres se halla claramente fundada”. (cit. en GLASER, Danya y FROSH, Stephen, Abuso sexual de niños, fundación “Familia y comunidad”, Paidós, Barcelona, 1998, p. 28)

Se concluye que el abuso sexual infantil es un fenómeno conectado con la sexualidad de los hombres, se descarta que tal inferencia, por lo menos en el estudio de FINKEHOR, se deba simplemente a que los abusos realizados por mujeres pasen inadvertidos, por falta de denuncia o por quedar ocultas, en la esfera privada, dada la escasa prevención social que existe al respecto, pues en tal estudio se aplicaron encuestas retrospectivas y no clínicas.

El rango de edad del menor abusado en el que se ubica la mayor incidencia de esta infracción está entre los ocho y catorce años ,

aunque el rango llega hasta la infancia más temprana. Se citan los datos suministrados por la investigación de BAKER y DUNKAN de 1985 en el que el 49% de los abusadores eran conocidos por la víctima y el 14% de ellos informaron que el abuso se produjo en el contexto familiar. “las niñas fueron las más susceptibles de ser abusadas por sus padres, abuelos o hermanos; mientras que los niños corrían más riesgo por parte de gente ajena a la familia pero conocida. RUSELL en 1983 determinó que el 11% de los abusadores era extraño a la víctima, el 29% eran parientes y el 60% tan solo conocidos por el menor; el 40% de los abusadores fueron clasificados como “figuras de autoridad”, comprendemos padres, profesores, sacerdotes, etc.

En el estudio de DESONG de 1983 se señala que el 25% de los niños fueron agredidos sexualmente en el propio hogar, el 21% en el hogar del abusador que era generalmente conocido por el niño, vale decir que era sitio de su confianza, en el que se consideraba seguro.

Los factores familiares se refieren como los que mayor importancia presentan frente a la probabilidad del abuso sexual calificándoseles tan solo como “factores de predecibilidad”. Entre las mujeres encontradas por FINKELHOR, el 47% de las niñas abusadas tenían padrastro, con lo que esta situación representa un riesgo cinco veces mayor para las niñas, que si vivieran con sus padre naturales. De la encuesta de RUSELL se relata un dato revelador una de cada seis mujeres con padrastro fue abusada sexualmente por éste en su infancia, mientras que tasa se reducía a una de cada cuarenta en referencia a los padres biológicos.

Se relacionan también algunos atributos de las madres, los cuales facilitan la probabilidad de abuso sexual en sus hijas. “Las mujeres que informaban que sus madres “estaban emocionalmente alejadas, a menudo enfermas o eran poco afectuosas” se encontraban expuestas a un mayor riesgo, “... era mucho más probable que las niñas victimizadas tuvieran madres que condenaban explícitamente todo contacto sexual; también aumentaba el riesgo la escala de valores conservadores del padre y la insuficiencia de afecto físico.” (Referencias estadísticas y conclusiones investigativas relacionadas en extenso por GLASER y FROSH, ob. cit., ps. 28-30)

También se ha concluido que el abuso sexual es una experiencia aversiva para la víctima, que a menudo produce efectos

traumáticos a largo plazo. Lo anterior se relaciona con la frecuencia del abuso en la investigación de BAKER y DUNKAN: en el 63% de los encuestados el abuso se había producido en una sola ocasión, cifra que se aumentó al 75% en el estudio de WYATT, sin embargo una cantidad representativa experimentó prolongados, repetidos o múltiples abusos; BAKER y DUNKAN encontraron que el 23% de los encuestados manifestaron haber sufrido repetidos abusos por parte de la misma persona, mientras que el 14% informó abuso múltiple por parte de numerosas personas.

De otra parte, en el abuso sexual infantil, solo una minoría alcanza el acceso carnal, en la encuesta de BAKER y DUNKAN el 5% y en el estudio de FINKELHOR el 4%; la gran mayoría si incluye el contacto físico.

En referencia a la índole y gravedad del abuso sexual el estudio de RUSELL hizo un clasificación de acuerdo con la naturaleza del acto ejecutado, dividiéndolo en “abuso sexual muy grave” y “abuso sexual grave” con un muestreo femenino; en el primer grupo se incluyó la penetración pene-vagina, la tentativa de fellatio, el cunnilingus y el coito anal; en el segundo grupo se menciona desde la penetración digital en la vagina, hasta la tentativa de contacto no forzado de los pechos o coito simulado. “el 23% de todos los incidentes de abuso sexual infantil intrafamiliar fue clasificado como “muy grave” y el 41% como “grave”; las cifras correspondientes al abuso extrafamiliar fueron 53% y 27% respectivamente. En el abuso sexual perpetrado por padrastros la proporción de los muy graves alcanzó el 47%”.

Los efectos perjudiciales que el abuso sexual infantil genera en el agredido ha sido profundamente estudiado por la sexología veamos la información suministrada al respecto por GLASER Y FROSH: “... hay muchas pruebas de que los efecto a largo plazo del abuso sexual pueden ser perjudiciales. Los niños sexualmente abusados, por lo general muestran reacciones emocionales negativas tales como la depresión, culpa o autoestima disminuida; el abuso sexual también se vincula a fobias, pesadillas, inquietud, enuresis, rechazo escolar, embarazos adolescentes, tentativas de suicidio, el espectro total de las dificultades psicológicas de la infancia (TSAI y otros, 1979; GOODWIN, 1982). Las víctimas del abuso sexual pueden sexualizar todas sus relaciones como una tentativa de ganar afecto; en la adolescencia esta actitud puede conducir a un cuadro autodestructivo de promiscuidad con una sucesión de relaciones abusivas. En el largo plazo, los casos

estudiados y las encuestas de sondeo indican que los adultos (especialmente mujeres, de quienes se obtuvo la mayor parte de la información) que fueron sexualmente abusados de niños tienen dañada su autoestima, incluida su autoestima sexual (FINKELHOR, 1984). Son más pasibles de convertirse en adictos a las drogas o el alcohol (BENWARD y DENSEN-GERBER, 1975) y por lo común se encuentran entre los pacientes de psicoterapia, a menudo perturbados hasta un nivel “psicótico” o por lo menos límite (HERMAN y HIRSCHMAN, 1977). Otros estudios han revelado tasas altas de abuso sexual en la infancia en las historias de víctimas adultas de violaciones y de mujeres abusadas por sus maridos (RUSELL, 1982). Resulta, acaso, más significativo para los trabajadores sociales y otros profesionales que trabajan con niños, que las víctimas de abuso sexual infantil tendrían mayor posibilidad de tener hijos que a su vez sean abusados a la vez física (GOODWIN, 1982) y sexualmente (CIBA, 1984). Hasta cierto punto, esto último constituye un vínculo directo por el cual las personas que han sido sexualmente abusadas prosiguen ellas mismas abusando de sus hijos, lo que ocurre primariamente con víctimas varones, que a menudo parecen repetir los desoladores patrones parentales a los que fueron expuestos, los que incluyen una imagen de los niños como sexualmente explotables. Éste es también un poderoso vínculo indirecto, mediante el cual las niñas que fueron sexualmente abusadas crecen para tener hijas que son sexualmente abusadas por otras personas. (...) La conclusión es que la experiencia del abuso aumenta la vulnerabilidad de las mujeres con respecto a hombres sexualmente explotadores y reduce su capacidad para proteger a sus hijos. Por lo tanto, son muchos los modos por los que el abuso sexual infantil puede perjudicar a varias generaciones.

La causa inmediata del abuso sexual se ubica en la psicología del abusador, pero a éste anteceden también como causas un entramado de relaciones y valores sociales que también determinan la victimización sexual infantil.

FINKELHOR describió un modelo de abuso sexual infantil de cuatro condiciones; se distinguen la “motivación del abuso sexual” y varios “factores inhibitorios”, que han de ser superados antes que el abuso sexual se produzca efectivamente. En la motivación se incluyen todos los factores relacionados con la sexualidad masculina, tanto los internos, como por ejemplo el grado de excitación que siente un hombre determinado ante los niños, o el nivel de valores socioculturales incorporados por un sujeto.

Los factores inhibitorios se dividen en tres clases: internos, que representan el conjunto de valores morales del individuo, externos que son los fenómenos y mecanismos de protección y seguridad del niño y la oposición o negativa del niño. Dentro de los factores inhibitorios nosotros incluimos el control social y jurídico del menor, dentro de lo cual el control punitivo debería jugar papel importante, así como los mecanismos administrativos, educativos y familiares de protección.

Pues bien, dentro de esta teoría, los factores inhibitorios se erigen en barreras para el abusador que ha de ser superadas. FINKELHOR propone una serie de ejemplos: las inhibiciones internas pueden ser superadas mediante el alcohol; circunstancias como la ausencia o enfermedad de la madre pueden remover inhibiciones externas; dentro de estas nosotros consideramos que la ineficiencia o ausencia real de los mecanismos de control jurídico –tanto administrativos como punitivos- desvanecen cualquier temor que tenga el abusador en relación con la protección del menor y con la sanción de que será objeto el acto de abuso.

El modelo de FINKELHOR es meritorio pues localiza la fuente general del abuso sexual infantil en la sexualidad masculina y deja muy en claro que el abusador es el único responsable al verificar un acto de abuso determinado.

TEMA VII. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS. Ubicación sistemática. “El primer error de Tribunal se presentó al considerar que el acceso carnal consentido con menor de 14 años de edad continuaba siendo sancionado como delito de violación, e interpretar su contenido con los criterios hermenéuticos que resultaban válidos frente al antiguo artículo 316 del Código Penal de 1936, donde a dicha conducta se la trataba como violencia carnal impropia o presuntiva.

“Hoy día esta presunción no tiene cabida. El código de 1980 clasificó los delitos contra la libertad y el pudor sexuales a partir de la forma comisiva de la acción, o modalidad empleada por el sujeto agente en la realización de la conducta delictiva, distinguiendo al efecto tres especies: De la violación, el estupro, y los actos sexuales abusivos, según el medio empleado para la obtención del resultado propuesto fuese violento, engañoso o abusivo; y, en idénticos términos, lo hizo la ley 360 de 1997, aunque bajo el concepto de delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana.

“En esta nueva clasificación, el acceso carnal consentido con menor de 14 años, que en el Código Penal de 1936, como ya se dijo, hacía parte del título de la violencia carnal, fue reubicado en el de los actos sexuales abusivos, pues se estimó, con razón, que ontológica ni jurídicamente podía sostenerse que el acto fuese violento, y que en la realización de esta conducta lo que realmente se presenta es un aprovechamiento abusivo por parte del sujeto agente de la condición de inmadurez de la víctima, derivada de su minoridad. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll, Sentencia de Casación, 26-09-00, Acta N.º.164)

N.V.A. Art. 208 C.P.

COMENTARIOS

El abuso lato sensu es aprovechamiento o utilización indebida de un estado de cosas, de un derecho, atribución, posibilidad o circunstancia. Los abusos sexuales comprendidos en el Capítulo II, codificación vigente, significan precisamente el indebido aprovechamiento de las especiales condiciones y circunstancias en que se encuentra la víctima, que manifiestan su incapacidad o imposibilidad para la emisión del asentimiento sexual o para la comprensión cabal del acto, todo lo cual revela una patente inferioridad del sujeto pasivo frente al agresor, quien simplemente se aprovecha de la situación para perpetrar claras agresiones sexuales.

La expresión “abusivo” que nos parece de gran validez dogmática, expresa, en forma negativa, inequívoca referencia al medio utilizado; el autor no ejerce la violencia -por ello lo inapropiado de cualquier presunción o ficción al respecto- para la realización de cualquiera de las conductas incriminadas, sino que ellas se ven consolidadas por virtud de la especial condición o circunstancia en que se encuentra el agredido, las cuales siempre tienen características personales y deben afectar de manera esencial el asentimiento o discernimiento sexual de aquel. El agente aprovecha, como medio de comisión, la minoría de edad o el estado de inconciencia de la víctima para realizar el comportamiento tipificado.

Partiendo de los anteriores planteamientos, ahora si podemos dividir en dos grandes subespecies el gran tema de la agresión

sexual en violenta y abusiva, encuadrando dentro de la primera la violación -acceso carnal violento, acto sexual violento y colocación del sujeto pasivo en situación de inferioridad y, en el segundo ubicando los actos sexuales abusivos -acceso y acto sexual en menor de catorce años y acceso o acto sexual con incapaz de resistir-. Un tercer medio de comisión, socorrido por la gran mayoría de las legislaciones y en buen momento eliminado de nuestro Ordenamiento por el código de 2000, lo encontramos en el engaño, bajo el género delictual del estupro. ARENAS resumió con acierto en nuestro medio esta clasificación de la agresión sexual: "... la violencia (violación), el engaño (estupro) y el abuso (cuando el agente se aprovecha de la inamidez, de las condiciones de inferioridad síquica o de la inconsciencia de otra persona). (...)“De acuerdo con el anterior criterio los delitos sexuales no se clasifican no se clasifican ya en atención en atención a la naturaleza del acto realizado: acceso carnal, ofensas al pudor, abusos deshonestos, etc., sino a los medios empleados para la ejecución”. (ob. cit. p. 343)

La distinción entre abuso y violencia sexual elaborada doctrinalmente, hoy aceptada por nuestra normatividad y de gran valor dogmático, trae varias consecuencias de orden sistemático, con clara repercusión incriminatoria y de justicia material. En primer término el abuso sexual en menor de catorce años que era considerado por el artículo 316 del código de 1936 como una modalidad especial de violencia carnal, fue trasladado en 1980, con tipicidad independiente como acceso carnal abusivo dentro del género delictual del abuso sexual (arts. 303 C.P. de 1980 y 206 C.P. de 2000)

De la misma manera el abuso sexual por aprovechamiento de las condiciones de inferioridad o indefensión fue considerado en 1936 como una modalidad de estupro (art. 319 inc. 2º) y fue reubicado como la tercera forma de abuso sexual bajo la denominación -que aun padece de algunas imprecisiones, como habremos de observarlo- de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir (art. C.P. de 1980 y art. 210 C.P. de 2000).

Finalmente, el abandono de la teoría de la violencia presuntiva coadyuvó a la reestructuración del clásicamente llamado delito de corrupción de menores, que ahora en sus aspectos rescatables y válidos queda inmerso en el delito de actos sexuales abusivos, eliminándose de un tajo la incriminación de la acción “corromper” que se torno inmanejable desde el punto de vista hermenéutico y probatorio.

TEMA VII. ACCESO CARNAL VIOLENTO. Agravación genérica. Aprovechamiento de la confianza depositada por la víctima. Hipótesis. “La Procuraduría anota, en primer término, que el cargo adolece de falta de precisión técnica por no haberse planteado por aparte cada uno de los tres motivos de casación que contiene el inciso 1º. Del numeral 1º. Del artículo 580 del C. P. Penal.

“1. Por lo que hace al primero de ellos conceptúa el Ministerio Público que no erró el sentenciador al tener en cuenta como una de las bases de agravación de la pena el rompimiento de la solidaridad social porque dice el lugar en que se ejecutó el hecho así como la edad de la ofendida, las vinculaciones entre ellas y los hijos del procesado y la personalidad de éste “causan una mayor trauma en el grupo social, aumentando en grados su gravedad”.

“La Sala, al examinar los motivos de agravación de la pena que en esta parte expone la sentencia recurrida, encuentra que no es el trastorno de la solidaridad social, en general, lo que toma en cuenta sino el valor que consiste en la “solidaridad entre personas agrupadas en un mismo barrio residencial, vecinas entre sí, y que si en ocasiones no tienen vínculos permanentes que las acerquen, al menos guardan las debidas distancias sin menoscabar con ataques alevés capaces de resquebrajar esos lazos de convivencia”.

“Se trata, pues, de un concepto particularizado, específico, de la solidaridad social, referible a personas determinadas, no aquél otro amplio que se proyecta sobre todo el conglomerado social, sin especificación de personas ni de sitios.

“Teniendo en cuenta lo que se acaba de decir se concluye que el sentenciador no quebrantó el principio “non bis in idem” al agravar la pena con base en el rompimiento de la solidaridad específica a que se ha hecho referencia ya que el hecho de convivir, en un mismo sector, con varias personas impone a los vecinos deberes especiales de consideración por la comunidad de intereses y, a veces, hasta de afectos, que se forma entre individuos que residen a poca distancia unos de otros.

“En el presente caso, esa vecindad creó vínculos entre la menor ofendida y los hijos del procesado, en forma que aquélla no

experimentaba temor alguno de entrar en la casa de éste, como lo hizo el día de autos.

“Aprovecharse de esa confianza es un índice de mayor peligrosidad en el agente y, por lo tanto, hizo bien el Tribunal en tomar en cuenta esa circunstancia para agravar la pena, basándose en la facultad que le da el artículo 36 del Código Penal para valorar las modalidades que acompañan al hecho delictuoso. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 5-07-72, Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto)

N.V.A. Art. 211 C.P.

COMENTARIOS

Se agrava la punibilidad si el agente tiene sobre la víctima un especial vínculo de autoridad o su condición la mueve a depositar en él su confianza. El aprovechamiento de tales circunstancias, aplicable a los dos géneros delictuales a que se refiere la norma, se erige en medio de comisión que proporciona eficacia a la actuación delictual.

La norma con algún acierto utiliza expresiones amplias, evitando con ello la enunciación casuista; el carácter es situación especial del sujeto en el ámbito social que proporciona autoridad, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua es la “señal que se imprime, pinta o esculpe en algo” en la sexta acepción es el “conjunto de cualidades o circunstancias propias de una cosa, de una persona o de una colectividad, que las distingue, por su modo de ser u obrar, de las demás” y la séptima acepción “condición dada a alguien o a algo por la dignidad que sustenta o la función que desempeña. El carácter de juez, de padre.”; así, en esta expresión quedan incluidas, las relaciones filiales, maternas y paternas, por ejemplo.

La posición es la categoría o nivel que se posee en el campo económico, político, profesional, etc.; la norma al hablar de “cualquier posición” que proporciona autoridad, va más allá de la simple relación natural para abarcar situaciones socio-culturales tales como la del sacerdote o pastor para con sus feligreses o discípulos o la del profesor para con sus alumnos.

El cargo es la investidura profesional que posee el agente sea en el sector oficial o privado; entonces comprende toda relación de

subordinación por relaciones laborales, profesionales y aun políticas, el patrono para con sus empleados, el jefe para con sus subordinados o el médico frente a su paciente.

En el abuso sexual de menores de catorce años, la norma lleva incluido el aprovechamiento del adulto de la confianza que puede depositar en él la víctima: derecho de los niños a confiar en los mayores; de acuerdo con lo anterior esta circunstancia de agravación se refiere en realidad a condiciones especiales que incrementan la relación de autoridad y confianza, hasta convertirse en un vínculo de dependencia –connotación subjetiva de naturaleza espiritual, laboral o familiar, por ejemplo-; el agente está en una posición de ascendencia o privilegio personal que le permite alcanzar más fácilmente su objetivo criminoso.

Adicionalmente entendemos que las relaciones de autoridad implican deberes recíprocos entre quien la detenta y quien es objeto de ella los cuales son violentados por el primero, por cualquiera de las acciones incorporadas al precepto, por lo que la reacción punitiva ha de ser más severa dado el incremento del desvalor social de la conducta.

Esta agravante ha de derivarse siempre en el plano subjetivo pues la autoridad y la confianza prescritas no pueden concluirse mediante un documento de nombramiento o un contrato laboral sino que debe proceder el examen de las circunstancias y condiciones en las que los dos sujetos desenvuelven la respectiva relación y así verificar si de tal desarrollo puede colegirse situación ventajosa para el agente en el camino delictual.

Ahora bien, si el carácter o la posición del agente respecto de la víctima se encuentran dentro de los grados de parentesco señalados en el tipo de incesto, vale decir, ascendiente, adoptante, hermano, no podrá aplicarse el delito agravado, sino el concurso entre el respectivo delito sexual y el incesto. Por tanto la particular autoridad del victimario o la confianza que deposita el sujeto pasivo no pueden provenir de los referidos vínculos parentales. Se incluyen por vía de ejemplo las relaciones entre niñera e infante, juez y quien va a ser juzgado, militar y subordinado, padrastro e hijastro. (Cfr. ARENAS, Antonio V., ob. cit. p. 353)

Sobre el punto es oportuno precisar que el abuso de la posición distinguida del agente se encuentra regulada de manera genérica como circunstancia de mayor punibilidad por el artículo 58 N° 9;

no obstante en dicha norma se comprenden todas las situaciones que colocan al sujeto pasivo en imposibilidad o dificultad para defenderse frente al ataque antijurídico. El procurar tales condiciones o aprovecharse de ellas, manifiesta mayor determinación criminal, a la vez que facilita la comisión y eficacia del delito. En virtud de la situación en que es colocada o encontrada la persona, se anula o se suprime la capacidad de defensa, o por lo menos se resta idoneidad a la misma; no es necesario que estas circunstancias determinen directamente el perfeccionamiento del delito, basta con que su aprovechamiento facilite la ejecución o "economice" tiempo o medios al agente; desde otra óptica estas condiciones no necesariamente deben imposibilitar la defensa, tan solo deben obstaculizarla o disminuirla.

En el precepto genérico se trata de condiciones objetivas del agente -quien realiza directamente los elementos estructurales del tipo-, y en relación directa con la situación del sujeto pasivo, con lo cual quedan comprendidas en la agravante la niñez, la ancianidad, el estado de sueño, la enfermedad; pueden haber sido provocadas por el sujeto como la embriaguez o la ingestión de sustancias sicotrópicas, igualmente pueden consistir en condiciones de naturaleza permanente como el trastorno mental o la invalidez,-ceguera, sordomudez, parálisis, etc-, todas reflectivas de un estado de superioridad en el actor. Naturalmente la norma general debe ceder en su aplicación a la agravante especial que estudiamos, siendo improcedente su examen simultánea.

TEMA VIII. ACCESO CARNAL VIOLENTO. Delito formal o de mera conducta. Elementos estructurales.

“En cambio, sí interesa afirmar, de acuerdo con la unanimidad de la doctrina y de la jurisprudencia, que el delito de violencia carnal es delito de naturaleza formal, o si se quiere, de mera conducta en el sentido de que para su perfeccionamiento no es necesario que se produzca un resultado material u objetivo, separado de la conducta y que señalaría el momento consumativo del delito. No, en este delito, las dos acciones el empleo de la violencia física o moral, (amenaza) y el acceso carnal así logrado, agotan la infracción, sin que sea necesario, se repite, que se haya producido una modificación del mundo exterior, que pueda considerarse como diversa de la conducta típica. Es decir, que puede afirmarse, como lo hace algún autor, que el delito de violencia carnal está todo en el comportamiento, en cuyo agotamiento, presentes las eventuales

condiciones queridas por el precepto, está la ofensa al interés protegido. El evento o resultado, si es que de él puede hablarse desde el punto de vista estrictamente jurídico en este delito, o sea como ofensa, no puede ni debe considerarse como un efecto de la acción del culpable, sino que todo el delito está integrado por la modalidad de la acción ejecutiva. El acceso carnal se mezcla íntimamente con la conducta violenta, y por ello, no puede considerársele como efecto o resultado de la misma. Hay pues, una fusión total entre la conducta violenta, y el acceso carnal, que si se lo quiere considerar como evento, hay que darle el valor de resultado jurídico o sea, de ofensa al interés tutelado. La característica esencial del ilícito que se considera, está fundamentalmente en la modalidad de la conducta que se exterioriza como violencia física o moral, esta última, más técnicamente entendida como amenaza. La violencia, escribe Antonio Peroraro-Albani, puede definirse como la exteriorización de energía física que trascienda en perjuicio físico de una persona o cosa. El obvio que para las cosas no puede tratarse de otro perjuicio. Propiamente es violencia la conducta del hombre que tienen el indicado carácter. Violencia es la calificación de un comportamiento que se desarrolla mediante energía físicamente lesiva. El contenido de la violencia es la fuerza material, física. Violencia es fuerza activa. Sin embargo la exteriorización de una energía física que excede un perjuicio físico puede también comprometer a la persona no ya en su aspecto orgánico o corporal, sino como ser que actúa.

“También, a los fines de esta especie de tutela la violencia puede configurarse siempre que existan los mismos extremos conceptuales que se predicen de la violencia contra la persona en su integridad física, pero, con la peculiaridad propia del objeto diverso que se agrede. Este no puede ser sino la capacidad de la persona para obrar, la cual es removida desde fuera de un modo mecánico, material. En síntesis, el costreñimiento de la voluntad ajena se puede conseguir con hechos que entran en el ámbito de la agresión a la conlunidad, puede realizarse también con hechos que, aun cuando no atentan conatentan contra la incolumidad corporal, se traducen siempre en un perjuicio físico para la persona, en cuanto la privan de la posibilidad de la acción, de la conducta externa”. (II concetto di violenza nel diritto penale, Giuffrè, 1962 páginas 29 y ss). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 23-08-73, Magistrado ponente doctor Jesús Bernal Pinzón).

N.V.A. Arts. 205, 212 C.P.

COMENTARIOS

El Código Penal Sustancial de 2000, trae como innovación, la definición positiva o normativa de lo que se entiende para efectos punitivos por acceso carnal –no solo en referencia, como equivocadamente dice la norma, a los delitos de violación, actos sexuales abusivos y sus disposiciones comunes, pues entendemos que la definición debe ser aplicada como elemento normativo de toda la parte especial así por ejemplo al incesto- (Cfr. PABÓN PARRA, Pedro Alfonso, Delitos contra la familia, Editorial Leyer, Bogotá, 2001, p. 333 y ss.); pero ha llegado el momento de estudiar dicho concepto con el detenimiento requerido.

En derecho colombiano, para efectos penales, se entiende por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, la penetración por vía vaginal o anal del cualquier parte del cuerpo humano y la penetración por vía vaginal o anal de cualquier otro objeto.

Esta explicación normativa mereció las siguientes explicaciones por parte del proponente del proyecto que se ha convertido en nuevo Código Penal: “Se plantea una norma que define claramente lo que debe entenderse por acceso carnal –art. 206 (Proyecto)- eliminándose de un solo tajo las innumerables controversias doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre el concepto” (Exposición de motivos, Proyecto de Ley No. 40 de 1998, Senado, Gaceta del Congreso No. 139 P. 13).

Si bien es cierto “la eliminación de un solo tajo” de la discusión doctrinal, sobre el punto es ambición plausible desde el punto vista dogmático, también se trata de pretensión idealista y utópica, por no decir ilusa; la historia de las legislaciones colombianas, para no ir mas lejos, en todas las ramas del derecho, nos demuestra que entre más exhaustivo, definidor y taxativo pretenda ser el redactor, mas posibilidades de discusión ofrece, y, lo mas grave mayores posibilidades de esquince o burla de la norma introduce y, finalmente a mayores y más asiduas criticas se ve sometido, la construcción de la realidad por el derecho siempre ha sido una vana pretensión, pero sobre todo una forma de proceder anticientífica.

Así, es imposible, ya lo hemos estudiado, eliminar la discusión sobre la posibilidad de la mujer de ser sujeto agente de violación por penetración del miembro viril, nosotros hemos llegado a este punto a una conclusión positiva, en contra de la doctrina

tradicional, pero esta exhaustividad definitiva –concluyente según la pretensión ambiciosa del proponente- tiene innegables consecuencias criminológicas –suponemos que se estudiarían y reflexionarían, pues cabe controvertir la mayor y más grave afrenta que sobre el bien jurídico hace la penetración peneal –anal o vaginal o instrumental –otros objetos- que la fellatio, ya cierta doctrina se ha pronunciado al respecto (Cfr. MUÑOZ CONDE, ob. cit. p. 419); pero de lege data no podrá ahora discutirse la existencia de la violación; pero la doctrina no puede renunciar a las consideraciones de lege ferenda así el proponente haya querido eliminarlas. Desde el punto de vista dogmático la adopción puede tener algún valor, no lo negamos pero sea como fuese no nos gusta la expresión “eliminar de tajo la discusión doctrinal”, ésta siempre ha demostrado ser mas fértil que el legislador y una de las funciones fundamentales de este es precisamente recogerla y acatarla, en la medida de su razonabilidad. Con estas consideraciones incorporamos al presente acápite el estudio de la definición normativa de acceso carnal y sus vicisitudes doctrinales.

TEMA IX. ACCESO CARNAL VIOLENTO. Desfloración y lesiones personales. “Sobre este último particular, el tratadista VICENZO MANZINI anota lo siguiente en su obra “delitos contra la libertad y honor sexuales”, (Traducción del Doctor Jorge Guerrero, editorial “Temis”, Bogotá, 1.947, p.53) :

“ La desfloración no puede considerarse como lesión personal con respecto al delito de acceso carnal violento o abusivo, pues ella , en realidad, es un echo fisiológico, y no patológico, como en cambio debe ser la lesión.

“Más fisiológico si así puede decirse, que el de cortarse las uñas o los cabellos, el de circuncidar un recién nacido, el de abrir las orejas a una niña para ponerle aretes, etc.

Es un hecho necesario para actuar la completa unión carnal con una mujer virgen, y, por tanto, es un elemento constitutivo, eventual, del delito, así que no puede considerarse como delito concurrente o circunstancia agravante. Es muy cierto que la ley no exige la cópula completa, ni el coito con mujer virgen, pero tampoco la excluye de la noción del delito de unión carnal violenta o abusiva, y por esto, la ruptura del himen, si no es un elemento constitutivo necesario y constante de delito, es sin embargo, un elemento constitutivo eventual, lo que vale lo mismo. Pero cuando se habla de desfloración, simplemente se entiende siempre y de manera exclusiva al hecho natural y normal de la ruptura del himen. Sin, en

cambio, la inmadurez del sujeto pasivo, por brutalidad del acoplamiento, o por otra causa, la desfloración se asocia a hechos patológicos (laceración vaginal, etc.), no puede existir ninguna duda acerca de la naturaleza de lesiones personales de los hechos mismos". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 7-02-64, Magistrado Ponente doctor Humberto Barrera Domínguez)

N.V.A. Arts. 205, 212 C.P.

COMENTARIOS

Existen diferencias conceptuales entre las expresiones coito, copula y acceso carnal, ante lo cual frente a la incriminación y tratamiento punitivo de este comportamiento, esta última nos parece más acertada, aunque sin duda la menos elegante. Recordemos ahora simplemente que el coito es concepto restringido al ayuntamiento heterosexual procreativo, vale decir introducción peneal en el orificio vaginal o vulvar femenino; algunos lo denominan como noción restringida de acceso carnal (MARTÍNEZ ZÚÑIGA, ob. cit. p. 143); la cópula en sentido estricto es acción de unirse o juntarse, o que no alcanza a ser sinónimo absoluto de acceder o penetrar, la cópula es acoplamiento, pero para la acción examinada es necesario que se verifique una penetración física.

Con la nueva comprensión el llamado "coito perineal" sería el único evento excluido, ya que en él no hay introducción del asta viril ni de ningún otro elemento por alguno de los esfínteres, vasos o cavidades reseñados por la norma. (Cfr. ARENAS, ob. cit., p. 323)

Lo que hemos denominado acceso carnal propio tiene una acepción más amplia que el vocablo coito, que en sentido estricto sólo indica el acceso carnal heterosexual con virtualidad reproductiva, vale decir, cópula entre hombre y mujer por vía vaginal (Cfr. PACHECO OSORIO, Pedro, ob. cit., p. 292).

Hasta hoy la doctrina tradicional –nacional e internacional– mayoritariamente aceptada, comprendió que la acción considerada en el denominado acceso carnal violento correspondía a la noción lata o extensa del acceso, de acuerdo con la clásica definición de MANZINI: hecho en virtud del cual el órgano genital de una persona, sujeto activo o pasivo, es introducido en el cuerpo de otra, por vía normal o anormal, en forma tal que se haga posible el coito o un equivalente anormal de él. Como se observa esta

concepción que se denominó “extensa” en realidad restringía la penetración al miembro viril y no comprendía la vía oral.

Advertimos un paso adelante en la racional ampliación del concepto en la descripción que realiza GARONA citado por MARTÍNEZ ZÚÑIGA: “Penetración del órgano masculino, en cavidad natural de la víctima, con el propósito de practicar el coito, o acto que lo reemplace, siendo indiferente que la penetración se total o parcial, que se produzca o no desfloración, que se llegue o no a la seminatio (eyacuación) y, en consecuencia, que haya o no goce genésico; entendiendo por cavidad natural toda aquella que no fuere producida artificialmente”. (Cit. en ob. cit., ps. 143-144) Esta descripción que data de 1971 incluyó la penetración oral o bucal, pero conservó como exclusivo objeto de penetración el miembro viril.

A la luz del Código de 1936, fue prácticamente unánime la interpretación según la cual el acceso carnal incriminado bajo el verbo determinador “someter”, era el acto de penetración viril en alguno de los esfínteres, con lo cual el acceso carnal se entendió como un concepto más amplio que los de “cópula” y “coito”. Si bien en esta época se admitió, casi sin controversia, la incorporación de la penetración per anum al concepto de acceso carnal, no aconteció lo mismo con la felación la cual fue rechazada por la mayoría, en apreciación material y en visión apreciación histórica y sistemática; así se expresó MARTÍNEZ ZÚÑIGA al respecto: “... Creemos que esa acción no es un verdadero acceso. Basta recordar lo afirmado por el comisionado CARLOS LOZANO Y LOZANO, de que el acceso debe realizarse por los esfínteres, para quitarle al coito oral la calidad de acceso. Estamos de acuerdo con MAGGIORI cuando afirma que se trata de una simple forma de masturbación por medio de la boca. Por tanto, debe catalogarse como acto erótico sexual diverso del acceso carnal.” (ob. cit. p. 146) Con la misma fuente de interpretación histórica, BARRERA DOMÍNGUEZ parece extraer la similar conclusión ya a la luz del Código de 1980 (ob. cit., ps. 77-78). Por su parte MANZINI (ob. cit., p. 23) y URÉ (Ob. cit., p 16) ampliaron el concepto a la intromisión bucal.

Entre nosotros aconteció lo mismo con el maestro PÉREZ VELASCO: “Pero el coito oral no entra en la clase, porque respecto del artículo 259 (C.P. de 1980), queda comprendido dentro de otro acto erótico sexual previsto en él, y respecto de la violencia sexual, es materia del 229 (C.P. de 1980) ... En resumen, únicamente hay

acceso cuando se introduce el órgano masculino en la vagina o el ano de otra persona, pues el coito oral se incrimina según el artículo 299, y las demás perforaciones verbigracia, las quirúrgicas, no son esfínteres sino aperturas artificiales”. (ob. cit., t. III, p. 29)

Aceptó la concepción amplia PACHECO OSORIO aún frente a la legislación de 1936, “... es preciso colegir que el acceso carnal que aquí se trata no es sólo el que se realiza de forma regular, sino que también lo constituye la introducción contra natura del miembro viril en el cuerpo de otra persona, cualquiera que sea su sexo; siempre que ello implique unión y sea idóneo para saciar, siquiera en uno de los participantes, sus apetitos carnales, lo cual puede hacerse utilizando, además del esfínter anal, la boca.” (Derecho Penal Especial, t. III, Bogotá, Editorial Temis, 1972, p. 136). VALENCIA MARTÍNEZ excluye también frente al Código de 1980 la introducción bucal. (Delitos contra la libertad y el pudor sexual. Examen dogmático, Bogotá, Editorial Forum Pacis, 1993, p. 24)

ARENAS definió en los siguientes términos el acceso carnal:”...significa todo acto por el cual el órgano genital del sujeto activo o pasivo se introduce en el cuerpo de otra persona, por la vía normal o anormal de modo que sea posible el coito o un equivalente del mismo.” (Ob. cit. p. 322).

Por nuestra parte desde 1994 extendimos el concepto a la penetración por vía oral, así lo definimos: “Introducción total o parcial del órgano viril del sujeto activo en algún orificio o cavidad corporal por vía vaginal, rectal u oral, en sentido estricto, es penetración en el cuerpo, por lo que se aceptan estas tres formas de comisión”. (PABÓN PARRA Pedro Alfonso, Manual, 5 ed., p. 552).

Ya hemos observado como el Código español de 1995 en su artículo 179 incrimina de la siguiente forma el acceso carnal violento: “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos, o penetración bucal o anal, la pena será prisión de seis a doce años.” Con lo anterior la norma hispana parece conservar el más tradicional concepto de acceso carnal –equivalente a coito- al diferenciarlo nítidamente de la introducción de objetos y de la penetración bucal o anal. La norma nacional al no seguir esta comprensión estricta exige que hablemos de una parte de acceso carnal propio, el cual requiere siempre la penetración del asta viril y de otra de acceso carnal impropio cuando son otros los objetos o partes del cuerpo introducidos, en estos últimos casos, insistimos,

estrictamente no hay conjunción, no hay ayuntamiento, compenetración entre los partícipes, el acceso implica la asunción de un todo –unión inseparable, aunque momentánea, por ello la calificación de impropio que le hemos conferido.

La distinción a la que impele el nuevo texto normativo no le resta validez al fundamento incriminatorio equivalente –que parece claro- entre las dos subespecies de acceso, pues sin duda lo más importante aquí es la determinación de la gravedad del ataque al bien jurídico y el daño físico y psicológico sobre la víctima, aspecto fundamental que en nuestro concepto justifica la incorporación normativa, así lo expusimos tan pronto como fue expedido el nuevo Estatuto sustancial: “ De acuerdo con el criterio restringido, frecuentemente admitido en nuestra doctrina y jurisprudencia, a la luz de la legislación proveniente de 1980, las acciones de introducción que no fuesen realizadas con el órgano viril, sólo podían ser incriminadas como acto sexual violento (Art. 249 ídem) en absurda derivación, pues en tales eventos el daño físico, síquico y fisiológico es igual o mayor, lo mismo que la afrenta al bien jurídico protegido (PABÓN PARRA, Pedro Alfonso, Comentarios, ob. cit., p. 335).

TEMA X. ACCESO CARNAL VIOLENTO. Desfloración y minoría de edad. Hipótesis. “a).-En el auto de proceder respecto del delito de violencia carnal que D.B. consumó en G.A., niña de apenas once años y cinco meses, se dejó consignado esto :

“... Siendo menor de catorce años e impúber, fue sometida al acceso carnal y desflorada..... en cuyo acto o actos fue infectada de la enfermedad venérea denominada blenorragia, lo cual, como es obvio, se le causó grave daño en su salud que, de suyo, se agrava la infracción en los términos del artículo 318 del estatuto represivo”.

“Esta disposición legal, aplicada en la sentencia, señala como mínimo la pena de tres años de presidio, mínimo que, es obvio, no podía imponerse, aún sobre la base de que el delito consumado en la menor G.A. no obrara en concurso con otros delitos de la misma índole, teniendo en cuenta que la violación se llevó a cabo en mujer virgen y con la colaboración de otra persona, circunstancia que configura los agravantes de los ordinales 1º y 2º del artículo 317 del Código Penal, también actualizadas en el fallo impugnado.

“b).—Los tres delitos de la condenación del procesado D.B. obran en concurso material y entonces, como se hizo en el fallo acusado, tenía

que aplicarse el artículo 33 del Código Penal, donde se autoriza un aumento de pena, sobre la que corresponda en sí mismo el que se haya tomado como básico para la determinación de la sanción, “hasta otro tanto”, aumento que, desde luego, en su determinación concreta, queda a la discreción del juzgador.

“c).—El procesado D.B. registra antecedentes de mala conducta, factor en el que el fallo recava, enlazándolo con el concepto médico, donde se precisa que aquel es “un individuo de mucho peligro social”, para intensificar la pena por este aspecto, ya que ella, acorde con lo dispuesto en el artículo 36 del Código Penal, debe aplicarse “según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de menor o mayor peligrosidad que lo acompañe y la personalidad del delincuente”.

“d).—Dentro de las condiciones expuestas, bien fácil se comprende que el cargo formulado contra el fallo de la impugnación carece de eficacia, lo que significa que la causal de casación a cuyo amparo se hizo no puede prosperar.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 6-12-76, Magistrado Ponente doctor Simón Montero Torres)

N.V.A. Arts. 205, 212

COMENTARIOS

Es posible el concurso heterogéneo y simultáneo con delitos de homicidio y lesiones personales, los cuales en la generalidad de los casos deben ser imputados a título de dolo y no de imprudencia como lo enseña MUÑOZ CONDE (Cfr. Derecho Penal, parte especial, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 427) pues el desarrollo del medio violento implica con toda seguridad el conocimiento o previsión de consecuencias delictivas como las reseñadas. Aunque parece haber relativo acuerdo doctrinal sobre el punto, no sobra recalcar que el medio violento físico –contemplado en este tipo- no puede absorber la lesión personal, pues la violencia que aquí alcanza a quedar reprimida será la que se ordene y obtenga. Como único resultado el acceso carnal; ningún otro resultado está reprimido por el presente tipo. En el mismo sentido cabe la admisión concursal con el llamado “homicidio o lesiones sádicas”. También tendremos concurso heterogéneo y simultáneo con infracciones tales como la transmisión de VIH o hepatitis B.

Es ya clásica la admisión como concurso ideal –heterogéneo y simultáneo- de la presente infracción con el delito de incesto.

La violación también puede concurrir con delitos medio tales como el secuestro –heterogéneo y sucesivo- si el agente arrebatada o sustrae a la víctima dentro de los supuestos típicos del secuestro simple o extorsivo y en tal situación realiza todas las acciones descritas para el acceso carnal violento. En tal hipótesis debe derivarse el concurso de delitos y no el secuestro agravado. Bajo las mismas consideraciones se admite el fenómeno concursal con los tipos de detención arbitraria, fraudulenta internación en acilo o violación de habitación ajena, si como derivación de la situación creada con tales infracciones sobrevienen los actos propios del acceso carnal violento, en tales situaciones tendremos fenómeno concursal heterogéneo y sucesivo. Respecto de la violación de habitación ajena se ha de aclarar que se admite el concurso en atención a que el medio violento incriminado por el delito sexual ha de recaer sobre la víctima, sobre terceros afectos a ella o sobre cosas con la misma connotación, sin que se reprima la violencia a la privacidad domiciliaria; por lo demás, dicha infracción no exige estructuralmente el medio violento.

En referencia al delito de secuestro cabe admitir otra hipótesis concursal para el caso en el cual el medio violento ejercitado por sí mismo, constituya una privación momentánea de la libertad, en orden precisamente a la obtención del acceso, pero luego de producido tal resultado se mantiene a la víctima en situación de retención con alguna de las finalidades que reseñan los tipos penales respectivos, se tratara entonces de un caso de concurso heterogéneo y sucesivo.

El concurso homogéneo y simultáneo entre las tres modalidades de violación –arts. 205, 206, 207 C.P.- se excluye en virtud de los principios de la absorción y non bis in idem obviamente en supuestos de unidad activa, pasiva y de acción -pueden admitirse hipótesis concursales sucesivas. Realizado el acceso dentro de todos los presupuestos objetivos y subjetivos del artículo 205 los actos sexuales diversos, previos o posteriores a aquel quedan reprimidos al formar parte del respectivo proceso de consumación. El concepto de acto sexual diverso excluye la verificación de la penetración y, como tendremos ocasión de estudiarlo, el colocar a la víctima en incapacidad de resistencia estado de inconsciencia o condiciones de inferioridad síquica determina diferencialmente la naturaleza del medio utilizado excluyendo la violencia física o

intimidación; en presencia simultánea de los dos elementos descriptivos hemos de identificar cual de ellos ha sido la causa eficiente e inmediata del acto penetrativo con el objeto de realizar la exclusión pertinente.

TEMA XI. ACCESO CARNAL VIOLENTO. Embarazo. Prueba. Hipótesis. Con fundamento en las anotadas premisas fácticas, y las pruebas médicas que confirmaron el estado de gravidez de la supuesta víctima, los juzgadores declararon a A autor responsable del delito de acceso carnal violento, conforme a lo establecido en el artículo 298 del Código Penal, y dedujeron en su contra la agravante específica consagrada en el numeral 3º del artículo 306 *ejusdem*: “Si la víctima quedare embarazada”.

Al haber sido establecido, a través de la prueba nueva (dictámenes antropoheredobiológico y de ADN), que A no es padre biológico del menor C.A., el soporte fáctico jurídico del fallo se diluye, pues la nueva situación pone en evidencia que la relación sexual que determinó el embarazo sobrevino con persona distinta del sentenciado, y que éste, en consecuencia, no pudo ser el autor del hecho denunciado, al menos no dentro del marco de las afirmaciones y circunstancias precisadas por la testigo, que como se dijo, son las que sirven de soporte a la sentencia de condena.

Dicho contraste permite afirmar que la verdad histórica o realidad de lo sucedido no coincide con la verdad declarada en el fallo, y que la decisión de mérito, de haber sido conocida oportunamente la prueba de paternidad que sirvió de soporte a la acción, habría sido de carácter absolutorio, bien sobre la base de la declaración de inocencia del procesado, o de existencia de duda razonable sobre su responsabilidad, atendida la naturaleza y contenido de la prueba incorporada al proceso. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de revisión de, 15-10-99, Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll, Expediente: 14508)

N.V.A. Arts. 205, 211, 212 C.P:

COMENTARIOS

La gravidez no querida ni consentida, hace más gravosas las consecuencias de orden físico o moral para la víctima; esta circunstancia consideramos que se encuentra incluida en la agravante genérica determinada por el numeral 6º del artículo 58

C.P. la pena se agrava para todas la especies delictuales si el agente efectivamente hace más nocivas las consecuencias de la conducta punible. Se trata de la prolongación o intensificación innecesarias de la ejecución del delito, que buscan producir daños, lesiones o perjuicios adicionales a los que por su propia naturaleza produce el hecho cometido; para los delitos sexuales que estudiamos aquí, la agravante genérica debe ceder frente a la norma especial en fase de individualización punitiva.

Adicionalmente en la presente agravante encontramos como fundamento constitucional, la protección especial del estado de gravidez que reconoce y garantiza el ordenamiento Superior, definido y caracterizado por la Corte Constitucional: “La Constitución Política, a la inversa de lo que pensaron las directivas de los colegios y los jueces que negaron la tutela, toma a la mujer embarazada como sujeto de especial protección (artículo 43 C.P.), pues su estado, respetable en sí mismo, lejos de constituir motivo de rechazo, reclama una actitud pública amable frente a la próxima presencia de una nueva vida, circunstancia que, además, hace de la futura madre persona de especial vulnerabilidad.

“Por otra parte, la maternidad no debe ser estigmatizada. Si el embarazo se presenta de manera precoz, la niña que ha sostenido relaciones sexuales prematuras no tiene que ser señalada como transgresora del orden social y educativo, sino, más bien, comprendida en su circunstancia personal y encauzada y orientada por sus padres y maestros hacia el supremo acto de dar a luz y la responsabilidad que implica. En vez de ser excluida del proceso educativo, ha de ser acogida benévolamente por éste para redoblar los esfuerzos enderezados a su orientación y para evitar los daños que en su personalidad y en el rumbo de su vida -que sufre tan trascendental y precipitado cambio- puede provocar su situación. Una persecución por parte del establecimiento educativo, que sería el llamado a brindarle importante apoyo, puede acrecentar las razones de angustia, el sentimiento de frustración y aun provocar su actitud agresiva ante el inocente fruto de la concepción.

“La Corte no entiende cómo, de una parte, pueda proclamarse la defensa de la vida -como corresponde a la aplicación del artículo 11 de la Carta Política- y proscribirse conductas como el aborto provocado, y de otra, sea posible condenar a la mujer por el solo hecho de su embarazo, cual si fuera algo intrínsecamente malo, que mereciera castigo o constituyera causa de vergüenza.

“A nadie se oculta que las relaciones sexuales tempranas, especialmente en jovencitas que apenas arriban a la adolescencia, no son deseables en esas edades, pues afectan su regular evolución psicológica y el itinerario educativo, que resulta alterado, por lo cual se erigen en causa de justificada desazón para la familia y los educadores, pero no puede perderse de vista que a aquéllas se llega frecuentemente por la confluencia de factores diversos, casi siempre predecibles y previsibles, cuya presencia acusa por regla general fallas y equívocos en la formación familiar, en la instrucción y comunicación del centro docente y en los valores y principios que han debido inculcarse desde la más tierna infancia.

“Sin embargo, ya consumado el hecho del embarazo, la respuesta colectiva no puede ser, como en épocas afortunadamente superadas, la sanción social, el rechazo a la madre, su extrañamiento del seno de la familia, el desafecto, la censura, su exclusión del sistema educativo, ni la displicencia o agresión hacia el nuevo ser.

Halla la Corte, además, que el estado de embarazo crea ya un derecho inalienable, susceptible de protección y defensa: el de ser madre, que es sin duda uno de los fundamentales.

“Añádase que la mujer, en las condiciones descritas, tiene derecho, también fundamental, al libre desarrollo de la personalidad, a su intimidad, a la educación y a recibir trato igual respecto de sus compañeras, en cuanto la discriminación por razón de la maternidad carece de toda justificación.

“Es claro que ese conjunto de derechos merece la salvaguarda del Estado y que la tutela es mecanismo apto para su efectividad, si se tiene en cuenta que la postura insensible, incomprensiva e incomprensible de los centros educativos demandados se refleja en conductas que vulneraron sin ningún reato tales derechos”. (Corte Constitucional, Sentencia T-393, 19-08-97, Magistrado ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo

El acceso carnal propio heterosexual tiene naturalmente la potencialidad de ser procreativo y con ello de generar el estado de preñez en la mujer; esta situación de virtualidad debe ser cabalmente conocida –aunque a título natural- por el agente, si ello es así y se consolida la concepción procede justificadamente la agravación punitiva pues hay una verificación del riesgo que

incrementa la gravedad del hecho por sus consecuencias, las cuales no han sido aceptadas ni queridas por el sujeto pasivo.

También ha comprenderse que este segundo resultado aumenta la afrenta al bien jurídico protegido, tanto como afectación de la libertad sexual o del derecho a la integridad del proceso formación sexual del individuo. En el orden material un embarazo como el aquí considerado representa perjuicio síquico para la mujer, que se va a debatir en toda una gama de conflictos producidos por un estado de gestación no deseado, fruto de una relación sexual también verificada a contravoluntad.

Basta con la demostración del estado de gravidez, consecuencia del acceso punible, para que se consolide la agravante, sin interesar que tal estado se haya interrumpido –aborto, en sus diferentes clases- y en tal caso tampoco es relevante el lapso de tiempo transcurrido entre la concepción y el aborto.

TEMA XII. ACCESO CARNAL VIOLENTO. Formas de consumación. “I. El delito de violencia carnal, reviste tres formas de consumación, referida la primera, a la obtención del acceso carnal “mediante la violencia física o moral”, la segunda a la práctica de ese acceso carnal con “menor de catorce años”, aunque haya sido consentido, y la tercera, a esa misma unión con “persona a la cual se haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 29-11-65, Magistrado Ponente doctor Simón Montero Torres)

N.V.A. Art. 205 C.P.

COMENTARIOS

Por tratarse de un tipo de simple resultado naturalístico con connotación típica identificable, basta la simple realización de la acción descrita, en su reflejo material, para entender perfeccionado -mas no agotado- este tipo penal. Tampoco hablamos aquí de consumación, en concepción que venimos predicando desde hace algún tiempo, pues ésta entraña el examen de los otros factores dogmáticos del delito, vale decir la efectiva lesión del bien jurídico en los ámbitos formal y material, luego de lo cual será necesario precisar su no justificación ante el derecho y, finalmente, la consolidación del juicio de reproche en fase de culpabilidad. En otras palabras, venimos sosteniendo que la conducta típica se perfecciona, en sus aspectos objetivo y subjetivo

–tipos de mera conducta o resultado- la estructura comportamental se agota –tipos de conducta instantánea o permanente- y el delito en integralidad dogmática se consuma al poseer las connotaciones de típico –objetiva y subjetivamente-, antijurídico y culpable.

Pues bien el tipo penal de acceso carnal violento queda perfeccionado con el acto penetrativo, obtenido mediante la violencia implementada. El acceso efectivo consolida la acción, sin que, de acuerdo con criterio doctrinal mayoritario (Cfr. VALENCIA MARTÍNEZ, Jorge E., ob. cit. p. 58), interese que la introducción del instrumento penetrativo, que domina la acción descrita, sea parcial o total: penetración peneal, penetración humana natural o penetración mecánica. No interesa que se verifiquen contactos lubricos previos; el agente puede pasar de manera directa o inmediata a la introducción contra la voluntad del sujeto pasivo. De tal suerte que el perfeccionamiento típico surge con la inmissio peni, por cualquiera de las vías o ductos reseñados por el tipo o con la introducción de los otros instrumentos penetrativos considerados.

El tipo penal queda perfeccionado en las siguientes hipótesis materiales: Con el coito si el acceso es heterosexual, por vía natural –vaginal- y por ende apto para la procreación; con el acceso heterosexual contra natura o por vía anal; con el acceso homosexual contra natura o por vía anal; con la felatio in ore mal denominada coito oral sea de naturaleza homosexual –hombre, hombre- o heterosexual –mujer, hombre u hombre mujer-; con el acceso impropio heterosexual u homosexual -tanto hombre, hombre como mujer, mujer- de cualquier parte del cuerpo por vía vaginal o rectal y, finalmente por el acceso heterosexual u homosexual de cualquier otro instrumento penetrativo idóneo por vía vaginal o rectal.

Es indiferente para el perfeccionamiento típico objetivo cualquier otra manifestación fisiológica, anatómica o corporal; de tal suerte que puede estar precedido o rodeado de los denominados actos precoitales –caricias, besos, besos erógenos, etc.- o por el contrario continuar implementándose el medio violento por parte del agente; también es indiferente la duración de la operación accesiva la cual puede oscilar entre lo inmediato y lo paulatino; así mismo es irrelevante el tiempo de duración del acceso, bastará que se hay introducido a la otra humanidad el objeto penetrativo siquiera un instante; no obstante, todas las formas de acceso reseñadas, desde

la coital hasta la penetración de objetos o instrumentos pueden prolongarse por espacios de tiempo más o menos importantes, en tales situaciones con la primera dinámica penetrativa el tipo quedará perfeccionado, mas no agotado, pues la actividad puede prolongarse y adquirir algunos ribetes temporales de permanencia.

La anterior consideración reviste alguna importancia en orden a la intensidad de la culpabilidad y a la gravedad del daño –factores determinantes de la individualización punitiva y eventualmente configurantes de circunstancias genéricas de agravación–; es bien diferente, a dichos efectos, realizar la penetración incriminada por algunos segundos o en forma un tanto superficial a hacerlo –dentro de las circunstancias de contra voluntad exigidas– por espacios prolongados de tiempo muy especialmente cuando se trata de introducción de partes corporales distintas del pene o de objetos o instrumentos diversos; en eventos de exagerada duración de la intromisión o de penetración total de objetos de grandes dimensiones, en relación con el tamaño de la cavidad o ducto respectivos, el daño psicológico o físico para la víctima será mayúsculo, todo en orden no ya al perfeccionamiento típico sino al agotamiento y consumación delictuales y teniendo como última consecuencia la individualización punitiva.

De otra parte, y analizada la determinación normativa del acceso carnal realizada en el Código colombiano vigente, podemos afirmar que no es necesario el acoplamiento sexual en perfección anatómica o fisiológica, ni aún en los casos de acceso peneal pues sin duda las expresiones “acoplamiento, conjunción, dos que se vuelven uno”, inducirían a la exigencia de una penetración viril total que no es exigida por el tipo, según unánime consideración doctrinal.

Mucho menos serán necesarias las manifestaciones síquicas y fisiológicas de satisfacción sexual –eyaculación u orgasmo y consecuente fase de resolución–; en realidad el acceso carnal que alcanza conformación típica objetiva puede ser una relación sexual atrofiada desde los puntos de vista físico y síquico, en ella bien puede no presentarse las etapas de la respuesta sexual o ciclo del acto sexual; de hecho el medio violento ejercido las inhibirá, por lo menos para la víctima, en la mayor parte de los casos; así, pueden estar ausentes las etapas de excitación, meseta, orgasmo y resolución. Como conclusión podemos afirmar que sin introducción no puede haber acceso carnal perfeccionado, por

tanto, una vez determinadas la idoneidad e implementación del medio violento seleccionado por el agente, si este no logra introducir el respectivo instrumento de penetración, debemos desarrollar el examen de tipicidad objetiva frente a las varias posibilidades alternativas que seguidamente estudiaremos, dentro de las cuales encontramos como fundamentales: atipicidad del comportamiento en casos de inidoneidad del medio penetrativo; tipicidad frente a la eventual estructuración del delito de acto sexual violento en casos en los que al no alcanzarse la penetración buscada se hayan realizado actos sexuales diversos del acceso carnal siempre por medio violento y, finalmente, estructuración de la modalidad tentada.

Al afirmar que el tipo se perfecciona cuando se introduce el instrumento penetrativo en el cuerpo del ofendido, no hacemos más que desarrollar la clásica distinción de CARRARA entre delito consumado y delito agotado, plenamente aplicable a la presente infracción, con lo cual esta forma de violación se perfecciona con la simple introducción y se agota cuando se suspende la dinámica penetrativa, no cuando el agresor se ha satisfecho sexualmente llegando a la fase orgásmica como erradamente lo consideró alguna doctrina (Cfr. ARENAS, Antonio V, ob. cit. p. 326) como se observa el agotamiento tiene claros efectos jurídico-punitivos.

Así, para el perfeccionamiento del acceso carnal, dada la inequívoca expresión legal se exige entonces tan sólo “un mínimo de penetración (inmissio penis) dentro de la cavidad corporal de que trate –vagina, ano boca-“. (Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit. ps. 426-427). Esta misma doctrina, en forma que no aceptamos, afirma que las “dificultades probatorias probablemente hagan requerir en el coito bucal la eyaculación o inmissio seminis;” las dificultades que parecen sugerirse, pueden ser la ausencia de huellas, rastros, laceraciones, lesiones, etc., que suelen presentarse en la violación vaginal o anal y que se frecuentan en el acceso oral; en primer término tales huellas no se presentan siempre, ni son el único reflejo material de la voluntad negativa al acto, y, de otra parte, también pueden presentarse en accesos carnales voluntarios, con lo que, las mismas dificultades probatorias presentan las tres formas de acceso; ahora bien, tampoco podemos aceptar que la inmissio seminis solucionaría problemas probatorios pues los rastros de semen pueden permanecer espacios prolongados de tiempo y mediando sofisticados análisis técnicos en las cavidades vaginal y anal, pero en la boca el líquido seminal se diluye casi inmediatamente, siendo digerido o expulsado por el sujeto pasivo,

todo lo cual aún en el acceso oral, que por definición normativa siempre debe ser peneal, para el perfeccionamiento típico la expresión orgásmica masculina no es necesaria.

En los casos de acceso violento en menor de catorce años, sea hombre o mujer, la exigencia de una introducción total significaría, dada la configuración anatómica del sujeto pasivo la configuración de graves lesiones personales o incluso del homicidio en el agotamiento de la violación carnal.

Ha sido reiterada y tradicional la doctrina que no exige la desfloración para el perfeccionamiento ilícito; no obstante tal hecho, en varios pronunciamientos jurisprudenciales, se ha erigido en medio probatorio importante pero como ya lo isinuamos, en el estudio del sujeto pasivo, el acceso puede perfeccionarse en mujer ya desflorada.

La doctrina nunca ha exigido la eyaculación para esta consumación delictual MARTÍNEZ ZÚÑIGA cita a PUGLIA como doctrinante que proclama aisladamente dicha exigencia, la cual no encontramos del todo irracional dada la presencia, del complemento subjetivo implícito que hemos determinado en la finalidad lúbrica o de satisfacción sexual, que debe presentar el agente; en tal sentido la eyaculación significa la plena obtención de tal propósito, pero sin duda el diseño típico de la infracción ha excluido su efectivo logro como presupuesto objetivo en consideración perfectamente técnica y racional de que la protección punitiva no se surte frente a la satisfacción o consecución de todos los fines que se propone el agente –el fruto del delito-, sino en referencia al sujeto pasivo y concretamente al ataque al bien jurídico y en su compromiso radical surtido con la realización de la acción –criterio general que como se advierte es válido para toda especie delictual- y que en la presente infracción se observa con la simple acción de penetración simplemente parcial y sin perfección fisiológica.

De esta forma se descarta el simple coito vestibular, entendido como contacto externo de las partes pubendas de los sujetos intervinientes. La aceptación del criterio del principio de introducción no ha estado exenta de discusión: MAGGIORE planteó el problema del nivel de penetración necesario para que se considerara perfeccionado el ilícito, concluyendo que debía incriminarse el simple contacto a de nivel de violación, por ser una

noción cierta, mientras que el de introducción era equívoco. (Cit. en MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Lisandro, ob. cit., p. 333).

Sin duda el autor italiano no alcanzó a comprender la diferencia, hoy clara, y perfectamente delimitada a nivel normativo entre el acceso carnal y actos sexuales diversos del mismo, como referentes materiales con una diversa incidencia en el ámbito punitivo.

El mismo autor concluye a este respecto que: “La tesis de la introducción, o penetración, pertenece, como tantas otras, a la categoría de males necesarios, esto es, de planeamientos que, aun teniendo grandes defectos no han podido reemplazarse por algo menos malo. Y la penetración tiene sobre el contacto la ventaja de la menor dificultad probatoria relativa”. (Idem)

El problema no es semántico ni probatorio, la introducción define la conducta de acceso carnal violento, por lo que exigir el contacto es sin más modificar o ampliar la acción incriminada para comprender actos que no significan cópula o concubito; situación que se agrava si observamos la diversa afectación del bien jurídico en cada una de las mencionadas acciones. “...Cuando hay comienzo de penetración, ya sea está realizando el resultado, aunque la cópula no sea completa, y nos encontramos ante una consumación” (MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Lisandro, ob. cit., p. 334).

TEMA XIII. ACCESO CARNAL VIOLENTO. Huellas de la resistencia. Valor probatorio indicial. “Otro desafuero del sentenciador de segunda instancia recae en la actividad de la sana crítica, frente al dictamen médico legal que le fuera practicado al procesado, según el cual presentó "Cicatrices recientes, en número de seis, irregulares, dispuestas al azar, la mayor de 5 cms, unas rectas, otras lineales, situadas en la parte posterior del hombro y tercio superior del brazo izquierdo, que en su conjunto recuerdan uñas", "Cicatriz reciente, lineal, de 4 cms, oblicua, irregular, situada en la región escapular derecha", "Cicatriz reciente, lineal, irregular, oblicua, de 9 cms, más o menos intermitentes, situada en la línea axilar media izquierda en el flanco. Lesiones de origen contuso" (f. 125 cd. No. 1 - subraya fuera del texto-).

“Si la prueba pericial indica que esas cicatrices, ubicadas en la parte posterior del hombro y tercio superior del brazo izquierdo, son de uñas, aspecto que corrobora la observación de la Fiscal al escuchar en

indagatoria al procesado, en cuanto éste "presenta señales de arañazos en la parte de atrás lado izquierdo (hombro)", y "otra cicatriz como especie de arañazo en la parte superior de la cadera lado derecho" (f. 17 vto.), la visión en conjunto con la prueba allegada permite concluir que las lesiones demuestran un forcejeo reciente con otra persona, que en el caso materia de estudio indiciariamente se deduce fue con la menor, en la resistencia que ella opuso frente al ataque contra su libertad sexual, y finalmente contra su vida, lesión esta última que descarta que hubiera sido causada por los ganchos que aduce el procesado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 12-11-97, Magistrado ponente: Dr. Mario Mantilla Nougues, Expediente: 13.370)

N.V.A Art. 205 C.P.

COMENTARIOS

La doctrina tradicional concluye entonces que la violencia física ejercida debe ser eficaz para eliminar o anular la reacción repulsiva, analicemos con detenimiento esta exigencia doctrinaria.

En épocas no muy lejanas, la ley penal exigió límites de heroísmo en la reacción de la víctima, la cual debía manifestar una actitud de rechazo defensivo indeclinable, "continuo hasta la muerte", criterio que llevaba a afirmar el consentimiento del agredido ante las más pequeñas señales de desfallecimiento o flaqueza. Con el paso del tiempo, cuando se vieron desvanecer todo el elenco de postulados moralistas sobre el pudor, la obscenidad, la cultura uterina de culto al himen, sólo se exigió que la resistencia fuera seria más no eficaz, y que ella manifestara en forma clara el rechazo o repulsión hacia el acto típico, siempre en relación con las condiciones personales del sujeto pasivo, tanto físicas como psicológicas y, en directa referencia al acto forzado; se trataría entonces de una oposición material al acceso carnal, con lo que los actos que simplemente se dirigieran a demorarlo o a colocar obstáculos, podrían bien no traducir la repulsa; las acciones de defensa aquí consideradas deberían traducir materialmente el ejercicio del derecho de la víctima a no aceptar un acceso carnal que no quiere, que no desea y así lo debería manifestar en forma clara e inequívoca, pero sobre todo contundente; con lo anterior no se requeriría la "simple repugnancia" al acto como pareció exigirlo alguna doctrina (Cfr. VALENCIA MARTÍNEZ, ob. cit, p. 36 citando al argentino Ricardo C. NÚÑEZ).

Hemos concluido que la reacción u oposición de la víctima no es exigencia típica expresa en el presente delito -nos proponemos en los párrafos siguientes demostrarlo con la mayor insistencia posible- como parece enseñarlo la doctrina tradicional; exigencia que se hizo derivar del concepto de vis absoluta –aquella que anula o coarta la libertad-, al comprender que la falta absoluta de reacción, era manifestación de consentimiento, o en otros términos, la no repulsión del agresor por parte de la víctima haría nugatorio el medio violento es decir innecesario. La validez de tal planteamiento es relativa y por ello estimamos que debe ser abandonado como criterio interpretativo, pues desconoce la amplia gama de reacciones emocionales que pueden presentar los seres humanos ante la agresión violenta; en muchas ocasiones la víctima desde el primer momento puede concluir su absoluta impotencia para rechazar la fuerza que se le aproxima, basta pensar en una mujer de contextura frágil que ve acercarse a cuatro fornidos hombres que proceden en el acto a subyugarla y poseerla sexualmente, las manifestaciones de rechazo o defensa en una tal situación pueden ser mínimas y aún no manifestarse, sin embargo no cabe duda que el medio violento ha sido implementado y la anulación del consentimiento es manifiesta.

Así, el sujeto pasivo puede abandonar o no manifestar la repulsión por temor, impotencia, agotamiento o, sencillamente, por ejercer su sentido común y procurar evitar con su pasividad mayores daños para bienes jurídicos como su vida, salud o integridad. Tales actitudes no pueden por sí mismas ser consideradas como expresiones de asentimiento al acto realizado.

De esta forma pretendemos desterrar la concepción clásica, según la cual, al sujeto pasivo se le exige –en fase de tipicidad objetiva y subjetiva- una reacción manifiesta, mediante claros actos de defensa, resistencia, oposición y repugnancia; encontramos que ellos no son exigencia típica estructural tanto a nivel tácito como expreso; la norma, por fortuna, no posee las expresiones: “el que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia que haya sido inequívoca y adecuadamente resistida por ella, incurrirá en...”. La exigencia de los actos de resistencia tampoco puede deducirse como de presencia tácita en el tipo, pues se estarían excluyendo gran variedad de situaciones en las que ella puede ser imposible, atendiendo las circunstancias de comisión y las propias condiciones de la víctima. Deducimos entonces que el problema del consentimiento no es asunto de tipicidad objetiva o subjetiva, sino

que su presencia o exclusión deben ser examinados en el juicio de contradicción o antijuridicidad, momento en el cual se determina, desde un punto de vista material, la lesión del bien jurídico – libertad sexual- y la ausencia de justificación del acto típico, si no ha mediado consentimiento del sujeto pasivo.

De tal suerte que la defensa, oposición o rechazo son actitudes que contribuyen a la determinación de la ausencia de consentimiento, pero la no presencia de tales acciones no puede implicar, por sí misma, la voluntariedad del acto.

La resistencia, de esta forma, no tiene ninguna autonomía en cuanto a su calificación, no depende de sí misma en sus aspectos estructural y probatorio. La exigencia radical de la resistencia equivoca el camino del análisis dogmático entremezclando la calidad de la violencia –idoneidad del medio-, con la prueba de la existencia de la violencia, y con el tema de la ausencia de consentimiento por parte del sujeto pasivo. Las dos primeras evaluaciones son autónomas y pertenecen a la fase de tipicidad objetiva, la última pertenece al marco de la antijuridicidad.

Para reafirmar las anteriores afirmaciones baste pensar en el delito de hurto calificado por la violencia contra las personas, sin en tal situación el sujeto pasivo es amordazado o maniatado por el agente, no es posible exigir a aquel actos “inequívocos y adecuados de resistencia” para concluir que no ha expresado su consentimiento a la acción apoderativa, si ante la fortaleza o el número de atacantes, la víctima o víctimas se ven en absoluta imposibilidad de reaccionar u oponerse; si esto se ve claro frente al ataque patrimonial, nosotros lo vemos mucho más transparente frente a la agresión contra la libertad sexual, facultad que por estar comprendida dentro del derecho fundamental a la libertad individual, sin duda debe poseer esferas más intensas de protección.

La aparente reacción defensiva puede presentarse, y no obstante ella, demostrarse el consentimiento del sujeto pasivo; en múltiples casos, tanto en hombres como en mujeres, el decir o hacer que “no”, precisamente manifiesta el deseo y la aceptación, pues por el imperativo de patrones culturales, -la mujer o el hombre en determinadas situaciones – no pueden asentir o aceptar rápida y fácilmente el trato sexual, sopena de ser considerada como una “mujer fácil” y su “pudor sexual” puesto en entredicho; en estos casos se trata de una negativa o de un rechazo formal o

convencional, desaires aparentes que no impiden el acceso, en ocasiones el sujeto paciente acepta y desea algunos grados de violencia, sin embargo es pleno su consentimiento al acto. No olvidemos que la relación interpersonal –afectiva o sexual, para el presente tema- lleva incluidos nexos de poder y control de situaciones, que imponen a uno de los sujetos intervinientes actitudes de negación o rechazo, la cuales realiza en aras a la conservación o incremento de dicha posición de dominio.

El requisito de la defensa en múltiples ocasiones es de difícil observación, pues exige que se determine hasta donde la reacción de rechazo es adecuada, en cuanto fuerte y continua y hasta donde puede finalizar por agotamiento o impotencia; más adelante lo observaremos con detenimiento al criticar la caracterización material de la resistencia que elaboró la doctrina tradicional.

La violencia que se debe considerar en fase de tipicidad objetiva, ha de ser de suficiente magnitud para contrariar la voluntad de la víctima al acto, reiteramos, no puede ser relacionada con una resistencia potencial o real de ella y su idoneidad para repeler la agresión, pues es claro que tal oposición puede bien no presentarse sin que ello altere el juicio objetivo y subjetivo de tipicidad. La oposición o resistencia no puede medir la idoneidad de la violencia, ya que el sujeto pasivo bien pudo no haber resistido o haberlo hecho débilmente por las más variadas razones, ajenas al juicio de adecuación, como el temor, la impotencia, el ánimo frío, la vergüenza, o simplemente –como ya lo afirmamos- por el haber resistido al acto para “salvar el honor de las armas” o para excitar el apetito del agresor, pero todos estos aspectos deben ser examinados en fase de antijuridicidad positiva y negativa –efectiva lesión del bien jurídico y ausencia o presencia de eventuales justificantes-.

La oposición o defensa no es necesaria, tan sólo significa una de las múltiples formas como se puede demostrar la ausencia de consentimiento; se trata de un factor que posee una validez relativa, pues en prácticamente todos los casos, puede haber una defensa u oposición seria y correlativo ejercicio de la violencia que no dejen huellas: lesiones, hematomas, contusiones, etc.; la víctima puede tan sólo expresar su negativa dando voces de auxilio y el victimario proceder a maniatarla, ejemplo en el cual bien pueden no observarse huellas o manifestaciones de lucha –parece ser la exigencia tradicional- tales como desgarramiento de ropas, desórdenes locativos, gritos de protesta, alteraciones nerviosas,

expresiones que indistintamente bien pueden tildarse como huellas de la violencia ejercida por el agente o de la resistencia implementada por el sujeto pasivo, sin que a efectos típicos pueda modificarse el juicio de adecuación; si la valoración de las “huellas” puede ser tan ambivalente y relativa o estar del todo ausente, hemos de afirmar que nada puede aportar a la delimitación de la estructura del comportamiento objetivo.

La jurisprudencia de nuestra Corte de Casación hace ya varias décadas aceptó los anteriores criterios para situaciones de intervención plural en la parte activa del delito de violación, situaciones en las que la fuerza “no tiene necesariamente que consistir en efectos traumáticos, pues es fácil en una acción conjunta impedir a la persona a quien quiere someterse, todo movimiento defensivo o la acción eficaz de repulsa al hecho, o transformarse en una vis moral, por constituir franca y visible intimidación el obrar de consuno varios sujetos en orden a obtener el acceso carnal.” (Fallo julio 26 de 1960, Gaceta Judicial, tomo XLIII, p. 249, cit. por PÉREZ, Luis Carlos, ob. cit., p. 29). Pero las mismas conclusiones pueden aplicarse frente a un sujeto activo singular que posee superioridad de fuerza corporal con la víctima, o en cuya acción se observa equivalencia de fuerzas pero en quien la excitación del momento le lleva a ejercer altos niveles de agresividad y violencia, caso en el cual el movimiento defensivo o la acción eficaz de repulsa al hecho pueden no presentarse, sin que ello frustre la adecuación típica objetiva.

De esta forma el ejercicio de la violencia eficaz para contrariar la voluntad negativa de la víctima es el aspecto esencial del elemento típico “mediante violencia”. GÁRCON tangencialmente citado por el profesor PÉREZ VELASCO con una frase parece acercarse a la concepción que estamos presentando, para él el elemento constitutivo de la acción “es más bien la falta de consentimiento que la violencia implica” (ob.cit. ps. 29-30); la exigencia objetiva del medio violento dice relación con dos aspectos cardinales en la derivación integral de este punible: la efectiva lesión a la libre autodeterminación sexual de la víctima y la ausencia de consentimiento válido por parte de ella, con ello estamos identificando los dos aspectos medulares del juicio de contradicción: antijuridicidad positiva y negativa; razón de más para que el examen de la defensa o resistencia y de la emisión o no del consentimiento, pertenezca al ámbito del juicio de contradicción.

Como exigencia objetiva, la resistencia es hoy por hoy inaplicable en fase de tipicidad; así, el resultado de la acción puede alcanzar únicamente a dificultar el acceso, mas no a impedirlo por escasez de fuerzas o por la gran intensidad de la violencia ejercida; igualmente la reacción bien puede no tener ningún efecto en situaciones en las que la víctima se abandona, comprendiendo lo inútil de su resistencia; el reconocimiento de tales eventos no quita el carácter típico de la conducta.

Tradicionalmente la vis absoluta se identificó como aquella fuerza “con que a uno se le obliga a hacer o soportar lo que no quiere, por medios a los cuales no puede resistir.” (PACHECO OSORIO, Pedro, ob. cit., p. 294) Pero de acuerdo a los criterios anteriores este criterio absoluto, por impracticable, debe ser recogido, para entender la violencia aquí exigida en cuanto elemento descriptivo de medio, como aquella que contraría de manera idónea la voluntad del sujeto que la padece.

La doctrina tradicional considera como exigencia del medio violento considerado en el presente tipo que sea efectivo (Cfr. PACHECO OSORIO, Pedro, ob. cit. p. 294) o eficaz (PÉREZ, Luis Carlos, ob. cit., p. 31) con ambas expresiones se está caracterizando lo mismo: que el uso de los medios coercitivos o el despliegue de la energía física se destinen a “impedir o vencer la resistencia de la víctima”; con lo cual concluyen invariablemente que dicha resistencia debe estar presente de manera potencial o real”, sin considerar que la misma puede bien no manifestarse, ser absolutamente imposible e indeterminable en los dos referidos niveles. Esta concepción en realidad exige una reacción refleja impulsiva, instintiva, “animalesca” a la víctima, que en atención a las circunstancias del hecho o a su temperamento o constitución síquica y orgánica, bien pueden no presentarse.

La concepción tradicional del medio violento incurre en graves contradicciones; así, para el caso en el que el agente se encuentre provisto de armas y tan sólo considera la posibilidad de usarlas (ejemplo traído por PACHECO OSORIO, Pedro, ob. cit. p. 295) si aplicáramos el criterio tradicional de la violencia eficaz, en relación con el vencimiento de la resistencia, tendríamos que concluir que en tal caso no hay violencia si no se presenta el uso de las armas y como no hay violencia entonces tampoco podría haber reacción de resistencia, ante lo cual el sujeto pasivo aterrorizado por la presencia de las armas y su eventual utilización, se abstiene

obviamente de resistir, con lo que el criterio tradicional concluye que en el acceso obtenido de tal forma no está presente la violencia física y por tanto sería impune y concluye que en tal situación se presenta una “violencia presunta” (Ver, PACHECO OSORIO, Pedro, ob.cit., p. 295) la cual para esta doctrina sería inadmisibile como elemento estructural de la infracción.

No comprendemos como puede calificarse de “presunta” la exhibición de armas frente la víctima, de quien se requiere el favor sexual, cualquiera que sea el calificativo que se le dé es sin duda medio violento idóneo para contrariar la expresión libre de la voluntad sexual.

La doctrina que criticamos llega a extremos dramáticos de contradicción; por un lado no acepta que la exhibición de armas cargadas e idóneas para ser utilizadas contra la víctima, sea medio violento “físico”, pero por otra parte acepta como violencia de esta naturaleza el simple “comenzar a” descargar un arma desprovista de proyectiles llamándola “simulación de una violencia efectiva”, frente a lo cual considera que se trata de un efectivo medio violento (Idem., p.295) porque “se indujo a error a la persona ofendida pues respecto de esta concurren todas las condiciones de la violencia física.” (Idem). No comprendemos cómo una violencia simulada puede ser eficaz si es inidónea de manera absoluta, en tal evento encontramos atipicidad absoluta por carencia del medio, por este aspecto el ataque con un banano, con un arma descargada o un arma de juguete, es un medio violento inidoneo para contrariar la negativa de la víctima al acceso carnal debiendo derivarse, sin duda, atipicidad del comportamiento.

La violencia física que puede ser utilizada como medio en el presente delito, debe tener como características: idoneidad para sojuzgar la voluntad, continuidad, seriedad y suficiencia, con las salvedades materiales ya anotadas, todo en referencia directa a la obtención del acto propuesto como fin por el agente y efectivamente obtenido para la consolidación de la infracción; pero nada tiene que ver con la eventual, hipotética o potencial resistencia de la víctima.

Lo fundamental es la idoneidad sin que interese que el ejercicio de la violencia adolezca de interrupciones; no es necesario que

permanezca hasta la efectiva realización del acceso, pues mucho antes de ello la voluntad de la víctima puede haber sido sojuzgada, sometida o anulada alcanzándose la perfección típica del comportamiento y la propia realización antijurídica desde el punto de vista material. De acuerdo a lo anterior debemos hacer notar lo erróneo del pensamiento expuesto por PACHECO OSORIO, según el cual si la víctima accede a la penetración luego de que el agente ha suspendido transitoria o definitivamente el uso de la fuerza se debe comprender que no ha sido sometida mediante violencia a la cópula sino que la ha practicado por su propia voluntad caso en el cual no habría delito que reprimir (Cfr. ob.cit. p. 196) Nada más alejado de la realidad; la víctima puede tan sólo en apariencia acceder a la relación por cansancio, temor o impotencia y el victimario puede suspender el uso de la fuerza sencillamente porque considera que su víctima ya está vencida; la duración de la violencia, su permanencia o interrupción, lo transitorio o definitivo de la misma, son irrelevantes en el examen de la cabal consolidación de la infracción; sencillamente la violencia ha de ser idónea y determinante, realizada antes del acceso o en forma concomitante a él; idónea en cuanto capaz de anular la voluntad y determinante en cuanto se erige en causa eficiente del acceso obtenido.

ARENAS también coloca en relación el medio violento exigido por el tipo con su capacidad para vencer una supuesta resistencia de la víctima. Estima que la intimidación con armas es una forma de violencia física, además de citar como ejemplos el sujetamiento con cuerdas, la posición asfixiante de sometimiento, los golpes, la sevicia, etc., pero siempre que sirvan para vencer o superar la resistencia opuesta por la víctima (ob. cit. 323).

Desde la doctrina clásica se ha estructurado la conformación conceptual de la violencia en el delito de violación, como aquella que puede considerarse suficiente para vencer la resistencia opuesta, así lo enseñó CARRARA y a pie juntillas lo ha seguido nuestra doctrina tradicional (Cfr. Idem) exigiendo que la resistencia debía ser seria y constante, lo cual se deduciría mediante juicios hipotéticos: que la fuerza fuese suficiente para vencer la resistencia de una persona normal, que no se exigiera al violador prodigios de fuerza ni al violado actos de heroísmo (Idem), pero afloran las preguntas: qué pasa cuando no hay oposición o resistencia, pero el medio violento ha sido utilizado y el

acceso efectivamente realizado contra la voluntad de la víctima? ¿Debe asumirse o presumirse que cuando no hay oposición o rechazo físico hay consentimiento?

Por los argumentos dados anteriormente es claro que la expresión de la resistencia u oposición puede no darse en multitud de hipótesis fácticas y sin embargo consolidarse el delito de violación; debemos concluir entonces que no es necesaria la utilización del parámetro violencia-oposición y el concepto fundamental debe radicarse en la objetiva idoneidad del medio para contrariar la voluntad; por lo tanto proclamamos que deben ser recogidos de la hermenéutica de este delito requisitos ambiguos y subjetivos como la seriedad de la oposición de imposible valoración objetiva, es imposible comprobar cuándo la oposición es seria y cuando fingida sin tener que penetrar los más recónditos pensamientos, sentimientos y pasiones del sujeto pasivo, exigir esta supuesta seriedad en el rechazo equivale en la práctica a exigir su eficacia, requisito más que absurdo pues sería un imposible el examen de la consumación y la máxima incriminación viable sería la modalidad tentada.

La voluntad adversa al acto puede manifestarse de múltiples formas todas ellas inequívocas: el llanto, las voces de auxilio que en sí mismas no significan oposición material, física, corporal como lo ha enseñado la doctrina tradicional; reiterando que el consentimiento del sujeto pasivo es problema que se debe resolver en el juicio de antijuridicidad, se debe concluir que la simple negativa verbal o mediante gestos, habiéndose utilizado violencia física idónea, es suficiente (Concepto diametralmente opuesto emite ARENAS (ob. cit. p. 324); la actitud negativa, concepto muy diferente al de oposición, si debe ser seria en cuanto no simulada, aspecto que también debe estudiarse en la valoración antijurídica del comportamiento.

Pero la doctrina clásica también exige de manera un tanto irracional (Cfr. ARENAS, ob. cit., p. 324) que la mujer siempre debe oponer alguna negativa al acceso, considerando esto como un “fenómeno natural”, “una especie de afrodisíaco” que generaría el perfecto acoplamiento; conceptos estos de estirpe patriarcal y machista que contradicen todas las conclusiones científicas sobre la sexualidad humana; conceptos que deducen también, en forma

irracional, que la mujer que no manifieste su negativa, al menos inicial al acto o acceso carnal, debe ser considerada como mujer “fácil”, cuando no de vida disoluta; la negativa femenina sería “grata al varón y a la especie”.

Tales concepciones se olvidaron o no tuvieron la oportunidad de considerar que tanto el hombre como la mujer gozan de una igualdad sexual natural, ambos tienen los mismos imperativos sexuales instintivos y pueden alcanzar los mismos niveles de deseo y excitación sexual; este criterio llevado al plano punitivo no es más que la resultante de la atávica sobrevaloración de la virginidad y castidad femenina –figura también fuertemente utilizada por el moralismo judeocristiano-, concepción dentro de la cual el hombre tiene derecho a manifestar sin reservas su apetito sexual y la mujer debe reprimirse, so pena de aparecer ante la sociedad como prostituta, en este criterio de doble moral al hombre le es permitida la promiscuidad, la aventura sexual y la mujer debe aceptarlo o por lo menos tolerarlo resignadamente, a la mujer no se le permite la iniciativa sexual; por oposición este oscurantista pensamiento enseña, con todo error, que el hombre siempre debe estar dispuesto y nunca puede expresar su negativa a la relación sexual so pena de poner en entredicho su virilidad; conclusiones palmariamente negadas por las modernas investigaciones en el campo de la sexualidad, ellas demuestran que la igualdad sexual no sólo es una conquista jurídica y formal, sino un imperativo de la naturaleza, el cual ha hecho recoger las hipócritas reglas culturales que permanecieron durante siglos e impusieron, en el tratamiento punitivo de la violación, erróneos conceptos interpretativos y de aplicación como la vis grata puellis femenina; la mujer mediante su “simulada” negativa necesitaría “calmar conciencia”, guardar su “compostura social”, su “recato” y ello no significa nada más que la “patente de corzo” para la violación radicada en cabeza del hombre, él podía hacer caso omiso de la negativa de la mujer y mientras más irrespetara esa negativa más hombre sería, si la mujer debe negarse por naturaleza y por imperativo cultural y religioso, el hombre puede desconocer este disenso con lo que a él le estaría autorizado el uso del medio violento; nada más contradictorio, nada más injusto, nada más opuesto al bien jurídico que aquí se pretende tutelar, llegando a descriminalizarse la “dulce violencia seductora”.

Pues bien, al incorporar la resistencia dentro del propio concepto de medio violento, la doctrina tradicional exige que sea constante y continuada, es decir, exige una denodada lucha de la víctima, CARRARA llegó a hablar de “resistencia sostenida hasta el último momento” con lo que se requeriría oposición prácticamente hasta el momento en el que la víctima estuviera a punto de perecer por agotamiento, sólo en tal instante podría suspender la resistencia para que su derecho sexual vulnerado obtuviera protección del derecho penal; ya también hemos demostrado cómo la víctima puede verse impotente desde el primer momento para repeler la agresión, sea por la naturaleza del medio utilizado, por la fortaleza o el número de agresores, sin que ello pueda ser considerado siquiera como un leve indicio de consentimiento; ya hemos concluido que si el medio violento es idóneo para quebrantar la voluntad basta la simple negativa.

En múltiples hipótesis de comisión las expresiones de la resistencia pueden no observarse y sin embargo estructurarse el delito de acceso carnal violento; imaginemos a la mujer accedida sexualmente por tres corpulentos hombres en paraje solitario, todos exhiben armas y utilizan fuerza física procediendo a sujetarla, como expresión de su negativa la mujer alcanza a huir unos pocos metros para caer absolutamente impotente en manos de los agresores, no encontramos razón para que el derecho penal le exija que luche desafortadamente, que permita se le propinen golpes y lesiones, que procure impedir o impida efectivamente “hasta el último momento” la agresión, pues sólo si exhibe hematomas y heridas, el derecho punitivo aceptará que ha sido violentada; de ninguna manera, la mujer puede interpretar la situación y no oponer resistencia alguna –no porque quiera el acceso en tales condiciones, sino porque concluye que cualquier oposición será ineficaz, porque ve que está en condiciones de absoluta inferioridad e impotencia, porque considera que su oposición será únicamente causa de lesiones más graves, de males mayores para ella, sin que en tal situación pueda estimarse racionalmente que el acceso ha sido consentido, pues no cabría duda que el medio violento utilizado fue perfectamente idóneo para contrariar la expresión negativa.

De la misma manera el anciano que pretende acceder a la bella, esbelta y ágil joven, utilizando tan solo su fuerza muscular; en tal caso la víctima no podrá aducir que no opuso resistencia, que no

huyó, que no se deshizo del agresor por temor o impotencia, caso en el cual tendríamos que concluir que la violencia ejercida no era idónea para contrariar la voluntad del sujeto pasivo. Consideramos que basta la prueba de la negativa mas no de la resistencia, por ello recogemos la doctrina que exigía que hubiese huellas de violencia en el cuerpo de la víctima, nada más absurdo e irracional, pues de acuerdo con tal tratamiento interpretativo el sujeto pasivo no sólo debía padecer el ataque contra su libertad sexual en el ámbito más íntimo de su ser, sino que debía luchar hasta que su cuerpo quedase lacerado, sólo así la justicia entendía que había sido objeto de violación, el cuerpo debía estar herido o maltratado, las voces debían ser desgarradoras, de lo contrario la negativa y subsiguiente resistencia no habían sido expresas, serias y constantes.

La accidentalidad del elemento “resistencia de la víctima” es aceptada de cierta forma por MARTÍNEZ ZÚÑIGA, aunque sólo a título excepcional: “Es cierto que en muchos casos uno o varios sujetos pueden ejercer sobre una débil mujer una violencia física verdaderamente absoluta que anule por completo no sólo su voluntad sino cualquier amago de resistencia: Es el llamado constreñimiento físico, donde poco papel desempeña el estado síquico ya que reduce a la persona a la calidad de ser inanimado. Sería la vis atrox, esto es la violencia física llevada al máximo de brutalidad, de irresistibilidad.” (ob. cit. p. 216).

Adicionalmente, la resistencia desde el primer momento puede ser anulada o neutralizada por el atacante, cuando emplea la violencia física coadyuvada de la amenaza de que a una mayor resistencia que ponga la víctima, mayor será la energía muscular que se aplique por parte del agente. En desarrollo de lo anterior muy acertados son los criterios que expone MUÑOZ CONDE: “No es necesario, por tanto, una resistencia continuada del sujeto pasivo que puede, para evitar males mayores, “consentir” el acceso carnal apenas comiencen los actos de fuerza. Desde luego, ha de haber una relación de causalidad adecuada entre la fuerza empleada y el acceso carnal.” (ob. cit. p. 421). Llevando el anterior planteamiento a sus últimas consecuencias, hemos de afirmar que ni siquiera es necesaria la resistencia del sujeto pasivo y que la utilización del concepto de “consentimiento” que nos refiere esta doctrina, reafirma que el examen de las expresiones del disenso o asenso pertenecen al momento antijurídico de la derivación del punible.

MARTÍNEZ ZÚÑIGA parece atender al problema de la idoneidad cuando afirma: “No sólo debe pensarse, pues, en la objetividad de la violencia misma sino en la innegable circunstancia de que ella a pesar de su calidad física, puede buscar y aún obtener un efecto psicológico voluntario o inconsciente: el doblegar por el temor o por el miedo la psiquis de la víctima, esto es su constricción síquica.” (ob. cit. p. 215).

El mismo autor siguiendo a CONTIERI parece aceptar, de soslayo, el concepto que admite la idoneidad para coartar la voluntad por encima de las manifestaciones de resistencia, cuando afirma “no ocurre que la violencia física usada para constreñir a la unión de los sexos, opere en modo tal que anule la voluntad del ofendido, sino que es suficiente que coarte la voluntad”, del anterior acertado planteamiento el autor nacional alcanza a descartar como elemento de la violencia su irresistibilidad absoluta.

Consideramos que en fase de tipicidad objetiva los dos elementos fundamentales son: ejercicio o utilización del medio violento e idoneidad del mismo para coartar o anular la voluntad negativa del sujeto pasivo. El consentimiento ya hemos demostrado que hace parte del tema de la justificación; la resistencia u oposición no es elemento esencial de este delito, es del todo accidental o contingente, servirá para demostrar con alguna certidumbre la ausencia de consentimiento y por tanto la no justificación del comportamiento, pero hay múltiples formas adicionales de demostrar la ausencia o presencia de esta justificante, entre ellas, la más importante, la intensidad e idoneidad del medio violento ejercido.

*En realidad no encontramos otra explicación para que nuestra doctrina, en forma tan reiterada exija la resistencia para la conformación del tipo, que la propia antitécnica redacción del artículo 316 del Código de 1936 que a la sazón exigía, expresamente, la ausencia de consentimiento de la víctima, con lo que nuestros doctrinantes de la época exigieron que la ausencia de tal consentimiento tuviese reflejos materiales u objetivos y acudiendo a los clásicos conceptos de *vis atrox* y *vis grata puellis* para, en el primer caso, establecer una excepción y no exigir resistencia y en el segundo presumir la expresión del consentimiento por la ausencia de resistencia real.*

TEMA XIV. ACCESO CARNAL VIOLENTO. Prueba. Bien jurídico. “1. El medio más adecuado y casi necesario para establecer el cuerpo del delito, de violencia carnal, en su elemento de acceso carnal, es el reconocimiento médico pericial de la persona ofendida.

“2. Según el tenor literal del inciso segundo del artículo 316 del Código Penal, basta que se compruebe que se realizó un acceso carnal en un menor de catorce años para que el delito de violencia carnal tenga existencia legal y para que el responsable sufra la pena correspondiente señalada en dicha disposición, aunque no se trate de una mujer honesta y aunque la víctima del delito realmente hubiera prestado su consentimiento.

“El inciso 2º del artículo 316 del Código Penal no consagra expresamente ninguna clase de presunción, pues su texto no habla de presunción de derecho ni legal como generalmente se supone; esta norma únicamente señala de una manera general, las condiciones o requisitos de tipificación de una violencia carnal especialísima. Lo que ocurre es que el legislador para dictar dicha disposición seguramente tuvo en cuenta o se inspiró en la presunción humana de que el menor no ha cumplido la edad que fija la ley en este caso, no ha alcanzado el grado de conocimiento y madurez necesarios para obrar libre y conscientemente en la práctica de los actos sexuales.

“3. El bien que primordialmente trata la ley de proteger es la libertad y no la honestidad sexual como claramente se deduce de la calificación que el Código Penal le da al título XII del libro 2º en que está incluido el capítulo de la violencia Carnal.

“4. Cosa distinta es que el autor de una violencia carnal con una menor de catorce años quede exento de responsabilidad cuando se compruebe que aquel incurrió En un error esencial de hecho, no proveniente de negligencia, en cuanto a la verdadera edad de la víctima. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 8-09-61, Magistrado ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

N.V.A. Art. 205 C.P.

TEMA XV. ACCESO CARNAL VIOLENTO. Resistencia y oposición. Prueba. Hipótesis. “... los actos de reacción que dijo haber realizado (la ofendida) y que naturalmente debían presentarse

ante una violación a juicio del Tribunal no son convincentes, toda vez que el reconocimiento médico practicado a aquélla tres o cinco días después de los hechos no registró huellas de la patada ni de la fuerte opresión de su garganta y boca que dijo haberle impelido su agresor para dominarla y evitar que gritara. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de casación, 2105-96, Magistrado ponente: Dr. Carlos E. Mejía Escobar. Expediente 9253)

N.V.A Art. 205 C.P.

COMENTARIOS

La doctrina mayoritaria llegó a aceptar la resistencia sólo cuando fuese posible, afirmación que nos lleva a preguntar cuál sería el parámetro para determinar que ha existido la posibilidad de resistencia, o que, por el contrario, esta ha sido imposible, el cual no puede ser otro que el examen de las circunstancias materiales y personales del hecho y de las condiciones de los sujetos intervinientes, con lo que este elemento se torna en arbitrario y confucionista; si la violencia ejercitada es idónea para coartar la libertad, la consolidación del tipo se presentará cabalmente prescindiendo de que el sujeto violentado haya opuesto o no resistencia, que esta haya sido posible, seria y continua, etc. La valoración de la idoneidad ofrece ya suficientes problemas que imponen su determinación ad casum con claros componentes circunstanciales y subjetivos, para agregar otro, el de la resistencia u oposición que en nada aporta a la conformación típica estricta.

Desarrollando el concepto y los requisitos de la resistencia MARTÍNEZ ZÚÑIGA parecería admitir nuestro concepto sobre su accidentalidad e irrelevancia o por lo menos vacilar en la exactitud del concepto: "... lo que importa no es que la resistencia reúna alguna de esas características, sino que en el momento de realizarse el acceso no exista un verdadero consentimiento." (ob. cit. p. 220)

En otro párrafo advierte: "...el no ejercicio de la resistencia no desdibuja el tipo delictivo cuando ella no es posible... si la resistencia falta no significa que no se configure el elemento violencia como el caso del golpe fulminio que desmaya. A veces la víctima puede estimar completamente ineficaz la resistencia en contra de la violencia que ha comenzado a soportar." (Idem p. 221 citando a PECORANI ALBANI).

Otro parámetro que revela la absoluta irrelevancia dogmática del requisito de la oposición es aquél que determina que la víctima debe resistir hasta que le sea posible y durante el tiempo en que tenga oportunidad de hacerlo, pues se ve clara la indeterminabilidad de cuándo es algo posible y hasta cuándo hay oportunidad para realizarlo, en otros términos, cuál es el parámetro de lo posible ¿cómo se valora la imposibilidad de la resistencia? frente a esto debemos concluir que objetivar el asunto es tarea de la mayor dificultad y riesgo, aún frente al caso concreto.

La exigencia de las huellas de la resistencia para demostrar la ausencia de consentimiento también es de naturaleza relativa ya que las excepciones pueden ser la mayoría, en otras muchas ocasiones su relación con el acceso puede ser muy lejana y por tanto irrelevante, así el sujeto pasivo golpeado con un garrote en la cabeza no puede resistir, la única huella sería el hematoma el cual queda “en un sitio tal que su vinculación al acceso será lejana”, consideración que lleva a concluir a MARTÍNEZ ZÚÑIGA: “Menos huellas quedan cuando la sorpresa de la agresión ha petrificado a la mujer y le imposibilita la resistencia” (ob. cit. p. 223)

Para valorar la idoneidad de la violencia exigida se deberá acudir a todos los medios de prueba permitidos por la ley, en orden a la determinación de las condiciones de los sujetos y de las circunstancias del hecho. Tratándose de violencia física el examen de la constitución muscular y anatómica de los individuos será importante, en todas las formas de acceso carnal, no solamente en el acceso contra natura, como lo enseñó MARTÍNEZ ZÚÑIGA, teniendo en cuenta tanto las leyes de la naturaleza como los aportes de la anatomía y la fisiología; a este punto no se pueden establecer reglas fijas: ni la mayor edad, por ejemplo, significa mayor fuerza, ni la juventud significa inmunidad contra la gran cantidad de ataques por violencia física que pueden imaginarse. El examen de la forma como se ha realizado el acceso es un instrumento importante para determinar si hubo o no consentimiento; algunas posiciones coitales no pueden ser realizadas si no media la colaboración de los sujetos intervinientes.

TEMA XVI. ACCESO CARNAL VIOLENTO. Sometimiento por la fuerza. Conmoción síquica. “Considera el recurrente que la menor ofendida miente al acusar al sindicado de haberla sometido, por la fuerza, al acceso carnal y que está encubriendo a otra persona que sería el verdadero autor de la violación.

“Para llegar a tal conclusión, una de las primeras tachas que le formula al dicho de la menor es la de la forma como depuso en sus varias intervenciones y que llevan al demandante a considerar “compuesta” esto es, arreglada de antemano, la declaración, haciendo hincapié, para calificarla así, en que la menor dice no haber gritado, ni pedido socorro, ni intentado resistir.

“Anota la Procuraduría que la menor era en esos momentos víctima del terror y, hace suyos los conceptos de un eminente tratadista quien dice que en el miedo, los fenómenos de inhibición alcanzan tal intensidad que se producen manifestaciones de suspensión de la vida psíquica que pueden llegar hasta la muerte.

“La Corte, por su parte, añade que en los momentos de conmoción psíquica como el que debía sufrir la menor ofendida, si bien en algunos casos se pueden producir reacciones motoras de defensa como movimientos bruscos, gritos, etc., también suele suceder lo contrario, esto es, que se inhiba la psiquis y la persona queda, no sólo transitoriamente paralizada, incapaz de hacer frente a su agresor.

“El hecho de que la ofendida N.R. diga que no gritó ni se defendió, armoniza perfectamente con lo que se acaba de decir y al apreciar esta forma de testimonio de la menor, el Tribunal no pecó contra las normas de la crítica del testimonio, sino que las aplicó correctamente.

“La tacha que el demandante endereza contra el testimonio de la menor en el sentido de que su noción del tiempo que duraron los hechos no se acomoda a la realidad, tampoco es aceptable, por las mismas razones que se dejan expuestas en el aparte anterior, esto es, porque en el caso de una fuerte conmoción psíquica, se altera la noción del tiempo.

“No es posible pedir a quien ha sido presa de un miedo tan extremo que sus reacciones motoras han sido bloqueadas, que pueda hacer un cálculo exacto del tiempo que duró en acción la causa motivadora de la emoción.

“Es una verdad indiscutible que el tiempo psíquico es diverso del cronológico ya que aquél puede ser mayor o menor que éste.

“La tacha que se le hace al dicho de la menor porque ésta dijo en alguna de sus intervenciones que había entrado en del procesado en

compañía de uno de los niños y en otra afirmó que lo hizo en unión de tres menores, no se ve que pueda incidir en la credibilidad de su declaración del modo grave que afirma la demanda, que ese es un detalle de carácter accesorio, una circunstancia antecedente al hecho juzgado que no alcanza a desvirtuar la fe que merece, por su espontaneidad, persistencia y concordancia el dicho de la ofendida. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 5-07-72, Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto)

N.V.A. Arts. 205, 212 C.P.

TEMA XVII. ACCESO CARNAL VIOLENTO. Violencia como elemento típico. “Pero además, y este es factor fundamental, que siendo el delito de violencia carnal de mera conducta o formal, como se anotó, es incuestionable que el exceso, o que el ejercicio de la violencia que trasciende en resultados más graves, como lesiones personales u homicidio, debe, para ser considerado como mera circunstancia agravante del hecho, entenderse como una violencia. Es decir, que el exceso de violencia que causa el resultado más grave, que compromete la cuantía de la sanción debe examinarse primeramente, por su intensidad, y luego, por su íntima y necesaria relación con el hecho al cual se refiere o sea que debe ser una violencia excesiva, pero una violencia típica de...la violencia carnal. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 23-08-73, Magistrado ponente doctor Jesús Bernal Pinzón).

N.V.A. Art. 205 C.P.

COMENTARIOS

La violencia como medio de la acción. En nuestro sistema jurídico la violencia, como acción antijurídica, se divide en física y síquica, tradicionalmente denominada moral y, dentro de esta, la intimidación y la amenaza (Cfr. MARTÍNEZ ZÚÑIGA ob. cit., p. 181); esta doctrina divide el medio violento en personal y real, la primera a su turno se dividiría en propia e impropia y la segunda en natural y accidental (Ídem p. 192 citando como fuente de la última clasificación a ANTOLISEI.)

- Violencia física, violencia por fuerza. Concepto y características

Se citan las definiciones de ANTOLISEI y CONTIERI, el primero la entiende como “el empleo de energía física para vencer un obstáculo real o supuesto”; a su turno, el segundo la comprende

como “el empleo de la fuerza física o energía física sobre el ofendido o cosa inanimada” (Ídem p. 182). MUÑOZ CONDE considera que hay violación por fuerza “... cuando se aplica vis absoluta o cuando se emplea violencia física con la amenaza de que a mayor resistencia que oponga la víctima, mayor será la energía física que aplicará el delincuente” (ob. cit. p. 421). Habrá violencia con fuerza cuando se aplica vis absoluta, en directa referencia a la aptitud de anulación total de la voluntad de la víctima (Cfr. Idem)

VALENCIA MARTÍNEZ la define como “ la energía física aplicada por el hombre para vencer de manera absoluta la voluntad del sujeto pasivo.” (ob. cit., p. 37) ARENAS la identifica, como los “actos de fuerza material que, ejecutados sobre le cuerpo del ofendido anulan, superan o vencen su resistencia, obligándolo a tener acceso carnal contra su voluntad”. (ob. cit., v. II, p. 323) PÉREZ VELASCO la comprende como “aplicación de la fuerza material sobre el cuerpo de la persona ofendida, en grado tal que domine su resistencia”. (ob. cit., t. IV, p. 29)

A su turno, PACHECO OSORIO afirma: “Entiéndase por violencia, en la acepción genérica del vocablo, la fuerza o el ímpetu de las acciones; y referido el término a la persona humana, significa fuerza con que a uno se le obliga a hacer o soportar lo que no quiere, por medios a los cuales no puede resistir.” (ob. cit., t. III, p. 294). De acuerdo con este autor existe violencia física cuando el agente despliega una energía física dirigida a compeler a la víctima a hacer lo que no quiere o a abstenerse de hacer lo que quiere. (Cfr. Ídem).

MARTÍNEZ ZÚÑIGA al emitir su criterio, afirma que la violencia física real es el empleo de la fuerza física de otra persona, esto es, un contraste simplemente potencial de fuerzas. La violencia se divide en propia o impropia, definiendo la primera como la energía física operada por el sujeto activo sobre el paciente, para anular o limitar la capacidad de autodeterminación. Define la violencia física personal como “la fuerza resultante de la actividad material, que actúa sobre la voluntad del sujeto privándolo de la libertad de elegir” (ob. cit., p. 182) Se citan como ejemplos de la violencia física personal: golpes, empujones, subyugamiento, amarramiento, encadenamiento, etc.

En todas las anteriores definiciones encontramos la exigencia doctrinal unánime de la vis absoluta que ha de utilizar el violador, que en cuanto fuerza material debe dominar la voluntad de la

víctima y así, ha de ser seria y constante, atendidas las modalidades de la acción y las condiciones del sujeto que la padece; unido a lo anterior encontramos también como constante, de todos los conceptos doctrinales tradicionales, la efectividad de la violencia física, es decir, que la fuerza utilizada triunfe frente a la resistencia ofrecida; de tal suerte observamos como elementos consecuenciales la anulación o avasallamiento de la voluntad, el cual produce un resultado no consentido, que en cuanto tal debe ser seriamente rechazado. Así, la violencia genera una falta de consentimiento con lo que no bastaría la simple negativa o el simple disentimiento (Cfr. PÉREZ VELASCO t. III, ob. cit., p.30). También se afirma que la violencia física es efectiva en cuanto directa, vale decir, ejercida contra la víctima, no contra un tercero, hipótesis que configuraría coacción síquica, la cual tendremos ocasión de estudiar más adelante. Así, encontramos un tercer elemento de la concepción doctrinal tradicional: La violencia física ha de ser directa y corporal, es decir, se ha de orientar sobre el sujeto pasivo en forma manifiesta y siempre debe recaer sobre su cuerpo.

Como tercera característica la violencia física tenemos que ha de ser directa, es decir recaer directamente sobre la víctima de violación, como lo estudiaremos un poco más adelante la violencia indirecta sobre personas o cosas debe ingresar al campo de la amenaza o intimidación.

Adicionalmente, la violencia física debe poseer continuidad y permanencia hasta la culminación del acto de penetración, vale decir que se encuentre presente desde el comienzo de los actos ejecutivos del delito, puede adquirir características antecedentes y concomitantes al acceso, pero doctrinalmente no se ha aceptado la violencia física subsiguiente (Cfr. VALENCIA MARTÍNEZ Ob. cit. p. 38) atendiendo a la necesaria relación de causalidad entre el empleo de la violencia, la finalidad propuesta por el agente y el resultado óntico obtenido.

La violencia física contra las cosas –en sentido estricto fuerza-, no queda incorporada en el medio violento tipificado por la norma, en tal caso también podríamos encontrarnos frente a la violencia síquica o coacción o en claras situaciones de atipicidad; se cita el clásico ejemplo referido por Eusebio GÓMEZ, citando a CHAUVEAU y ÈLIE de quien escala o rompe las puertas o ventanas de una habitación en la que se encuentra la mujer, tal sujeto no

realizará acceso carnal violento si ella voluntariamente accede al mismo.

- Clasificación

1) Violencia física directa o personal propia

La que se ejerce sobre la propia víctima y no sobre terceros o sobre cosas. Su estudio debe comprender el examen de la calidad de la fuerza aplicada y su destinatario. (Cfr. MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Lisandro, ob. cit. ps. 181-184)

El medio violento debe recaer sobre la persona misma con quien se propone el agente la realización del acceso carnal (Cfr. ARENAS, Antonio V., ob.cit. p. 323) No obstante la aparente claridad de esta característica, el punto amerita algunas precisiones. Si la fuerza material recae sobre un tercero afecto a la víctima, por ejemplo su madre, esposa, hijo, etc., esta doctrina comprenderá que se trata de una violencia síquica pues la víctima se somete a la entrega sexual intimidada por el mal grave que padece el tercero. De otra parte, la exigencia de que el medio violento físico sea ejercido en forma directa, adquiere importancia en cuanto debe ser determinante de la entrega, de lo contrario se frustra cualquier hipótesis de lesividad del bien jurídico.

2) Violencia física directa o personal impropia

Se determina por el medio violento desarrollado, que ha de ser diferente de los enunciados para la violencia propia. “constituyen violencia impropia, por tanto todas las actividades insidiosas con las cuales el sujeto es puesto totalmente en la imposibilidad de actuar o de querer.”: hipnosis, narcóticos, embriaguez alcohólica, etc. El empleo de estos medio la ley lo asimila a la violencia, en ciertas ocasiones como delitos por sí mismos, y en otras como modalidad para integrar la acción en determinadas figuras delictivas”. (MARTÍNEZ ZUÑIGA, Lisandro, ob. cit., p. 183, citando a ANTOLISEI). Nuestro Estatuto vigente acoge sin reservas el criterio que fundamenta esta división al incluir en el capítulo “De la violación” el “acceso carnal o acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir” (Art.207)

3) Violencia física real directa e indirecta

Utilización o quebrantamiento de la fuerza física de otra persona. ARENAS a este respecto proporciona un ejemplo bastante ilustrativo y de plena validez dogmática: No existirá acceso carnal violento si la violencia física o síquica –agregamos nosotros- es ejercida sobre un criado que se opone a que el agente llegue a la alcoba de la joven que se encuentra ardientemente lista a entregar todo su cuerpo al ser amado, bajo ningún aspecto se puede realizar la derivación antijurídica en relación con el delito de acceso carnal violento, pero no cabe duda que la tipicidad objetiva de la acción ha quedado satisfecha, aun en referencia al vínculo causal.

Hipótesis de no lesividad –ausencia de conformación antijurídica del punible- la encontramos en la rotura o fractura de puertas, ventanas o cerraduras realizada para ingresar a la alcoba de quien se encuentra listo para el acceso, en tal situación, si bien el medio violento ha sido desarrollado, el bien jurídico ni por asomo se ha visto afectado.

La violencia física sobre las cosas –real- debe también adquirir características directas y siempre será de naturaleza intimidatoria, en terminología tradicional será violencia moral; así, si se amenaza a la víctima con la destrucción de objetos de gran valor afectivo para ella, y si gracias a ello se obtiene el acceso, estaremos en presencia del medio violento síquico, que estudiaremos más adelante, evento en el cual la destrucción de los objetos puede aún iniciarse pero no debe haberse concluido.

4) Vis grata puellis

Consideramos que en la llamada violencia grata, la cual puede tener características casi imperceptibles, por ejemplo la boca que sutilmente o con alguna energía rehuye el beso para incrementar la excitación de la pareja, se presenta mediante actos que en muchas ocasiones son verdadero forzamiento desde un punto de vista objetivo, en tales casos comprendemos que el medio violento ha sido desarrollado y se adecua cabalmente a la exigencia típica, adicionalmente el mismo puede constituirse en la causa de la obtención del acceso, pero casi siempre se verá claro el consentimiento del sujeto pasivo, como justificante del comportamiento típico objetivo. Obsérvese cómo el delito de violación es un buen ejemplo para la determinación de las hipótesis

de insignificancia, no lesividad y consentimiento del titular, en el ámbito de la antijuridicidad positiva y negativa, pero nunca en el campo de la tipicidad o juicio de adecuación.

- Requisito de la violencia directa: Idoneidad. Algunas exclusiones

1) Debe ser idónea o suficiente para coartar la voluntad de la víctima; no debe exigirse, en fase de tipicidad objetiva, la calidad de irresistible, ni mucho menos de resistida.

2) La exigencia de la suficiencia e idoneidad trae como consecuencia que la violencia ejercida tenga una cierta entidad, sin que se pueda exigir su gravedad objetiva; la entidad de la violencia -no queda otra salida por lo pronto- debe ser valorada en el plano subjetivo “desde el ángulo del ofendido, en el momento y estado psicológico precisos. Mal puede pretenderse de la víctima, una fría y calculada valoración objetiva sobre la gravedad de la violencia física.” (Idem ob. cit., p. 225).

3) La violencia idónea y para este tema estimamos válido el concepto clásico, es “aquella particular intensidad que puede vencer en cada caso concreto la voluntad de la víctima.” (Idem ob. cit., p. 225, citando a ANTOLISEI y a MAGGIORE)

4) Que la violencia sea idónea significa que sea suficiente, pero tal calidad debe referirse a la coerción o coartamiento de la voluntad.

5) Las circunstancias del hecho son en cierta medida definitivas, pues en múltiples ocasiones las condiciones de los participantes, pueden ofrecer variaciones radicales. “No puede descartarse como excepción el que, en ciertas condiciones, el estado psicológico de la víctima le haya hecho sucumbir contra su voluntad, a una violencia que en otras circunstancias quizá no hubiera sido suficiente”. (MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Lisandro, ob. cit. p. 227)

6) Tampoco se puede exigir estrictamente que la violencia física sea continuada o constante; como regla general se afirma que la violencia ha de preceder y acompañar al acceso pero puede que no subsista durante el mismo o en los momentos inmediatamente anteriores a él, caso en el cual se observará que la violencia ejercida pudo ya haber doblegado la voluntad de la víctima por temor, cansancio o impotencia, o sencillamente por su efecto natural.

MARTÍNEZ ZÚÑIGA, tampoco admite, con mucha razón, la exigencia de la continuidad y constancia de la violencia; para lo anterior nos presenta algunas hipótesis de comisión que contradicen palmariamente la referida característica: “Puede suceder también que la violencia se inicie antes del acceso, que al comenzar la introducción continúe y que, de un momento a otro, cese; que la mujer, al sentir las emociones sexuales, permita que el acto prosiga si n resistencia, a pesar de su posibilidad. Aunque la solución de esta hipótesis se traslade a la esfera del consentimiento Puede acaecer también que la violencia sea anterior al acceso (etapa ejecutiva), pero que el sujeto activo, creyendo que su esfuerzo ha sido inútil, decida cesar en los acto de violencia y alejarse, y que, la presunta víctima, ya contagiada de lascivia, cambia su actitud negativa y, explícita o implícitamente, autorice el acceso. En este caso a pesar de existir violencia física personal, no se tipificaría el ilícito por faltar la relación de causalidad entre aquella y la iniciación del acceso”. (ob. cit., p. 228).

7) La violencia puede ser anterior o coetánea al acceso, queda descartada la violencia subsiguiente pues en ella claramente se rompe el vínculo causal.

8) En resumen para la tipificación de la violación, la violencia física debe aparecer o se debe observar “como presupuesto cronológico de la relación de causalidad que necesariamente debe estar presente entre el medio violento ejercitado y el acceso carnal efectivamente obtenido o realizado”. (ob. cit. p. 228).

La idoneidad como en general toda la caracterización de la violencia, no puede ser valorada bajo criterios de objetividad absoluta, toda su composición es también relativa: intensidad de la fuerza, efectos síquicos, los cuales varían de una persona a otra , todo en referencia a la relación de causalidad violencia-acceso de presencia esencial en este delito.

TEMA XVIII. ACCESO CARNAL VIOLENTO. Violencia física y moral. “La ley, como se vio, requiere, como elemento típico de la figura, el empleo de violencia física o moral y el sentido que debe darse a esta expresión que es meramente descriptivo y no valorativo o jurídico, es el que ya se anotó, o sea, la aplicación de energía física, con perjuicio a la persona sobre la cual se aplica o contra quien se ejerce la violencia. Este perjuicio a la persona, puede ser de naturaleza tal, que quede absorbido jurídicamente en el tipo delictivo de la violencia carnal, formando con ella, un tipo de delito

complejo o compuesto. Tan cierto es esto, que al tratar de la modalidad agravada, la norma del artículo 318, expresa que si “los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaren la muerte o grave daño en su salud”, a contrario sensu que los actos violentos que han causado, y en la mayoría de los casos así sucede, un daño en la salud o en el cuerpo de la víctima, que por no ser “graves”, no se calificarán separadamente, sino que deberán considerarse como integrantes de la figura. Y, es que no es fácil concebir la aplicación o el empleo de violencia física sin un daño, porque como se anotó, el concepto de violencia, implica siempre el perjuicio, así sea de entidad mínima.

“Entonces, el punto fundamental está en determinar el grado o la potencialidad perjudicial de la violencia que es elemento integrante del tipo, y aquella violencia que por trascender la que debe tomarse como elemento constitutivo, deba imputarse al agente, por separado, o sea, como delito autónomo. Y, así mismo, determinar la naturaleza de la violencia que aún excediendo el grado de aquella que es elemento del tipo, deba sin embargo, valorarse como mera circunstancia agravante, y no como autónoma figura delictiva. O sea: en qué casos se presenta el concurso real o formal de delitos, por ejemplo, violencia carnal y homicidio, etc, y cuándo se dará la hipótesis en que el perjuicio, a la persona, que implica el empleo de la violencia, estructure la figura agravada del artículo 318?

“Esa es la cuestión que cumple decidir, para determinar si el caso sub examine se dado una calificación jurídica correcta a la ilicitud.

“Primeramente, y tal como lo afirma Enrico Contieri, que siendo la violencia carnal un delito contra la libertad del individuo en la esfera de las relaciones sexuales, no ocurre que la violencia física, ejercida para costrañir a la unión de los sexos, opere de tal modo que anule la voluntad del ofendido, sino que es suficiente con que coarte la voluntad. En otros términos, y aplicando el principio a los casos generales, debe considerarse que si la violencia es física, no ocurre que también el constreñimiento sea meramente físico, como en el artículo 23 del Código Penal. No se exige entonces, la “insuperable coacción ajena”, sino que es suficiente la demostración, en el caso concreto, de que el ejercicio de la fuerza física o moral (amenaza) fue lo suficientemente idónea para eliminar la voluntad del sujeto que debería expresarse en la aceptación (consentimiento) de la conjunción carnal. De modo que, el delito se integrará, como lo advierte el autor citado, tanto en el caso de que subsista un absoluto constreñimiento físico que anule la voluntad, como también cuando el agente opera solo parcialmente sobre la fuerza física de la víctima

de la violencia, de suerte tal que la ausencia del consentimiento se coloque en nexo de causa a efecto con la violencia. (Enrico Contieri, la congiunzione carnale violenta, 3° edil 1974, pág. 79).

“De suerte que por este aspecto, se pueda desde ya, tomar un punto de referencia relativo al grado de la violencia necesario para la configuración del reato, y, consiguientemente, de las consecuencias que el ejercicio de esa violencia puede ocasionar. Así, deberá afirmarse, que si el agente ejerció violencia física sobre la víctima superior a la requerida para vencer su resistencia, tomando en consideración, por ejemplo, circunstancias relativas a la edad, siempre dentro del título de la violencia carnal, o de otro orden, o que sobrepasó hasta causar el daño en el cuerpo o en la salud, no hay duda de que se dará la hipótesis agravada del artículo 318 del Código Penal. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 23-08-73, Magistrado ponente doctor Jesús Bernal Pinzón).

N.V.A. Art. 205 C.P.

COMENTARIOS

Para nuestra doctrina tradicional la violencia puede ser física o moral; en la primera el agente despliega energía física dirigida a compeler a la víctima para que haga lo que no quiere o se abstenga de hacer lo que quiere. Habría violencia moral cuando la energía desencadenada es de dicho carácter; la violencia moral paradigmáticamente se ha identificado con la amenaza de emplear violencia física o de causar al sujeto pasivo males futuros posibles y probables ya sean de naturaleza material o moral. (Cfr. PACHECO OSORIO, Pedro, ob.cit., p.294).

Si no se ejercita una fuerza o energía material sino una presión anímica o síquica que es apta para anular la voluntad del sujeto pasivo, estamos en presencia de la intimidación; aquí se ataca el ánimo de la persona, su esfera síquica; no hablamos aquí de “medio moral”, “libertad moral” o “violencia moral” pues esta apelativo ha traído no pocos efectos reduccionistas de índole subjetiva; se trata entonces de un constreñimiento síquico que anuncia un mal futuro y mayor que el acto sexual cometido, es decir, grave, próximo, posible e inminente; por medio de tal instrumento se obtiene el acto-resultado exigido por el tipo.

La intimidación se ha explicado como sinónimo de amenaza, pero sin duda ésta es la especie y aquélla el género. La amenaza pretende infundir miedo y obtener la finalidad perseguida, la intimidación es la invasión de la órbita interna del sujeto, sus pensamientos, pasiones, afectos; se intimida cuando se invade la esfera síquica del sujeto, por tanto la amenaza no es más que una de las formas de intimidar, ambas están orientadas a doblegar la voluntad del sujeto receptor, mas que su resistencia, la cual en éste ámbito es de muy difícil objetivación. El sujeto pasivo permite con voluntad viciada el acceso carnal, no la violación, pues esta se conforma por los dos polos de la relación causal.

Tanto la intimidación como la amenaza se orientan a infundir temor por la presentación de un mal próximo y grave, que necesariamente se debe dirigir contra la víctima o contra personas afectas a ella; la amenaza idónea frente al delito de violación debe presentar un mal que en el aspecto temporal ha de oscilar entre lo próximo y lo inminente, entre más se acerque a esta última característica, mayor será la intensidad de la violencia síquica, si el mal se presenta como inminente, la víctima se verá compelida con una mayor fuerza a procurar evitarlo, para lo cual sólo le debe quedar como salida la aceptación del requerimiento sexual. De acuerdo a lo anterior, no es admisible, por principio, la amenaza o intimidación remotas en relación con la ocurrencia del mal que se presenta a la víctima: “Si no accedes a la relación ahora, el año entrante mataré a tu madre”, una tal amenaza no adquiere la característica de próxima, mucho menos de inminente, con lo cual puede ser conjurada por otros caminos, la víctima tendrá otras salidas diversas a la entrega sexual, por ejemplo avisar a la autoridad, o procurarse otros mecanismos de seguridad que contrarresten o neutralicen la amenaza.

En este sentido PÉREZ VELASCO, citando a FINZI, explica que la amenaza es violencia en realización, el daño propuesto debe ser grave, injusto, determinado, vale decir, que sea conocido en su entidad por la víctima y, finalmente, posible, futuro y dependiente de la voluntad del amenazador. (Cfr. ob.cit. t. III., p. 30)

PACHECO OSORIO define lo que tradicionalmente se ha denominado “violencia moral”, como el “empleo de una energía, que, influyendo en la psiquis de la víctima, produzca el efecto de

anular en ella la voluntad de resistencia pues este medio y la falta de consentimiento han de ser correlativos.” (ob. cit. p. 297). Obsérvese cómo esta doctrina determina la idoneidad de la intimidación en la anulación de la voluntad dejando para una apreciación secundaria el elemento resistencia, pues es equivalente afirmar que se anule la voluntad de resistencia o que se anule el consentimiento libre, aceptando el citado autor que lo fundamental en este examen es la relación entre la intimidación y la ausencia de consentimiento, este bien puede no presentarse y sin embargo no haberse exteriorizado alguna manifestación de resistencia.

Pues bien, la modalidad más característica de la intimidación es la amenaza que tiene por objeto el daño físico, la causación de perjuicios afectivos o síquicos, la primera como ya es sabido puede recaer –en su virtualidad- en forma directa sobre la víctima o indirecta sobre personas o cosas. De la misma manera el daño afectivo puede ser directo o indirecto.

MARTÍNEZ ZÚÑIGA propone como requisitos de la intimidación que sea efectiva, no sólo presunta, continuada y seria o suficiente y, finalmente, utilizarse como medio para lograr el concubito. (Cfr. ob. cit. p. 297). Adiciona como característica de la amenaza que el mal con que se conmina a la víctima sea más que grave, tildándolo de irreparable, de tal entidad que impida o venza el disentimiento opuesto u oponible por la víctima.

La intimidación no será idónea si el mal que se propone es “insignificante” término utilizado por PACHECO OSORIO que nosotros comprendemos como desproporcionadamente menor en relación con el acto correspondiente lesivo de la libertad sexual. VALENCIA MARTÍNEZ afirma que se requiere la “eficacia atemorizante, el raciocinio, deliberación y capacidad de elección del sujeto conminado que lo lleva a realizar el acto pretendido pese a su determinación contraria, cumpliéndose así una verdadera mutilación de su libertad síquica”. (ob. cit., p. 41). Este autor también exige para la valoración de la amenaza y su eficacia e idoneidad subjetiva, lo que llama unos “específicos módulos” sin los cuales no admite la rendición de la voluntad.

VALENCIA MARTÍNEZ acepta que el mal amenazado debe ser futuro, próximo o inmediato, criterio bajo el cual se debe excluir el

mal actual, el cual, agregamos nosotros, por lo general se convertirá en fuerza o violencia física. Esta doctrina también excluye de manera absoluta la amenaza presente ya consumada y el mal producido en épocas superadas que no tenga posibilidad de repetición (Ob. cit., p. 43).

El mal con que se amenaza entonces debe ser en nuestro concepto futuro, actual, inminente o próximo, nunca pasado ni remoto; sin duda entre más inminente y actual sea mayor será su idoneidad para doblegar la voluntad; pues en tales situaciones se cierran las posibilidades de evitación por medio distinto a la aquiescencia de lo requerido; la disyuntiva para la víctima es clara: o sufre el mal con que se le amenaza o acepta el acceso carnal, la proximidad es necesaria pues como ya lo afirmamos el mal futuro más o menos remoto siempre dejará abiertos otros caminos de elusión. “Pero no puede descartarse la hipótesis contraria, como sucedería si se le hace conocer el firme propósito de denunciar un delito cometido por ella o poner al corriente a su marido de las infidelidades conyugales en que ha incurrido. En estos supuestos resultaría injusto obligar a la persona ofendida a resignarse a sufrir cárcel y deshonor y la casi segura ruina de su hogar o a que el agente sacie en ella sus apetitos sexuales. Si, ante la necesidad de evitar lo que considera un mal mayor, sacrifica la víctima su derecho a la abstinencia sexual, se cumplen, en mi concepto, todos los presupuestos del delito”. (PACHECO OSORIO, Pedro, ob. cit., p. 298).

El deslinde que hemos efectuado entre la inminencia y la proximidad del mal futuro con el que se amenaza parece ser aceptado por el magistrado VALENCIA MARTÍNEZ: “... así como existe la conminación de un mal futuro tampoco puede descartarse -según ocurre en la praxis- la realidad de una intimidación que no admite quites ni esperas ni posibilidad ninguna de eludir una entrega sexual inmediata” (ob. cit., p. 43), determinando, con lo anterior, el concepto de inminencia que hemos dejado expuesto.

PÉREZ, excluye el daño pasado, (ob. cit. p. 30) siempre que no sea susceptible de renovarse o agravarse. Plantea citando a URÉ y CHRYSOLITO DE GUZMAO, que el poder y eficacia de la amenaza derivan de las condiciones personales de la víctima y de las circunstancias en que se encuentra, aspecto en el cual tiene mucha razón, pero a renglón seguido involucra elementos extremadamente subjetivos que establecidos como regla o

parámetro general pueden ser peligrosos; así esta doctrina afirma que basta con que la ofendida haya tenido “motivos serios para convencerse de que solamente su aceptación evitará el daño amenazado y temido, el cual de otra manera acaecerá inevitablemente lo cual resulta de estimar conjuntivamente los hechos y la causa.” (Idem). A este respecto debemos afirmar que si bien los parámetros objetivos son de imposible adopción como límites absolutos de valoración pues estamos frente a un tema que contiene inevitables caracteres subjetivos, la comprensión doctrinal que criticamos peca por caer en el otro extremo, exigiendo el examen o indagación de los más recónditos pensamientos, afecciones y pasiones de la víctima en el momento de realizarse el hecho, sus más escondidos y sutiles motivos, sus convencimientos más íntimos lo cual en el orden probatorio será un imposible en la mayoría de las situaciones. Con lo anterior estamos exigiendo la necesaria conjugación de los dos aspectos, es decir, el estudio y análisis de la situación y condiciones subjetivas de la víctima, unidas necesariamente a su manifestación externa y objetiva, aspecto este último en el cual los parámetros medios de comportamiento social y los niveles de normalidad en las reacciones son elementos que pueden proporcionar algunos límites objetivos de determinación dentro del relativismo en que irremediamente se debate la prueba del medio violento en el delito de violación; así el intérprete o juzgador deben estar atentos y acudir a los aportes de las ciencias del comportamiento humano.

Así mismo el mal amenazado ha de ser ilícito, pero esta característica no depende de su origen o causa sino de la finalidad perseguida por el agente o, en otras palabras, el objetivo para el cual dicho mal sirve de medio. Así, configura violencia síquica – para continuar con los ejemplos referidos por la doctrina antes citada- la amenaza por parte del agente de denunciar ante la autoridad un delito que la víctima ha cometido, si ésta no permite el acceso carnal, o la amenaza de referir a su pareja las infidelidades en que ha incurrido o de proceder al cobro judicial de una deuda que la víctima efectivamente tiene con el agresor; en todos estos casos al agresor le asistirá el derecho o el deber legal de realizar el mal con que amenaza, pero por esgrimir tales acciones con la finalidad de violentar la libertad sexual del sujeto pasivo, la acción se torna ilícita y por ende plenamente apta para erigirse en el medio violento exigido por el tipo.

No se puede llegar al extremo de exigir que el mal con que se amenaza sea irreparable (así lo enseña PACHECO OSORIO ob. cit. p. 298) basta que sea lo suficientemente grave y de superior o igual jerarquía al mal que significa para la víctima el sometimiento sexual. En verdad, en el plano ontológico lo único irreparable es la muerte de la víctima o la de un ser querido, con lo que tal exigencia, restringiría la amenaza, idónea para conformar el presente delito, exclusivamente a esa hipótesis, excluyéndose múltiples formas de amenaza perfectamente admisibles tales como las amenazas de lesión, secuestro, tratos degradantes o deshonorosos, violencia al buen nombre o a la honra, sin descartar múltiples amenazas de lesión frente a bienes o a intereses de estimación para la víctima, aún los derechos de contenido económico o afectivo.

No obstante, la gravedad de la amenaza adquiere aquí connotaciones relativas a las circunstancias en que se desarrolla el comportamiento y a la propia conformación síquica y temperamental de la víctima; de tal suerte que características como la gravedad e idoneidad de la amenaza siempre deben ser valoradas ad casum, por lo que en situaciones límite o excepcionales, no podemos descartar la amenaza de lesionar a la comunidad entera, basta pensar en la afirmación del violador de proceder a perpetrar un acto terrorista, si la víctima no accede al requerimiento sexual, en muchas personas debemos admitir que tal amenaza es perfectamente idónea para doblegar su voluntad y permitir el acceso.

Puede también constituir intimidación la amenaza de desatar violencia física o fuerza sobre las personas –terceros- o cosas, la cual puede colmar satisfactoriamente el requisito de la idoneidad. Así quien obtenga el acceso carnal amenazando a la víctima de dar muerte a su hijo, a su madre o a otro ser querido, perfecciona el comportamiento, al igual que quien lo realiza amenazando incendiar la casa del sujeto pasivo. (Cfr. PACHECO OSORIO, Pedro, ob. cit., p. 299) Sobre el punto parece haber cierto acuerdo doctrinal (Cfr. VALENCIA MARTÍNEZ, Jorge Enrique, p. 37)

Con acierto define ARENAS la intimidación prescindiendo del antitécnico elemento de la resistencia: “Por violencia moral se entienden las amenazas capaces de producir en la víctima una intimidación suficiente para vencer su voluntad adversa al acceso

carnal.” (ob. cit., p. 325) otros autores como GARRAUT (cit. ídem., p. 321) exigen que la amenaza sea considerable y presente; el primer apelativo lo entendemos como sinónimo de grave o suficiente, el segundo no es del todo acertado pues el mal presente deja sin duda de ser amenaza para convertirse en violencia física, ya sea ejercida sobre personas o cosas, en forma directa o indirecta; en otras palabras, la amenaza debe ser actual, pues sería un contrasentido para los presentes efectos típicos, “la amenaza de amenazar” en orden a la idoneidad típica exigida, pero, de otra parte, el mal que constituye la amenaza no puede ser presenta o actual, siempre ha de ser futuro, dentro de los rangos de próximo o inminente.

La amenaza debe ser seria y constante, pero tales componentes son absolutamente relativos, pues la amenaza que para alguien puede ser seria, atendidas sus calidades personales, para otros deja de serlo por el mismo motivo. Así, la amenaza de un “maleficio” puede ser seria, grave, idónea si se realiza en determinados ámbitos culturales y en ciertas regiones de nuestro país, pero no debe tener tales características, frente a un cirujano ciudadano, en tal caso la intimidación para el primero puede perfectamente doblegar su voluntad, mientras que en el segundo podrá provocar tan sólo risa y ser juzgada sencillamente como ridícula; así la misma amenaza puede ser al mismo tiempo idónea e inidónea dependiendo de las condiciones y circunstancias del sujeto receptor.

En relación con el requisito de la inevitabilidad, no es necesario que la intimidación aniquile por completo la posibilidad de elección; pues si el juicio se realiza en forma estricta, siempre podremos concluir o especular sobre la existencia de posibilidades de escogencia en el sujeto. Basta que la amenaza sea de tal magnitud y se presente tan grave que la víctima se vea coactada a escoger el mal menor.

La intimidación puede presentar insospechada eficacia, puede aún ser más eficaz que la propia violencia física, a este propósito es bastante gráfico el ejemplo de Lucrecia referido por Tito Libio y transcrito por ARENAS: “Pocos días después volvió Sexto Tarquino a Colacia, ocultándose de Colatino y acompañado por un hombre solo. Como nadie suponía sus designios, recibieronlo benévola-mente, levándolo después de cenar a su habitación. Allí,

ardiendo en deseos, y juzgando por el silencio que todos dormían en el palacio, empuñó la espada, marchó al lecho de Lucrecia, dormida ya, y apoyando una mano en el pecho de aquella mujer, “Silencio, Lucrecia” dijo “yo soy Sexto; tengo en la mano la espada; si gritas mueres”. Al despertar sobresaltada y muda de espanto, Lucrecia, sin defensa, ve la muerte que la amenaza; Tarquino le declara su amor; insiste, amenaza y ruega a la vez, sin omitir nada de lo que pueda quebrantar el corazón de la mujer. Pero viéndola firme en su resistencia y que no la doblega ni el temor de la muerte, intenta asustarla con la pérdida de su reputación, diciéndole que después de matarla colocará a su lado el cuerpo desnudo de un esclavo degollado para hacer creer que había recibido la muerte cuando estaba consumando el más repugnante adulterio. Vencida por este temor, la inflexible castidad de Lucrecia cede a la lujuria del joven, alejándose en seguida este, orgulloso de su triunfo sobre el honor de una mujer”. (ob. cit., p. 326)

MUÑOZ CONDE considera equivalente los términos de intimidación y amenaza (Cfr. ob. cit., p. 421), pero estima que la amenaza en el delito de violación es especial, dada la estricta relación de causalidad que debe existir entre el acto intimidatorio y el acceso carnal efectivamente realizado. En el clásico ejemplo de la mujer infiel que accede a la cópula con el hombre que tiene pruebas de su infidelidad y la amenaza con revelarlas a su marido, este autor se pregunta si el yacimiento logrado de esta forma es delito de violación.

La índole de la amenaza que se debe considerar idónea, ha pretendido ser delimitada bajo criterios doctrinales que pueden aportar algunas señales luminosas en el oscuro camino que se debe seguir, para determinar cuándo una amenaza ha sido causa efectiva de un acceso carnal no querido por el sujeto pasivo.

En primer término se ha de observar la gravedad del mal con que se amenaza en relación directa y teleológica con la intensidad del ataque a la libertad sexual; “para que pueda hablarse de intimidación “grave” es necesario, además, que se amenace con causar inmediatamente el mal si el sujeto pasivo no consiente inmediatamente también el acceso carnal.”

En segundo lugar MUÑOZ CONDE propone un parámetro de tintes objetivos, que se torna bastante interesante en el ambiente relativista y subjetivista en que se ha debatido el análisis dogmático de la idoneidad del medio para el presente delito, que tradicionalmente ha operado con el análisis del caso, las circunstancias de cada uno de los intervinientes, las reacciones promedio, los niveles de tolerancia en una determinada sociedad. El autor español afirma que: “El mal con que se amenaza debe constituir un delito castigado en el Código... con ... (La misma pena que la violación). La gravedad del ataque con que intimida el agente debe ser igual a la gravedad de la pena que se asigna a la violación. Por tanto, si el mal con que se intimida no es delito, o, en caso de que lo fuera, tiene asignada en el Código una pena inferior... , no existe violación (aunque sí puede existir un delito contra la libertad; coacciones o amenazas)”.

Esta ingeniosa tentativa de objetivización comienza a caer en un profundo despeñadero, cuando debe admitir seguidamente, luego de analizar las diversas penalidades de la parte especial que, como excepción, la amenaza de realizar alguna violencia corporal, pues las denominadas en el Código Español, anterior a 1995, “violencias personales” tienen pena inferior a la prescrita para la violación, aclarando que la fuerza incorporada en esta delito comprende tanto la vis absoluta (fuerza irresistible) como la violencia corporal “(no necesariamente grave)” con la amenaza de seguir ejerciéndola o incluso de aumentarla. La doctrina se sigue resbalando cuando debe aceptar que la violación con fuerza (vis absoluta) y la violación intimidatoria –por medio de un delito con pena menor “es bien pequeña”, pues en el primer caso puede haber agresión física y amenaza de proseguirla –hipótesis que la doctrina colombiana siempre ha considerado como de violencia física- y en el segundo el autor no ha iniciado la violencia contra el sujeto pasivo, para concluir lánguidamente que “la diferencia valorativa de ambas conductas es tan mínima que no se comprende por qué el primer caso puede considerarse violación y el otro no”. (ídem). La misma conclusión de “mínima diferencia valorativa” se puede extraer de múltiples delitos con pena inferior al de violación –en el ordenamiento colombiano la violencia intrafamiliar, por ejemplo-.

Lo anterior nos demuestra cómo, por infortunio, en el estado actual de desarrollo de la disciplina penal, ensayos de creación de parámetros absolutamente objetivos como el que acabamos de

reseñar, son de imposible aceptación y debemos seguir aferrándonos al examen de las circunstancias en las que se desenvuelve cada uno de los sujetos durante toda la traza fáctica; la gravedad de una amenaza es en absoluto variable según se trate de un sujeto o de otro, si se amenaza con lesión personal a un campeón mundial de boxeo, para él, tal intimidación no reviste la más mínima gravedad –y para el derecho tampoco-, pero si se profiere la misma a una modelo profesional dicha intimidación adquirirá gravedad absoluta.

De igual forma si se amenaza a una monja superiora de una comunidad de clausura, de contar su pasada vida sexual disoluta y desenfrenada, frente a ella puede considerarse una amenaza suficientemente grave para acceder al concubito, sin embargo el mal puede quedar fuera del derecho penal y si cayera por vía del delito de injuria, la pena en nuestro ordenamiento es sustancialmente menor. En múltiples hipótesis de amenaza idónea el mal que se presenta a la víctima bien puede no constituir conducta sancionada penalmente, pero sí ser idóneo para doblegar o anular la voluntad de la víctima. En resumen, la radical concepción objetiva, de la cual MUÑOZ CONDE cita como autor a GIMBERNANT ORDEIG no pasa de ser un plausible esfuerzo de dogmatización que requiere ulteriores desarrollos para que pueda ser aceptado en la fase de aplicación normativa.

Es necesario y por lo pronto imprescindible considerar las circunstancias en que se encuentran tanto víctima como victimario. Se trata de un problema –en fase de tipicidad objetiva- eminentemente causal –intimidación-acceso carnal- que no permite eliminar en el plano de la acción la personalidad, temperamento, condiciones y circunstancias del hecho y de los sujetos intervinientes, puestos frente a frente en la exigencia fáctica descriptiva de este tipo penal. Excluyendo por insuficiente el criterio objetivo, y aceptando el inevitable componente subjetivo, en referencia a la idoneidad del medio, como problema estrictamente causal MUÑOZ CONDE termina por aceptar la relatividad de la problemática del medio intimidatorio (ob. cit. p. 423)

Adicionalmente y con el ánimo de reafirmar nuestra proscripción de cualquier intento mecanicista u objetivizante, en sentido radical, hemos de considerar que tal concepto, al igual que el de amenaza o

violencia moral, por su propia naturaleza nos ingresan de lleno en le terreno psicológico, (así lo enseñó con total acierto MARTÍNEZ ZÚÑIGA, ob. cit., p. 185) pues desde la propia definición encontramos que el agente actúa o procede sobre la voluntad del sujeto, limitando su actuación a dos posibilidades: acceder a la agresión sexual copulativa o padecer el mal con que se le amenaza; conceptos con tan claros componentes síquicos que no pueden ser objetivados de manera absoluta, así la finalidad dogmática sea importante: desterrar la arbitrariedad, el capricho, el eufemismo del que nos hemos quejado en tantas oportunidades; el aporte de la psicología experimental será importante en estos intentos pero por lo pronto no podemos hacer dogmática con el deseo.

La llamada violencia síquica también se le ha entendido como sinónimo de coacción: “así, RAIMUNDO DEL RÍO define esta cómo “la fuerza moral que ha actuado sobre la voluntad del sujeto y obliga a éste a resolver en las dos posibilidades privándole de la libertad de optar. Por ejemplo, Pedro exige de Juan, bajo la amenaza de muerte que le entregue determinados valores que guarda como empleado público”. (Cit. en MARTÍNEZ ZÚÑIGA ob. cit., p. 186).

Se cita también la definición de GONZÁLEZ DE LA VEGA: “La violencia moral consiste en el constreñimiento psicológico, amagos de daño, o amenaza de tal naturaleza, que por el temor que causan en el ofendido o por evitar males mayores, le impiden resistir al ayuntamiento que en realidad no ha querido.”