

LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN

SEXUALES

AUGUSTO DÍAZ PÉREZ

UNIVERSIDAD DE LA SABANA

FACULTAD DE DERECHO

SANTA FE DE BOGOTÁ, D.C.

2000

**LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN
SEXUALES**

AUGUSTO DÍAZ PÉREZ

Monografía de Grado para optar al título de Abogado

Director

DOCTOR MIGUEL DE JESÚS NIÑO SANDOVAL

Abogado

UNIVERSIDAD DE LA SABANA

FACULTAD DE DERECHO

SANTA FE BOGOTÁ, D.C.

2000

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Santa Fe de Bogotá, D.C., 1 de noviembre del año 2000

*A mis Papás
Josefina y
Augusto y a
mi hermana
Carolina.*

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa su agradecimiento:

Al Doctor Miguel de Jesús Niño, Abogado y Director de Programa Académico de la Facultad de Derecho y Director de la Monografía de Grado, por sus precisos consejos los cuales hicieron posible el presente proyecto.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I. FUNDAMENTO FILOSÓFICO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES.	15
1 INTRODUCCIÓN AL FUNDAMENTO FILOSÓFICO	16
CAPÍTULO II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD, EL HONOR Y EL PUDOR SEXUAL Y DIGNIDAD HUMANA.	29
1 LA LIBERTAD SEXUAL	30
2 HONOR SEXUAL	32
3 PUDOR SEXUAL	37
4 DIGNIDAD HUMANA	39
CAPÍTULO III. DE LA VIOLACIÓN (CAPÍTULO I DEL TÍTULO IV DEL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO)	48
1 ACCESO CARNAL VIOLENTO	49
1.1 ANÁLISIS DEL TIPO	50
1.2 FUNDAMENTO DOCTRINAL	51
1.3 ELEMENTOS	54
1.4 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL	63
1.5 CASOS	73
2 ACTO SEXUAL VIOLENTO	75
2.1 ANÁLISIS DEL TIPO	75
2.2 FUNDAMENTO DOCTRINAL	76
2.3 ELEMENTOS	78
2.4 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL	80
2.5 CASOS	83
3 ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR.	85
3.1 ANÁLISIS DEL TIPO	86
3.2 FUNDAMENTO DOCTRINAL	87
3.3 ELEMENTOS	89
3.4 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL	97

3.5	CASOS	100
CAPÍTULO IV. DEL ESTUPRO (CAPÍTULO II DEL TÍTULO XI DE CÓDIGO PENAL DE 1.980.) DEROGADO POR LEY 599 DE 2000.		
1	ACCESO CARNAL MEDIANTE ENGAÑO Y ACTO SEXUAL MEDIANTE ENGAÑO.	104
1.1	ANÁLISIS DEL TIPO	107
1.2	FUNDAMENTO DOCTRINAL	108
1.3	ELEMENTOS	109
1.4	CASOS	114
CAPÍTULO V. DE LOS ACTOS SEXUALES ABUSIVOS (CAPÍTULO II DEL TÍTULO IV DEL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO)		
1	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS	117
1.1	ANÁLISIS DEL TIPO	118
1.2	FUNDAMENTO DOCTRINAL	119
1.3	ELEMENTOS	122
1.4	FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL	126
1.5	CASOS	137
2	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS	138
2.1	ANÁLISIS DEL TIPO	139
2.2	FUNDAMENTO DOCTRINAL	140
2.3	ELEMENTOS	142
2.4	FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL	147
2.5	CASOS	150
3	ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR	152
3.1	ANÁLISIS DEL TIPO	153
3.2	FUNDAMENTO DOCTRINAL	154
3.3	ELEMENTOS	156
3.4	CASOS	160
CAPÍTULO VI. DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPÍTULOS ANTERIORES (CAPÍTULO III DEL TÍTULO IV DEL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO)		
1	CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA	164
1.1	CONCEPTO	165
2	ARTICULO 212. ACCESO CARNAL.	175

CAPÍTULO VII. DEL PROXENETISMO (CAPÍTULO IV DEL TÍTULO IV DEL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO)	179
1 INTRODUCCIÓN AL PROXENETISMO	180
2 INDUCCIÓN A LA PROSTITUCIÓN	183
2.1 FUNDAMENTO DOCTRINAL	184
2.2 ANÁLISIS DEL TIPO	185
2.3 ELEMENTOS	186
2.4 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL	193
2.5 CASOS	195
3 CONSTREÑIMIENTO A LA PROSTITUCIÓN	197
3.1 FUNDAMENTO DOCTRINAL	197
3.2 ANÁLISIS DEL TIPO	199
3.3 ELEMENTOS	200
3.4 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL	201
3.5 CASOS	203
4 TRATA DE PERSONAS	205
4.1 FUNDAMENTO DOCTRINAL	205
4.2 ANÁLISIS DEL TIPO	206
4.3 ELEMENTOS	207
4.4 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL	210
4.5 CASOS	213
5 CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA	215
5.1 FUNDAMENTO DOCTRINAL	215
6 ESTÍMULO A LA PROSTITUCIÓN DE MENORES	218
6.1 FUNDAMENTO DOCTRINAL	219
6.2 ANÁLISIS DEL TIPO	222
6.3 ELEMENTOS	223
6.4 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL	225
6.5 CASOS	227
7 PORNOGRAFIA CON MENORES	228
7.1 ANÁLISIS DEL TIPO	229
7.2 FUNDAMENTO DOCTRINAL	230
7.3 ELEMENTOS	232
7.4 CASOS	235

8	TURISMO SEXUAL	236
8.1	FUNDAMENTO DOCTRINAL	237
8.2	ANALISIS DEL TIPO	238
8.3	FUNDAMENTO DOCTRINAL	239
8.4	CASOS	242
	CONCLUSIONES	245
	BIBLIOGRAFÍA	249

LISTA DE TABLAS

	Pág.
Tabla 1 Análisis del Tipo Acceso Carnal Violento.....	50
Tabla 2 Edades del Sujeto Pasivo.....	56
Tabla 3 Análisis del Tipo Acto Sexual Violento.....	75
Tabla 4 Edades del Sujeto Pasivo.....	79
Tabla 5 Análisis del Tipo Acceso Carnal o Acto Sexual en Persona Puesta en Incapacidad de Resistir.....	86
Tabla 6 Edades del Sujeto Pasivo.....	90
Tabla 7 Análisis del Tipo Acceso Carnal Mediante Engaño y Acto Sexual Mediante Engaño.....	107
Tabla 8 Edades del Sujeto Pasivo.....	110
Tabla 9 Análisis del Tipo Acceso Carnal Abusivo con Menor de Catorce Años.....	118
Tabla 10 Edades del Sujeto Pasivo.....	123
Tabla 11 Análisis del Tipo Actos Sexuales con Menor de Catorce Años.....	139
Tabla 12 Edades del Sujeto Pasivo.....	144
Tabla 13 Análisis del Tipo Acceso Carnal o Acto Sexual Abusivos con Incapaz de Resistir.....	153
Tabla 14 Edades del Sujeto Pasivo.....	157
Tabla 15 Análisis del Tipo Inducción a la Prostitución.....	185
Tabla 16 Edades del Sujeto Pasivo.....	187
Tabla 17 Análisis del Tipo Constreñimiento a la Prostitución.....	199
Tabla 18 Edades del Sujeto Pasivo.....	200
Tabla 19 Análisis del Tipo Trata de Personas.....	206
Tabla 20 Edades del Sujeto Pasivo.....	208
Tabla 21 Análisis del Tipo Estímulo a la Prostitución de Menores.....	222
Tabla 22 Edades del Sujeto Pasivo.....	224
Tabla 23 Análisis del Tipo Pornografía con Menores.....	229
Tabla 24 Edades del Sujeto Pasivo.....	233
Tabla 25 Análisis del Tipo Turismo Sexual.....	238
Tabla 26 Edades del sujeto pasivo.....	239

INTRODUCCIÓN

El presente módulo sobre los tipos penales comprendidos en el Título IV del nuevo Código Penal, correspondiente a los delitos contra “La Libertad, Integridad y Formación Sexuales”, es el producto de una investigación profesoral dirigida por el Director de Programa de la Facultad de Derecho Doctor Miguel de Jesús Niño Sandoval, que alcanzó a incluir la nueva normatividad en materia de delitos sexuales expuesta en la ley 599 de 2000.

Busca esta investigación, servir de instrumento académico didáctico e innovador en el estudio del Derecho Penal, con el propósito, por medio de la conceptualización y profundización, de facilitar tanto la comprensión como el aprendizaje, de uno de los Capítulos del Código Penal más interesantes en su estudio, debido a los bienes jurídicos que protege por comprometer aspectos muy significativos de la persona humana como lo son su libertad y dignidad.

Este trabajo de grado está compuesto por siete capítulos, de los cuales, los dos primeros sirven de eje y soporte de los otros por que son fundamento filosófico (capítulo I) y constitucional (capítulo II) de los delitos contra “La Libertad, Integridad y Formación Sexuales”; debido a esto durante la investigación se hizo gran énfasis en el desarrollo de estos. Es precisamente de la aprehensión que

tengan los alumnos de estos Capítulos lo que posteriormente permitirá el correcto aprendizaje del tema por la connotación conceptual sobre la "libertad" y las bases constitucionales de los delitos sexuales.

Es importante resaltar que los temas como "la libertad" y la "dignidad de la persona humana", ya han sido tratados a fondo en distintas asignaturas dentro del plan académico de la Facultad de Derecho, por lo que el presente módulo no pretende tener como objeto principal el estudio de estos temas. Sin embargo son tratados concienzudamente y con rigurosidad, apoyados en textos de doctrinantes especializados en estos temas, al ser parte esencial en la disertación de ésta Monografía.

Los cinco capítulos restantes corresponden a cada una de las divisiones contenidas en el Título IV del nuevo Código Penal, manteniendo en el capítulo IV de esta investigación el Capítulo II del Título XI del Código Penal de 1980 correspondiente al "Estupro", Capítulo que es omitido por la Ley 599 de 2000; esta distribución se realizó por criterios pedagógicos que facilitaran al alumnado el estudio del articulado.

En cada uno de estos capítulos se conceptualizan sus delitos, indicando los elementos; bien jurídicamente tutelado, sujetos, conducta, y el fundamento jurisprudencial para los delitos que lo tengan, acompañados de tablas que

contienen el análisis de cada uno de los tipos penales así como de las edades sobre las que recae el delito en el sujeto pasivo.

Para el desarrollo de los Capítulos anotados en el párrafo anterior, se investigó tanto en la doctrina nacional como extranjera, haciendo énfasis en la primera, para poder retomar las apreciaciones más importantes y precisas que los autores proporcionan, con el fin de transcribir en la Monografía los conceptos ofrecidos por los tratadistas que en mayor y mejor forma contribuyeran, al buen entendimiento de los delitos sexuales.

Una vez hecho el anterior fundamento doctrinal se exponen casos prácticos que permiten poner a prueba las nociones adquiridas por los educandos.

Estos casos fueron concebidos, de tal forma que ofrecieran en el alumnado la dificultad necesaria para poder procurar en ellos un discernimiento amplio y minucioso, para así, con base en los conceptos expresados por la doctrina y la jurisprudencia, poder evaluar cada caso con las herramientas aportadas dentro del módulo. Es gracias a la recopilación de las mejores citas de los autores contenidos en la investigación, el mejor instrumento para dar solución a los casos propuestos.

Casos como el presentado a propósito del artículo 209 son de gran interés, porque muestran un vacío de la ley Penal respecto de la Civil, que ofrece una discusión interesante para ser estudiada por los discípulos.

Bajo la rigurosa dirección del Doctor Niño fueron recopilados los textos de varios de los tratadistas más reconocidos a nivel nacional en el estudio de los delitos sexuales, hecho que sin duda repercutió en el desarrollo positivo de la investigación.

Comencemos entonces el estudio de los delitos contra "La libertad, Integridad y Formación Sexuales" objeto, como ya se dijo, de esta investigación profesoral en la asignatura de Derecho Penal Especial.

***CAPÍTULO I. FUNDAMENTO FILOSÓFICO DE LOS DELITOS
CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN
SEXUALES.***

1 INTRODUCCIÓN AL FUNDAMENTO FILOSÓFICO

Este primer Capítulo tiene como fin servir de fundamento y soporte en el desarrollo de ésta investigación debido a que es el cimiento para adentrarse en el entendimiento de los delitos contra la "Libertad, Integridad y Formación Sexuales".

Es por lo anterior que en el presente Capítulo trataremos el tema de la libertad, estableciendo los lineamientos conceptuales que permiten mas adelante aprehender las nociones de los tipos penales comprendidos en el Capítulo IV del nuevo Código Penal.

Son base para el análisis de éste Capítulo los libros: "La persona y sus Derechos" y "El Concepto de Persona y Los Derechos Humanos" de Ilva Miryam Hoyos Castañeda, "Pensamiento Social Contemporáneo" de Francisco José Herrera Jaramillo, "Dignidad: ¿Una Palabra Vacía?" de los autores españoles Lourdes Millán Puelles y Tomás Melendo y el Catecismo de la Iglesia Católica.

Este Capítulo como ya se anotó anteriormente busca circunscribir al lector dentro de los conceptos entorno a la libertad, apoyado en los textos expuestos anteriormente, con el fin de ubicar al estudiante en éste tema, teniendo en cuenta

que debió haber sido estudiado en varias asignaturas cursadas previamente dentro del “pensum” de la Facultad de Derecho.

Comencemos entonces diciendo. La persona humana posee una serie de atributos propios de su condición de “persona” originarios en su misma naturaleza, que lo diferencia de los otros seres vivos a su alrededor; como bien afirma la Doctora Ilva Miriam Hoyos en el libro “Concepto de Persona y los Derechos Humanos”, “La libertad es un atributo propio de la persona, del ser subsiste en una naturaleza perfecta, es decir, del individuo que existe en sí y por sí como un todo completo con sus determinaciones esenciales y sus características accidentales integradas en el acto de ser que ejerce por su propia cuenta.”¹

Debido a que el “individuo existe en si y por si como un todo completo” podemos afirmar que el hombre no se debe a otro, sino por el contrario, goza de una individualidad que se refleja en muchas dimensiones de su actuar permitiéndole ser responsable de sí y de sus actos sin depender de la voluntad de otro semejante, “Pues bien, la persona humana es, en razón de su subsistencia y de su naturaleza, dueña de sí misma, no puede estar sometida a otro, no es ni puede ser esclava de nadie. Es dueña de sí y de sus actos”². El hecho que la persona es “dueña de sí misma” tiene repercusiones invaluablees para ésta, es aquí donde se

¹ HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. “El Concepto de persona y los Derechos Humanos”. Universidad de La Sabana. Bogotá, 1991. p. 188 y 189.

² *Ibid.*, HOYOS CASTAÑEDA., p. 189.

observa el por que de la imposibilidad del sometimiento del ser humano por parte de otro y la justificación de una legislación que penalice las conductas que atenten contra la libertad de la persona de ésta manera. Capítulos como el IV del Título IV del Código Penal gozan de acertada existencia al defender al individuo de la “Trata de Personas” y el comercio carnal.

El Catecismo de la Iglesia Católica nos muestra la estrecha relación existente entre la libertad humana respecto de su voluntad y razón, al momento de actuar, relación que será posteriormente resaltada en otros autores teniendo en cuenta la autonomía de la persona al ser ésta dueña de su actos, “La libertad es el poder, radicado en la razón y en la voluntad, de obrar o de no obrar, de hacer esto y aquello, de ejecutar así por sí mismo acciones deliberadas. Por el libre arbitrio cada uno dispone de sí mismo. La libertad es en el hombre una fuerza de crecimiento y de maduración en la verdad y la bondad.”³

El anterior concepto contenido en el Catecismo de la Iglesia Católica es reafirmado por el Profesor Francisco Herrera en su libro, “Pensamiento Social Contemporáneo”, al apoyarse en el Documento “Introducción sobre Libertad Cristiana y Liberación” de la Iglesia Católica; Herrera llama la atención en la dirección al bien objetivamente considerado para poder ser verdaderamente libre

³ CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA, Editorial San Pablo, Santa Fe de Bogotá D.C., 2000, Numeral 1731. p. 593.

que debe poseer la voluntad de la persona al momento de actuar, ya que la libertad debe estar gobernada y orientada a él, "La libertad no es la libertad de hacer cualquier cosa, sino que es libertad para el bien, en el cual solamente reside la felicidad. De este modo el bien es su objetivo.

Por consiguiente el hombre se hace libre cuando llega al conocimiento de lo verdadero, y esto - prescindiendo de otras fuerzas - guía su voluntad. La liberación en vistas de un conocimiento de la verdad, que es la única que dirige la voluntad, es condición necesaria para una libertad digna de éste nombre."⁴

Reafirmando la postura de Herrera, acertado es afirmar que "La libertad en su sentido más habitual se entiende como el dominio que tiene la persona sobre sus actos y sobre la determinación y contenido de estos actos, es decir como, libertad psicológica o libre arbitrio"⁵, debido a que es precisamente el exceso en el "dominio que tiene la persona sobre sus actos" lo que puede llegar a ser la vulneración de los bienes jurídicamente tutelados de los miembros de un conglomerado, atentando contra las garantías legales de los individuos adentrándose en algunos casos en el campo de lo penal.

⁴ HERRERA JARAMILLO, Francisco José. "Pensamiento Social Contemporáneo", Universidad de La Sabana, Santa Fe de Bogotá, 1995. p. 234 - 235

⁵ HOYOS CASTAÑEDA. Op. cit., p. 190.

De acuerdo con la anterior postura encontrada en el libro, “Concepto de Persona y Los Derechos Humanos”, el Catecismo de la Iglesia Católica hace referencia a la responsabilidad como el verdadero dominio del actuar humano, “La libertad hace al hombre responsable de sus actos en la medida en que éstos actos son voluntarios. El progreso en la virtud, el conocimiento del bien, y la ascesis acrecientan el dominio de la voluntad sobre los propios actos.”⁶

*Es pues, cuando más responsable de sus actos debe ser la persona, por que tal capacidad para determinarse debe ceñirse a un juicio de razón que le permita autorregularse en orden al bien, no solo personal sino social, por el carácter de alteridad del individuo “La capacidad radical de autodeterminarse en un sentido o en otro es posible porque la persona posee un “**iudiciun liber de agendis**”, un juicio práctico libre que se funda en las facultades volitiva e intelectual”⁷ Dichas facultades son precisamente las que permiten un actuar responsable consigo mismo, comprometido con la búsqueda de un orden social justo en bien del conglomerado por que “Ser libre es ser dueño de su propio juicio”. Esta última apreciación pone de presente la importancia que posee, en la libertad de la persona, el ser dueño de su juicio, de un recto juicio.*

⁶ CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA. Op. cit, Numeral 1731. p. 593.

⁷ HOYOS CASTAÑEDA. Op. cit., p. 190.

El libro “Pensamiento Social Contemporáneo”, haciendo referencia al mismo documento de la Iglesia citado anteriormente, ratifica las posturas de Hoyos Castañeda y el Catecismo de la Iglesia, con base en la necesidad de la autodeterminación de la persona en orden al bien para poder actuar verdaderamente libre, “En otras palabras la libertad, que es dominio interior de sus propios actos y autodeterminación, comporta una relación inmediata con el orden ético. Encuentra su verdadero sentido en la elección del bien moral. Se manifiesta pues como una liberación ante el mal moral.

Continúa Herrera afirmando, “El hombre, por su acción libre, debe tender hacia el Bien supremo a través de los bienes que están en conformidad con las exigencias de su naturaleza y de su vocación divina.

Él, ejerciendo su libertad, decide sobre sí mismo y se forma a sí mismo. En éste sentido, el hombre es Causa de sí mismo.”⁸

De acuerdo con los conceptos antes citados es válido precisar, “El fundamento de la libertad moral radica en el bien humano, en el bien operativo, en el bien práctico, por el que cada hombre se da la posibilidad de asumir su propio ser

⁸ HERRERA JARAMILLO. Op. cit., p. 235.

*correctamente. La libertad en sentido estricto es la real determinación de asumir nuestro ser y nuestra naturaleza rectamente*⁹. Con base en el anterior concepto podemos afirmar que existen actos que son objetivamente buenos, independientemente de la subjetivación a la que las personas están actualmente acostumbrados, evitando “asumir nuestro ser correctamente”, afectando el actuar humano ubicándolo bajo una óptica relativa.

*Tomás Melendo y Lourdes Millán Puelles, refiriéndose en igual forma que los otros autores aquí citados, llama la atención de cómo el bien siendo objeto de la libertad daría como resultado la perfección de ésta, Por eso, siendo el bien el objeto propio de la voluntad, no hay contradicción entre ser libre y no poder elegir el mal: se daría entonces, precisamente, la perfección de la libertad.*¹⁰

Surge el cuestionamiento entorno al momento en que se logra ser efectivamente libre, situación que es difícil de lidiar bajo una óptica subjetivista, por esto es preciso resaltar que “La libertad moral es la capacidad que corresponde a la persona humana de determinarse en torno al bien”¹¹. “La libertad moral se alcanza por el efectivo ejercicio de las acciones buenas, por medio de las cuales cada persona adquiere hábitos y realiza plenamente su ser”¹². Cuando la persona actúa

⁹ HOYOS CASTAÑEDA. Op. cit., p. 191.

¹⁰ MELENDO, Tomás y MILLAN PUELLES Lourdes, “Dignidad Una Palabra Vacía”. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona. p. 59

¹¹ HOYOS CASTAÑEDA. Op. cit., p. 190.

¹² *Ibid.*, HOYOS CASTAÑEDA. p. 190.

por medio de acciones rectas logra ser verdaderamente libre de acuerdo con lo explicado en éste Capítulo, así lo corrobora la Doctora Hoyos, "El fundamento de la libertad moral radica en el bien humano, en el bien operativo, en el bien práctico, por el que cada hombre se da la posibilidad de asumir su propio ser correctamente".

Se puede definir la libertad después de hacer la aclaraciones previas así: "La libertad en sentido estricto es la real determinación de asumir nuestro ser y nuestra naturaleza correctamente"¹³. Nótese como en la anterior definición que el concepto de libertad esta atado al juicio intelectual de la persona en cuanto al actuar correcto de su ser conforme a lo explicado en relación al Catecismo de la Iglesia y los demás autores.

Es interesante observar como algunas personas no actúan conforme a lo manifestado hasta éste momento, atentando con su equivocada conducta no solo contra sus semejantes sino en contravía de su propio ser; es el caso de quienes no proceden siguiendo el norte del bien verdadero y se tienen así mismos como objetos y medios, y no como fines en sí mismos. Se encuentran entre estos sujetos las meretrices quienes no son realmente libres al hacer un uso errado de su libertad, así lo aseveran los autores del libro "Dignidad: ¿Una Palabra vacía"?, "De ahí que el comercio con el propio organismo, o con cualquiera de sus

¹³ *Ibid.*, HOYOS CASTAÑEDA. p. 191.

componentes, exhiba siempre un deje de prostitución. (Vender la propia sexualidad, alquilar el propio útero, donar con miras exclusivamente económicas una porción de la propia persona..., mancilla intrínsecamente la condición excelsa del ser humano, transformándolo - de manera más real que metafórica - en cosa, en simple objeto.”¹⁴

Si bien se afirmó que la libertad estaba atada al actuar recto de la persona, surge el cuestionamiento respecto de la conducta de quien ya sea por edad o por alguna deficiencia física tenga viciado éste. Para solucionar esta duda es preciso recordar que “La Libertad es un atributo de la persona humana, un bien que le ha sido imputado desde el momento mismo de su concepción, en cuanto cosa suya tiene una dimensión jurídica de carácter natural”¹⁵, goza de tal protección jurídica la libertad que se protege desde el momento del nacimiento y es reconocida como atributo de la personalidad; un ejemplo de esta protección es el expuesto en el Código Penal en todos los artículos del Título IV donde se tutela “La Libertad Sexual” que es una de las dimensiones de ésta.

Todo lo que atente contra el ejercicio de tan magno derecho natural como es el de la libertad, atenta también contra la dignidad de la persona humana, como sucede con los bienes jurídicamente tutelados en los delitos sexuales al ser estos vulnerados, “Por consiguiente, todo cuanto dificulte el ejercicio de semejante

¹⁴ MELENDO y MILLAN PUELLES. Op. cit., p. 162.

¹⁵ HOYOS CASTAÑEDA. Op. cit., p.192.

*libertad - coacciones físicas o psíquicas, desinformación, demagogia, esclavitud, torturas... - se alza como una afrenta innegable contra la dignidad de la persona.*¹⁶

La libertad como derecho goza de una importancia trascendental como aquí se expresa, "Más bien tendría que decirse que en tanto es auténtico derecho debe ser reconocido por la norma jurídica. La libertad como derecho es aquella cuyo ejercicio es exteriorizable y pertenece al ámbito de la autodeterminación de la persona."¹⁷, por ser un derecho la libertad es reconocida y tutelada por la legislación, para el caso de esta investigación esto se evidencia en la protección, como se anoto anteriormente, de la "Libertad, Integridad y Formación Sexuales". Dicha protección contenida en el nuevo Código Penal es precisa en tanto la vulneración de los derechos tutelados en éste, atentan contra aspectos íntimos de la persona atacando ya sea la libertad de las personas, así como su honor y pudor sexual.

Un ejemplo de la vulneración del derecho a la libertad es el que se presenta en los Capítulos del Título IV del Código Penal, así lo certifican Melendo y Millán Puelles, al describir el quebrantamiento de éste derecho por medio de la pornografía, "La más clara, quizá, es la de la pornografía, en la que los individuos presentados se ven desprovistos - con plena voluntariedad, tal vez, ¡ qué importa! - Del contenido

¹⁶ MELENDO y MILLAN PUELLES. Op. cit., p. 180.

¹⁷ HOYOS CASTAÑEDA. Op. cit., p. 193.

profundo que eleva y magnifica las exteriorizaciones corporales del amor: su organismo físico, expresión privilegiada de la grandeza personal, queda reducido a un conjunto de gestos y actitudes sin vida, yertos, abstractos, incapaces de sugerir la distancia infinita que separa la sexualidad humana y la de los animales inferiores.”

En el Libro “Concepto de Persona y los Derechos Humanos” la Doctora Hoyos hace referencia a las repercusiones jurídicas de la libertad como derecho, que son de gran valor para éste Capítulo de conformidad con el desarrollo que hasta el momento llevamos: “Las implicaciones jurídicas de la libertad como derecho son diversas, pueden resaltarse entre las más significativas las siguientes:

***a)** La prohibición de cualquier clase de esclavitud, porque la persona no puede ser dominada por otro, en tanto que es un ser libre, dueño de sí y de su entorno; **c)** el reconocimiento de la libertad como atributo que corresponde a toda persona humana; **d)** El respeto y protección de un ámbito de intimidad personal inmune al control del Estado, en tanto se trate de acciones que no afecten el orden social”¹⁸.*

Con base en las implicaciones citadas anteriormente se dilucida con mayor claridad la necesidad de protección del Estado a la persona por medio de una legislación apropiada que la proteja de comportamientos que atenten contra su libertad y conducta sexual, que prevengan a la persona de ser víctima de alguno de los

¹⁸ *Ibid.*, HOYOS CASTAÑEDA. p. 193.

delitos sexuales que la convierten no en un fin en sí misma, sino por el contrario en un medio, convirtiéndola en un objeto de las distintas aberraciones de los sujetos activos de estos tipos penales, de acuerdo con lo que se explicó con base en la cita de Melendo y Millán anotada anteriormente.

Es precisamente del resultado del manejo de la libertad que el individuo hace de su ser lo que ocasiona o no, la vulneración de un bien jurídicamente tutelado permitiendo al Estado penar su conducta de una u otra manera “La Libertad como dimensión esencial de la persona es el presupuesto necesario para poder imputarle un castigo o una recompensa. Sólo al ser naturalmente libre y, por ende, dueño de sí mismo, es posible atribuirle en sentido moral o jurídico el resultado de su acción”¹⁹. Es labor del legislador determinar la gravedad de la conducta de uno de los miembros del conglomerado y atribuirle el correctivo necesario con el fin de restablecer el derecho afectado y proteger el orden social.

Francisco Herrera recalca refiriéndose a la propiedad de los actos de la persona y su correspondiente responsabilidad, reforzando la tesis expresada en el párrafo anterior con base en la posibilidad de imponer un castigo a quien no actúe responsablemente en el manejo de su libertad, “Sin embargo, por su libertad, el hombre continua siendo dueño de su actividad. Las grandes y rápidas transformaciones de nuestra época le plantean un reto dramático: dominar y

¹⁹ *Ibid.*, HOYOS CASTAÑEDA. p. 195.

controlar, mediante su razón y libertad, las fuerzas que desarrolla al servicio de las verdaderas finalidades humanas."²⁰

*De la autonomía de la persona para desarrollarse libremente en orden al bien se producen efectos que atañen al derecho debido al poder jurídico por ésta ejercido. Estas implicaciones tienen consecuencias de gran importancia en todos los campos legales ya que esta dimensión del actuar humano interviene en las reglas establecidas, "El principio de la autonomía de la voluntad, es estricto sentido, autonomía de la persona, es un efecto de la libertad personal. Porque la persona es libre tiene el poder jurídico de realizar actos a través de los cuales puede originar, modificar o extinguir relaciones jurídicas"*²¹.

²⁰ JARAMILLO HERRERA. Op. cit., p. 238.

²¹ HOYOS CASTAÑEDA. Op. cit., p. 198.

***CAPÍTULO II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA
LIBERTAD, EL HONOR Y EL PUDOR SEXUAL Y DIGNIDAD
HUMANA.***

1 LA LIBERTAD SEXUAL

“Es el derecho que tiene la persona para disponer de su cuerpo, en lo erótico como a bien tenga.

Dado el respeto a la dignidad del hombre, es obvio que nadie, cualquiera que sea su raza, sexo, edad, condición social o moral pueda ser sometido sin su consentimiento a relación sexual alguna. Si ello ocurriere, se tiene una ofensa a la libertad sexual, interés necesario a una ordenada convivencia humana”²².

Otro concepto respecto de libertad sexual como bien jurídico tutelado nos dice que es la “Facultad del ser humano de autodeterminar y autorregular su vida sexual; está unida naturalmente a las finalidades específicas de la sexualidad humana y al concepto de dignidad que gravita sobre todo hombre.

Así, la libertad sexual no se ha de entender como posibilidad ilimitada de disposición del propio cuerpo; este derecho humano presenta determinaciones y límites naturales”²³.

²² BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto y BARRERA MÁRQUEZ, Jaime Darío. “Delitos Sexuales”, cuarta edición Ediciones Librería del Profesional, Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 75.

²³ PABON PARRA, Pedro Alfonso, “Manual de Derecho Penal”. Quinta Edición, Editorial Leyer. Santa Fe de Bogotá, D.C., 2000 p. 549.

Estas ideas planteadas anteriormente son corroboradas por el tratadista Luis Carlos Pérez al afirmar que “La Libertad Sexual consiste en la facultad de acoplarse sin coerciones y en el dominio de los poderes genésicos. El conocimiento de la función sexual, la educación, la dignificación de todos los seres humanos, el respeto de sus preferencias, y sobre todo, la igualdad social son, como el dominio de las otras situaciones que se plantean a la criatura, el principio de la libertad consiguiente. Sin igualdad social no hay plena libertad sexual”²⁴.

Nuestra Constitución Política no escapa al reconocimiento de tan importante Derecho y atributo de la persona humana, es así como el artículo 17 de la Constitución Política de Colombia reza: “Se Prohíbe la esclavitud, la servidumbre y trata de seres humanos en todas sus formas.”²⁵

Respecto de la libertad sexual en relación con el artículo 17 de la Constitución Política antes mencionado, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-285 de 1997 con ponencia de Carlos Gaviria Díaz donde se refiere la no disminución de la libertad sexual entre los cónyuges por el hecho de estar casados, debido a la no enajenación de un cónyuge al otro por el hecho de mediar entre ellos un vínculo matrimonial. Así la Corte se pronuncio diciendo “La libertad sexual del cónyuge no puede considerarse disminuida por el hecho del matrimonio, pues

²⁴ PÉREZ, Luis Carlos, “Manual de Derecho Penal”. Sexta Edición, Editorial Temis, Bogotá. 1.977. p. 331.

²⁵ OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. “Constitución Política de Colombia Comentada y Concordada”. Cuarta edición, Editada por el Concejo de Santa Fe de Bogotá. Santa Fe de Bogotá, 1999. p. 49.

*de lo contrario se estaría en presencia de una forma de servidumbre, proscrita por la Constitución (art. 17). Con el matrimonio se adquieren deberes civiles, pero no se enajena la persona. Por tanto, la conducta del agresor es tan injusta cuando la violencia sexual se ejerce sobre su cónyuge como cuando la víctima es un particular.*²⁶

2 HONOR SEXUAL

*“Se entiende de doble manera: **a)** como sentimiento íntimo de estimación y respeto a la propia dignidad, que es lo que se denomina propiamente honor (subjetivo); y **b)** como buena fama o reputación de que goza una persona ante los demás, que es lo que se llama honor objetivo u honra.*

En otros términos: El honor subjetivo es de naturaleza personal y la honra es de naturaleza social. El primero está ligado a las concepciones éticas de cada cual, según su posición en la vida, y responde a los sentimientos consiguientes, mas o menos variables según la índole y actividades del sujeto. El segundo es predominantemente externo, se refiere a la valoración de la persona y de su

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-285 del 5 de junio de 1997. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. Medio Magnético, C.D., Corte Constitucional.

*conducta hecha por otras, y puede prolongarse en las generaciones y los grupos. Sin que esta permanencia le quite su sentido fluctuante y tornadizo*²⁷.

El constitucionalista Hernán Alejandro Olano en su libro “Constitución Política de Colombia Comentada y Concordada”, cita la sentencia T- 412 de 1992 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero a propósito del artículo 21 de la Constitución Política, que reconoce el derecho fundamental al Honor. Dicha sentencia hace reflexiones respecto del honor y la honra de la misma forma en que lo hace Luis Carlos Pérez como se expuso en el párrafo anterior.

La sentencia anotada anteriormente citada por Olano afirma: “Aunque honra y honor sean corrientemente considerados como sinónimos, existe una diferencia muy clara entre ellos. Honor se refiere a un valor propio de que de sí mismo tiene la persona, independientemente de la opinión ajena; en cambio la honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de uno, con independencia de que realmente se tenga o no honor, uno es el concepto interno- el sentimiento interno del -honor-, y otro el concepto objetivo externo que se tiene de nosotros -honra-. El derecho fundamental a la

²⁷ *Ibid.*, PÉREZ. p. 331.

*honra es de aplicación inmediata, por tanto no requiere para su aplicación la mediación de otra norma jurídica.*²⁸

La anterior concepción del honor sexual hace la diferenciación respecto de lo que es considerado como honor y honra, distinción que la Corte Constitucional hace en la sentencia C-063 de 1994 con ponencia del mismo Magistrado Alejandro Martínez Caballero que veremos mas adelante.

Los tratadistas Jaime Darío y Humberto Barrera con el ánimo de explicar el honor sexual se remontan a la definición que nos brinda la Real Academia de la Lengüa; acto seguido explican tal honor respecto de la mujer limitándolo a la conducta por ésta asumida, dice el diccionario de la Real Academia que el honor "es una cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestro deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos." Agrega que " consiste también en la honestidad y recato en las mujeres y buena reputación que se granjean con esas virtudes.

²⁸ OLANO GARCÍA. Op. cit., p. 58.

*En cuanto a la mujer, la moral sexual se confunde con la castidad, entendida esta como el sometimiento a las normas que gobiernan el uso de los placeres eróticos.*²⁹

*No es de desconocer que los bienes jurídicamente tutelados en los delitos sexuales objeto de éste Capítulo guardan estrecha relación ya que no son ajenos entre ellos, por el contrario, se interrelacionan en la protección de tales derechos protegidos, “El pudor, pues, no es una facultad natural del hombre como la libertad de obrar o no obrar, sino un concepto artificial, un hábito adventicio del hombre de obrar en materia sexual discreta y pulcramente. Por esto, el pudor esta ligado a la libertad sexual: al hábito del hombre de realizar su relación sexual en el ámbito sagrado de la intimidad. Y en este sentido, con la violación de la libertad sexual, se viola simultáneamente el pudor sexual”.*³⁰

*Ramón Acevedo Blanco continúa diciendo, “También estuvieron siempre ligados pudor y honor sexual. El honor de la mujer, relacionado con su conducta sexual, guardaba estrecho vínculo con el pudor, con el recato, con el respeto de la propia dignidad y con el concepto de reputación o fama en que la tuvieran los demás”*³¹.

²⁹ BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. Op. cit., p. 78.

³⁰ ACEVEDO, BLANCO Ramón. “Manual de Derecho Penal”, Editorial Temis. Bogotá Colombia. 1983. p. 203

³¹ *Ibid.*, ACEVEDO BLANCO. p. 203.

De esta forma la Constitución Política de Colombia ampara el honor reconociéndolo como derecho fundamental en el Artículo 21 donde "Se garantiza el derecho a la honra. La Ley señalará la forma de su protección", este Artículo fue base para que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-063 de 1994 precisara los conceptos de honra y honor, corroborando la diferenciación hecha por el tratadista Ramón Acevedo Blanco citado anteriormente; así, la Corte se pronunció: "Aunque honra y honor sean corrientemente considerados como sinónimos, existe una diferencia de uso entre ellos. El honor se refiere a la conciencia del propio valor, independiente de la opinión ajena; en cambio la honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de uno, con independencia de que realmente se tenga o no honor; uno es el concepto interno - el sentimiento interno del honor-, y otro el concepto objetivo externo que se tiene de nosotros – honra -. "³²

La Corte en ésta misma Sentencia recuerda el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre de Derechos Humanos, también llamado "Pacto de San José de Costa Rica", donde se reconoce la protección de este derecho siendo aprobado mediante la ley 74 de diciembre 26 de 1968.

³² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-063 del 17 de febrero de 1994. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Medio Magnético, C.D., Corte Constitucional.

3 PUDOR SEXUAL

El pudor sexual es otro de los bienes jurídicamente tutelados en el título IV del nuevo Código Penal; a diferencia del Código de 1980 que hacía referencia expresa a éste bien tutelado en los delitos sexuales, denominándolo “Delitos contra la Libertad y Pudor Sexuales”.

Ésta denominación que protegía expresamente el “pudor sexual” de las personas, se mantuvo desde el 29 de enero de 1981 fecha en la que entró a regir el Decreto 100 de 1980 (Código de 1980), hasta el 7 de febrero de 1997, momento en el cual comenzó a regir la modificación que ésta ley hacía al Código Penal de 1980. En ésta reforma se cambió la denominación que el legislador inicialmente había dispuesto, designando a éste Título con el nombre de “Delitos contra la Libertad sexual y la Dignidad Humana”

Con el nuevo Código Penal se nombró con el Título de delitos contra “La Libertad, Integridad y Formación sexuales” al articulado correspondiente a los delitos sexuales.

Respecto al pudor sexual podemos decir, “Se identifica con él recato y la vergüenza. Es un valor innato, que hace orientar el comportamiento sexual de

toda persona, según principios de delicadeza y respeto por el propio cuerpo y los propios órganos sexuales.

El pudor es un movimiento natural que hace que se rechace lo obsceno con sentimiento de repugnancia y se protege la propia intimidad corporal. Es reflejo de la sublimidad de las formas e instintos sexuales; es un valor necesario de conservar e incrementar en la comunidad.

El pudor es una tendencia del ser humano a obrar en cuanto a las acciones de su cuerpo y de su sexo, de una manera limpia, pulcra y ordenada con sujeción a los fines, funciones y naturaleza de su aparato reproductor de su impulso sexual. De acuerdo al anterior criterio muchas son las conductas a incriminar como atentatorias del pudor sexual, pero el ordenamiento penal no se puede convertir en un catalogo moral orientado por principios relativos y subjetivos³³.

No muy alejado de ésta postura Lisandro Martínez Zúñiga afirma "El pudor se ha definido como el natural sentido de reserva que ha de circundar las cosas del sexo, o como, el deseo, la necesidad de una persona aun perfectamente conocedora de todos los misterios y complicaciones del amor, de no ser a asistir en público a la evocación de tales misterios."³⁴

³³ PABON PARRA. Op. cit., p. 550.

³⁴ MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Lisandro. "Derecho Penal Sexual". Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1977. p. 53.

4 DIGNIDAD HUMANA

El Código Penal de 1980 dedicaba el Título XI a los delitos contra "La Libertad Sexual y la Dignidad Humana" cómo ya se explicó, Capítulo que tenía como fin la protección de los bienes jurídicos de la libertad Sexual y la dignidad humana entre otros; la nueva legislación Penal hace un cambio en la denominación de los delitos sexuales sin que por éste motivo se haya dejado de tutelar la dignidad de la persona humana como bien jurídicamente protegido.

Antes de entrar a analizar el fundamento Constitucional de la Dignidad Humana, objeto de este Capítulo, es conveniente recordar algunos conceptos respecto de la dignidad que fueron ya estudiados en la asignatura, "Introducción al Derecho" vista en primer semestre.

A manera introductoria se puede decir de la dignidad: "En una primera instancia, lo más que podría afirmarse de la dignidad es que constituye una sublime modalidad de lo bueno: la excelencia de aquello que está dotado de una categoría superior."³⁵ Lourdes Millán Puelles y Tomás Melendo en ésta primera aproximación para llegar al concepto de dignidad resaltan la "excelencia" como característica de ésta; elemento que también distingue Ilva Myriam Hoyos Castañeda al afirmar "La

³⁵ MELENDO y MILLAN PUELLES. Op. cit., p. 31.

*dignidad significa excelencia, eminencia, grandeza y superioridad. Todo hombre tiene, en tanto ser creado, excelencia, eminencia y superioridad en el ser.*³⁶ La “excelencia, eminencia y superioridad” a la que hace referencia Hoyos Castañeda implica la complejidad que envuelve éste concepto de tanta relevancia para la persona humana.

Continúa explicando Hoyos, “También la excelencia, la eminencia, la superioridad son algo absoluto que pertenece a la esencia, porque expresan que aquél a quien se aplican tiene una perfección intrínseca: Participa plenamente del Ser.

*En tanto que el ser de la persona es dinámico u operativo, la dignidad de la persona también dice relación a los fines, en tanto que estos están intrínsecamente presentes como ordenación natural.*³⁷

*Esa perfección a la que se hace referencia es nota característica de la dignidad de la persona humana, es reconocida también en el libro “Dignidad: ¿Una palabra vacía?” donde sus autores la relacionan directamente con la noción de dignidad, “En sentido absoluto, el vocablo digno apela a una perfección, a una bondad, a algo que, en cualquier caso, hay que calificar como positivo.”*³⁸

³⁶ HOYOS CASTAÑEDA, Ilva M. “La Persona y Sus Derechos”, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 2.000. p. 78 y 79.

³⁷ Ibid., HOYOS CASTAÑEDA. p. 79.

³⁸ MELENDO y MILLÁN PUELLES, Op. cit., p. 32.

Esa apelación que hacen estos autores españoles sobre el significado de la dignidad respecto de la bondad, constituye un bien debido con base en la excelencia que denota ésta eminencia de la persona humana, “La dignidad no es un concepto neutro o indiferente sino una eminencia de ser buena que constituye un bien. Por ello, hay cosas indignas, cosas contrarias a la dignidad humana.

La dignidad se encuentra referida a toda persona y a toda la persona, con lo cual también se quiere dar a entender que en la persona no hay tendencias o inclinaciones naturales malas, porque sólo existen inclinaciones naturales a los fines del hombre.”³⁹ Éste último párrafo contenido en el libro “La Persona y sus Derechos” expone una dimensión de la dignidad de mucha relevancia; es la que se refiere a que ésta se predica en toda y todas las personas, no es una cualidad exclusiva de una raza o un grupo determinado de seres humanos sino que comprende a todos por igual.

Ésta última idea es de gran valor conceptual, ya que sirve de base para explicar la predicación que de todas las personas se hace de la dignidad. La dignidad es inherente a la persona humana y no es posible concebir una persona que no

³⁹ HOYOS CASTAÑEDA, Op. cit., p. 81.

ostenté ésta eminencia, "No cabe, pues, la eliminación de la dignidad personal; se encuentra ésta dotada de una estabilidad substancial." ⁴⁰

Sí bien no cabe la eliminación de la dignidad de la persona, si es posible atentar contra ésta, situación que se presenta con frecuencia al violentar contra el ser de la persona, al respecto observamos a Millán Puelles, "Sin embargo, sí que cabe, y es por desgracia muy común, atentar contra la dignidad de otras personas, no respetándolas o reverenciándolas de la forma y con la intensidad adecuada (aunque en tales casos, de hecho, se perjudica más la propia valía que la ajena)." ⁴¹

Dentro de ésta serie de atentados contra la dignidad de la persona humana los autores del Libro "Dignidad: ¿Una Palabra vacía?", son muy claros al reconocer que se atropella la dignidad cuando se quebranta la intimidad de las personas.

Ésta situación, como todas aquellas que atenten contra la dignidad se presentan al desorientar el trato de la persona, teniéndola como un objeto y no como un fin en sí misma, "En tercera posición, dentro de un elenco que no aspira a ser sistemático, se encuentran las acciones en las que la persona no es tratada como tal, como persona dotada de un dentro con una plétora de riqueza íntima; sino que

⁴⁰ MELENDO y MILLÁN PUELLES, Op. cit., p. 172.

⁴¹ *Ibid.*, MELENDO y MILLÁN PUELLES. p. 178.

se la reduce - o ella misma se rebaja - a la condición de objeto o cosa, provisto en exclusiva de un fuera, incapaz de manifestar ninguna densidad interior". ⁴²

*En este punto entran los autores a llamar la atención de las distintas formas de vulnerar la dignidad de la persona al atentar contra su intimidad, colocándola en "condición de objeto". Una de éstas es la prostitución, que para el estudio que realizamos en el presente módulo es de gran importancia, "Las posibilidades, aquí, son amplísimas desde las distintas modalidades de prostitución hasta el autovasallaje voluntario respecto al trabajo, por el que quien así actúa se torna mera herramienta, del todo supeditada a la obtención de los propios beneficios económicos."*⁴³

Es la anterior una demostración del atentado en contra de la dignidad de la persona, que se comete al infringir los tipos penales contenidos en el Capítulo IV del Título IV del Código Penal .

Es pues ésta la dignidad de la persona que protege nuestra Constitución Política, tema que trata Ilva Miryam Hoyos en el libro "La Persona y sus Derechos" que con anterioridad se ha venido citando.

⁴² Ibid., MELENDO y MILLÁN PUELLES, p. 182.

⁴³ Ibid., MELENDO y MILLÁN PUELLES, p. 182.

La Doctora Hoyos refiriéndose a la persona humana en relación a la Constitución política de 1991 nos dice "La Constitución Política de Colombia establece como principio fundamental de todo el ordenamiento jurídico y de la organización política el respeto a la Dignidad Humana, principio sobre el cual se estructura el Estado Social de derecho.

Es todo un acierto que la Constitución de 1.991 haya aceptado que el orden político y jurídico se funda en la dignidad de la persona y en los derechos que son inherentes o esenciales a ella."⁴⁴

Gracias a la inclusión en la normatividad constitucional colombiana del reconocimiento a al dignidad humana, y por ser ésta norma de normas, obliga a que la legislación (cualquiera que ésta fuera) tenga un norte común al no desconocer este principio, ya que tiene en cuenta (la Constitución Política) elementos no solo jurídicos sino sociales, económicos, religiosos etc., de ésta forma Hoyos Castañeda afirma: "Todos esos elementos se estructuran con base en el principio fundamental del respeto a la dignidad de la persona, de quien surgen estructuras jurídicas constituyentes o núcleos constitucionales primarios que dan origen a los derechos naturales, más conocidos hoy como derechos fundamentales, base de los derechos constitucionales."⁴⁵

⁴⁴ HOYOS CASTAÑEDA, Op. cit., p. 75.

⁴⁵ Ibid., HOYOS CASTAÑEDA. p. 76.

Consecuencia de lo anteriormente expuesto, la ley 360 de 1997 como ya se ha dicho en varias oportunidades cambia la denominación de los delitos sexuales con el fin de poner a tono ésta normatividad con la Constitución, los autores Barrera nos explican, "Con base en el Artículo 1º de nuestra Carta Política el legislador incluyó el término dignidad humana, como nueva denominación del Título XI del Código Penal, siendo este uno de los bienes jurídicos tutelados por el precitado Capítulo, se traen así al régimen penal colombiano principios del derecho humanitario reconocidos por la comunidad internacional y por el Gobierno colombiano mediante la celebración y ratificación de tratados internacionales"⁴⁶.

Por su parte Pedro Alfonso Pabón expresa "El reconocimiento de la dignidad de la persona significa respetar su integridad de tal, de ahí el principio de indemnidad personal, básico para entender la determinación del presente objeto jurídico, esto es, que las conductas contempladas en este Título atentan contra la dignidad concreta de la persona, es decir, se convierten en elemento de sometimiento y desigualdad"⁴⁷.

La Constitución Política de 1991 no escapa al reconocimiento de la libertad humana, por el contrario, le da a esta una relevancia notoria al estatuirlo en su artículo primero como ya se indicó anteriormente. Dicho Artículo reza: "Colombia

⁴⁶ BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. Op. cit., p. 88.

⁴⁷ PABON PARRA. Op. cit., p. 550.

*es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*⁴⁸

Es precisamente este artículo el que ha servido de base para que la Corte Constitucional mediante varios fallos haya creado jurisprudencia que permita precisar el alcance de este reconocimiento, un ejemplo de esto es la sentencia SU-062 de 1992 que tuvo como Magistrado Ponente a Vladimiro Naranjo Mesa, donde éste Alto Tribunal emitió el siguiente concepto en el cual se pronuncia en relación al derecho de la dignidad humana y el derecho a una vida digna "Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano.

⁴⁸ OLANO GARCÍA. Op. cit., p. 27.

Desarrollando los conceptos anteriores, la jurisprudencia constitucional en torno del derecho a la vida ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones de vida correspondientes a la dignidad intrínseca del ser humano. Ha tratado entonces del derecho a la vida digna, y se ha referido al sustrato mínimo de condiciones materiales de existencia, acordes con el merecimiento humano, llamándolo mínimo vital de subsistencia.⁴⁹

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-062 del 4 de febrero de 1999. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Medio Magnético, C.D., Corte Constitucional.

***CAPÍTULO III. DE LA VIOLACIÓN (CAPÍTULO I DEL TÍTULO
IV DEL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO)***

5 ACCESO CARNAL VIOLENTO

“Se da esta denominación genérica respecto de estas conductas: Acceso carnal violento (artículo. 298 Código Penal.1980), acto sexual violento (artículo 299 Código Penal 1980) y acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir.

Las tres conductas suponen la anulación de la voluntariedad del sujeto pasivo siendo utilizados como medios la violencia física o moral o la colocación en condiciones de irresistencia del sujeto pasivo, la cual no es mas que una especie categoría de violencia moral⁵⁰.

Art. 205. Acceso carnal violento. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años .

⁵⁰ PABÓN PARRA. Op. cit., p. 551.

5.1 ANÁLISIS DEL TIPO

Tabla 1 Análisis del Tipo Acceso Carnal Violento

ELEMENTOS	DESCRIPCIÓN
<i>Clasificación</i>	1. Tipo de resultado 2. Tipo de lesión 3. Tipo de conducta instantánea 4. Tipo mono-ofensivo
<i>Bien jurídico tutelado</i>	<i>La libertad sexual y la dignidad humana.</i>
<i>Sujeto Activo</i>	<i>Indeterminado y singular</i>
<i>Sujeto Pasivo</i>	<i>Individuo de la especie humana que se encuentre vivo.</i>
<i>Conducta</i>	<i>Verbo determinador simple: "realizar" acceso carnal</i>
<i>Objeto Material Personal</i>	<i>La persona violentada, quien es simultáneamente el sujeto pasivo del delito.</i>
<i>Tentativa</i>	<i>Admite la modalidad tentada. Por ser tipo de resultado cuya perfección exige la realización de una pluralidad de actos sucesivos, es admisible la modalidad tentada, la cual se determina de acuerdo a la naturaleza de los actos ejecutivos que se han alcanzado a realizar, los cuales deben orientarse directa e inequívocamente a la realización del hecho típico⁵¹.</i>
<i>Punibilidad</i>	<i>La pena oscila entre ocho (8) y quince (15) años de prisión.</i>

⁵¹ *Ibíd.*, PABÓN PARRA. p. 553.

5.2 FUNDAMENTO DOCTRINAL

5.2.1 CONCEPTO

El primero de los conceptos escogidos en la doctrina para explicar éste delito nos dice, "La conducta define y sanciona el acto sexual ejecutado en otra persona utilizando la violencia. La violencia es el uso de la fuerza, coacción o amenaza para vencer la voluntad y resistencia de la víctima; puede ser física o moral."⁵²

El argentino José Ignacio Garona se refiere también a la violencia en éste tipo afirmando, "La existencia de la violencia surge en todos aquellos casos en que la voluntad contraria de la víctima o se hizo impotente por medio de la fuerza física o fue subyugada por medio de una fuerza moral, consistente en la amenaza de males graves, presentes e irreparables."⁵³

"El medio idóneo a través del cual se realiza la violación, es la violencia; la fuerza física o moral. Y es que violación es eso: violencia, violentar, quebrantar la

⁵² LONDOÑO JARAMILLO. Jairo. 'Derecho Penal Especial II'. Segunda Edición. Ediciones Abogados Librería. Pereira, 1.996. p. 179.

⁵³ GARONA, José Ignacio, "El Delito Sexual El Aborto". Editorial Jurídica Bolivariana, Santa Fe de Bogotá, 1.994. p. 134.

*capacidad de voluntad del ser humano, por la fuerza. Es someter la voluntad de otro deseo, empleando la fuerza.*⁵⁴

Podemos decir en resumen que la violencia carnal : Es el delito que consiste en obligar a una persona a que esta sea accedida carnalmente, por medio de la violencia física o de la amenaza.

Es la introducción del órgano genital masculino dentro de cualquiera de las cavidades accesibles de penetración dentro del sujeto pasivo, que son la vagina o el ano.

Como se verá más adelante apropiado del artículo 212 de la nueva legislación penal (acceso carnal), éste nuevo tipo amplía la posibilidad de efectuarse el acceso carnal no solo por vía anal y vaginal como se afirmó en el párrafo anterior, sino que se extiende a la penetración por vía oral. Es pertinente remitirse al numeral II del Capítulo VI de ésta investigación, con el fin de precisar el concepto de acceso carnal contemplado en la Ley Penal colombiana.

⁵⁴ GARCÍA GARCÍA, Edgar y FIERRO MENDEZ, Heliodoro. "Tratado de Derecho Penal Especial". Tomo I, Editorial Irazu, Bogotá, 1.989. p. 111.

Basta con la penetración incompleta para que el acto sea consumado, es decir ni se necesita que sea agotado, y además debe ir acompañado de la intención de realizarlo.

El Catecismo de la Iglesia Católica hace referencia a la Violación, como un hecho dañino que se comete contra la persona menoscabando su libertad e integridad física. Es aplicable el concepto que sobre éste punto hace el Catecismo, no solo para el artículo 205 que estamos estudiando, sino para los artículos 206 y 207, "acto sexual violento" y "acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir" respectivamente, éstos tipo corresponden como ya se dijo al Capítulo de la "Violación".

Dice el Catecismo: "La violación es forzar agredir con violencia la intimidad sexual de una persona. Atenta contra la justicia y la caridad. La violación lesiona profundamente el derecho de cada uno al respeto, a la libertad a la integridad física y moral. Produce un daño grave que puede marcar a la víctima para toda la vida. Es siempre un acto intrínsecamente malo. Más grave todavía es la violación cometida por parte de los padres o de educadores con los niños que les están confiados."⁵⁵

⁵⁵ CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA, Op. cit., Numeral 2356. p. 770.

5.3 ELEMENTOS

5.3.1 Bien Jurídico Tutelado

La libertad y la dignidad humana. La Corte Constitucional precisa mediante fallo SU-062 de 1999 respecto del bien jurídicamente tutelado en los delitos de acceso carnal y acto sexual violentos que “En resumen, el bien jurídico protegido con la sanción de los delitos de acceso y acto carnal violentos es la libertad sexual y la dignidad de la personas; tales bienes jurídicos no pueden entenderse disminuidos por la existencia de un vínculo matrimonial, de hecho o por el simple conocimiento sexual anterior.”⁵⁶

5.3.2 Sujetos

- **Sujeto Activo:** *solo puede ser el hombre, por ser el único que cuenta con los medios naturales para hacerlo, además en la práctica este es el que más comúnmente puede por fuerza colocar a alguien en condiciones de practicar el acceso carnal.*

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-062 del 4 de febrero de 1999. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Medio Magnético, C.D., Corte Constitucional.

“El acto sexual aquí mencionado implica la intromisión viril por cualquiera de los esfínteres de la víctima. Por consiguiente, solo el varón puede ser sujeto activo de este ilícito punible”⁵⁷.

Es preciso anotar que la anterior cita es aplicable al Código Penal de 1980, debido a que la nueva norma Penal entrará a regir el 24 de julio de 2001 según se desprende del artículo 476 del nuevo Código Penal, esta norma reza:
“Vigencia. Este Código entrará a regir un (1) año después de su promulgación” .

La anterior anotación es pertinente ya que en el momento en que entre a regir el nuevo Código Penal, el sujeto activo del delito que estamos tratando cobijará no solo a los hombres, incluyendo a las mujeres, según se desprende del artículo 212 del nuevo Código. Esta aclaración es pertinente también para todos los delitos que tengan como verbo rector el acceso carnal.

- **Sujeto Pasivo:** *puede ser cualquier persona tanto hombre como mujer, con la única condición de que esté viva, es indiferente que sea honesta, y la edad que posea la víctima.*

⁵⁷ BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. Op. cit., p. 104.

Tabla 2 Edades del Sujeto Pasivo

ARTÍCULO	Recién nacido a 14 años	De 14 a 18 años	De 18 en adelante
Art. 205. Acceso carnal violento	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX

5.3.3 Conducta

- **Acceso Carnal:** *Este término es mucho más amplio que el de coito pues el acceso permite que el sujeto pasivo sea también el hombre, con esto se quiere decir que el acceso se da toda vez que el órgano genital masculino penetre o se introduzca dentro del cuerpo de la víctima.*

“El acceso carnal se inicia con la penetración, así sea parcialmente, del genital masculino en el femenino, o en el ano. Y tal es precisamente, en opinión de la mayoría de la doctrina, el momento en que se consuma el delito de violencia carnal. Dicha penetración puede aun ser mínima; no se requiere que sea perfecta, ni completa.”⁵⁸

Refiriéndose a los tratadistas Vincenzo Manzini, Manfredini, Sabatini y Maggiore, encontramos respecto de la conducta de éste tipo penal en el libro

⁵⁸ MARTÍNEZ ZÚÑIGA. Op. cit., p. 142.

*“Delitos Sexuales”, “La mayoría de los tratadistas entiende por acceso carnal la intromisión viril por cualquiera de los esfínteres de las víctimas, ya sea parcial o momentánea y sin que se requiera de la **“immassio seminis”**”⁵⁹.*

Conforme al artículo 212 del nuevo Código Penal el acceso carnal no solo se produce por medio de la intromisión del miembro viril masculino en la vagina, ano o cavidad oral del sujeto pasivo como ya se explicó, según se desprende de las anteriores citas, también se produce dicho acceso por la penetración vaginal o anal de cualquier parte del cuerpo (distinta del miembro viril masculino) u objeto.

Otra definición de la conducta de este delito expuesta por el tratadista Luis Carlos Pérez afirma que: “acceso carnal es la introducción del órgano genital de una persona en la vagina, el ano o la boca de otra. Pero no es necesario que el acto alcance perfección fisiológica, pues basta la introducción incompleta unida a la conciencia de ejecutar el coito. Este es el momento consumativo. Tampoco importa que la víctima haya sido desflorada, mas cuando esto acontece la acción se agrava (inciso 2º , artículo 317)”⁶⁰. (Código Penal de 1936).

⁵⁹ Ibid., BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. p. 106.

⁶⁰ PÉREZ. Op. cit., p. 333.

La violencia puede ser:

- a) **Violencia Física:** *“Es la aplicación de la fuerza material sobre el cuerpo de la persona ofendida, y debe ser de tal grado que domine, dadas las condiciones dentro de las cuales se desarrolla la acción. Casi siempre las oposiciones desesperadas finalizan por cansancio, miedo o cualquiera otra particularidad que inhiba para impedir el atropello. La resistencia se traduce en huellas y desgarraduras, gritos o señales semejantes”⁶¹.*

Respeto de la violencia física se puede afirmar que “Cuando la restricción de la libertad sexual de una persona se cumple mediante un despliegue de energía del agente sobre la víctima, para quebrantar su oposición o resistencia del acceso carnal, se dice que hay fuerza física.

Como violencia física implica un constreñimiento material del ofendido, es lógico que ese despliegue de energía del agente debe recaer sobre el sujeto pasivo, para contrarrestar su resistencia muscular y vencer su oposición al acceso carnal que el violador pretende.

⁶¹ *Ibíd.*, PÉREZ. p. 333.

Estos actos compulsivos pueden consistir en amordazar, atar, o sujetar al sujeto pasivo, y aun hacerlo objeto de ataques a su integridad física”⁶².

“Para que exista violencia física constitutiva del delito examinado es menester que la víctima haya opuesto una resistencia seria y continuada”⁶³.

b) **Violencia Moral:** *“Se confunde con la amenaza de un mal, próximo, grave, dirigido contra la víctima o contra otra persona, ordinariamente cercana a aquella por ataduras sentimentales.*

Entre la sumisión carnal y la violencia debe existir una conexidad inconfundible, de modo que el consentimiento aparezca viciado solamente por esa causa”⁶⁴.

La violencia moral contrario a la violencia física afecta la voluntad del individuo, “Si con la violencia física se anula la resistencia material de la víctima, con la violencia moral se avasalla su voluntad. Mediante la amenaza de un mal grave y próximo, el agente busca constreñir al sujeto pasivo

⁶² BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. Op. cit., p. 109.

⁶³ Ibid., BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. p. 111.

⁶⁴ PÉREZ. Op. cit., p. 333.

*para que preste un constreñimiento que de otro manera no se hubiera logrado*⁶⁵.

Para el tratadista Francisco Carrara, es parte constitutiva del delito de "acceso carnal Violeto" tanto la violencia física como la moral; también lo es la resistencia que tiene que oponer la víctima al momento de ser accedida con el fin de demostrar su negativa a esta conducta, "Se tiene violencia verdadera en todos aquellos casos en que la voluntad contraria de la víctima o se hizo impotente por medio de la fuerza física, o fue subyugada por una fuerza moral, consistente en la amenaza de graves males.

*No hay razón para distinguir, en cuanto a la noción y a la pena, entre violencia moral y violencia física; pero es preciso que la resistencia de la mujer afirma haber sido violentada, se haya manifestado con gritos o actos de fuerza que verdaderamente demuestren en ella una voluntad opuesta a la de su atacante; no basta que se haya limitado a decir que no quiere, dejando luego que el hombre satisfaga su deseo sin resistírsele*⁶⁶.

Carrara precisa para el tipo penal en cuestión que la mujer sobre la que recae la acción del sujeto activo puede ser soltera o casada, debido a que antiguamente se

⁶⁵ BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. Op. cit., p. 114.

⁶⁶ CARRARA, Francesco. "Programa de Derecho Criminal". Cuarta Edición, Tomo IV, Editorial Temis, Bogotá, 1.986. p. 252.

hacia una distinción respecto de la conducta deshonesta de la mujer casada conocida como adulterio: "Cuando el conocimiento carnal recae sobre una persona que se resiste, y se obtiene empleando violencia verdadera o presunta, surge el título más grave de violencia carnal que absorbe cualquier otro Título, por la conocida doctrina de la prevalencia. Por lo tanto, no es condición de éste Título la soltería de la mujer, ya que aquel puede recaer también sobre una mujer casada, en cuya hipótesis el Título de adulterio (que es delito de acción privada) queda absorbido por el de violencia carnal, que experimenta a su vez un aumento de cantidad"⁶⁷.

Este mismo autor reconoce que puede (como lo contempla la legislación penal colombiana) ser sujeto pasivo de este delito las meretrices, a quienes se les es tutelado el bien jurídico de la libertad sexual y la dignidad humana a pesar de la actividad a la que se dedican, pero hace una fuerte distinción respecto de las mujeres "honestas" para quienes la justicia es mas rígida respecto de las primeras en relación a la pena a imponer a su atacante, "Indudablemente, la esencia de hecho de la violencia carnal es completa aunque recaiga sobre una mujer deshonestísima, siempre que su voluntad contraria haya sido esclavizada por la fuerza preponderante de su forzador; pero también es indudable que la cantidad natural del delito es mucho menor cuando no concurre el hecho de la corrupción

⁶⁷ Ibid., CARRARA. p. 237.

moral del cuerpo de la mujer; por lo tanto, es preciso admitir que en esta hipótesis la violencia carnal pesa mucho menos en la balanza de la justicia.

De modo que la violencia inferida a las meretrices no solo turba menos (como ya se dijo) la opinión de la propia seguridad en las mujeres honestas, sino que realmente resulta lesionado un menor número de derechos.⁶⁸

Carrara hacia ésta diferenciación en la vulneración de los bienes jurídicamente protegidos, de las "mujeres honestas" respecto de las proxenetas, debido a que en las primeras se vulneran mas derechos que en las segundas según el autor, como sería el de la "conservación de su propio pudor"⁶⁹ que se afecta mediante la corrupción al que es sometida la mujer accedida mientras que éste bien no se afectaba en al meretrices porque su cuerpo ya está corrupto.

Esta apreciación del Maestro Carrara es abiertamente discriminatoria, no se puede pensar en la mayor o menor vulneración de alguno de los bienes jurídicamente protegidos en los delitos sexuales en consideración a la honestidad de una mujer, apoyados en le Catecismo de la Iglesia Católica evaluamos esta postura, "La igualdad entre los hombres se deriva esencialmente de su dignidad personal y de los derechos que dimana de ella: hay que superar y eliminar, como contraria al

⁶⁸ Ibid., CARRARA. p. 268.

⁶⁹ Ibid., CARRARA. P. 269.

*plan de Dios toda forma de discriminación en los derechos fundamentales de la persona, ya sea social o cultural, por motivos de sexo, raza, color, condición social, lengua o religión.*⁷⁰

Para concluir Carrara afirma que no son los mismos los bienes jurídicamente tutelados en las mujeres honestas que las “no honestas”; al respecto afirma: “En las mujeres honestas, el delito de violencia carnal lesiona dos derechos: el de la conservación del propio pudor, que es lesionado mediante la corrupción del cuerpo, y el derecho a la libertad personal, que es lesionado al quedar subyugada a su libertad personal, que es lesionado al quedar subyugada la voluntad. En cambio, en las meretrices no podrían considerarse seriamente como lesión de un derecho la corrupción del cuerpo, ya demasiado corrompido (SIC), ni la violación del pudor, ya irremediablemente perdido por esas pobres mujeres; por lo tanto, para constituir el objeto jurídico del delito, solo nos queda en este caso el derecho a la libertad personal”⁷¹.

5.4 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

Las Jurisprudencia a estudiar en este delito son: la Sentencia del 18 de septiembre de 1997, que tuvo a Dídimo Páez Velandia como Magistrado Ponente que será

⁷⁰ CATECISMO DE LA IGLESIA CATOLICA, Op. cit., Numeral 1935. p. 645.

⁷¹ CARRARA. Op. cit., p. 269.

tratada a continuación y, la Sentencia del 8 de mayo de 1996 con ponencia de Fernando Arboleda Ripoll que será tratada posteriormente.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, fecha 8 de mayo de 1996

Magistrado Ponente: Fernando E. Arboleda Ripoll

CONSIDERACIONES DE SALA

“ Se trata de resolver, entonces, si el acceso carnal violento seguido de perturbación psíquica en la víctima, puede llegar a estructurar delito de violación en concurso con lesiones personales, o si esta modalidad de daño en la salud mental se subsume en el tipo penal que describe el acceso, por ser consecuencia natural de este hecho punible.

En relación con las lesiones de naturaleza corporal de que la víctima del acceso pueda ser objeto, tradicionalmente se ha considerado que tanto las causadas por la simple conjunción sexual (perforación del himen, desgarramientos perineales), como las normales inherentes a la violencia física aplicada para vencer resistencia (equimosis, rasguños, laceraciones), quedan comprendidas por el tipo penal que impune la violación, pero que los daños que desbordan estos límites, deben ser motivo de sanción adicional, bien como delito autónomo, o como simple circunstancia de agravación.

Los criterios para tener en cuenta para determinar cuáles actos lesivos de la salud física son integrantes de concurso junto con el hecho atentatorio de la libertad y el pudor sexuales, siguen siendo los mismos de antiguo reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia, de manera que solamente pueden tenerse como propios del acceso carnal violento, los connaturales de una unión sexual, como el rompimiento del himen o los desgarros menores, y los inherentes a la violencia material necesaria, desde una perspectiva de observador objetivo, para sojuzgar la voluntad de la agredida.

*Si los daños en la salud trascienden estos límites, ya no serán con substanciales del ilícito de violación, sino que concurrirán como especie delictiva autónoma, en la medida que sean imputables al victimario a título de dolo o culpa, pues en relación con el delito de lesiones personales no es predicable la preterintención con forma de culpabilidad, según el punto de vista del criterio adoptado por el derecho colombiano del “**numerus clausus**”, para esta forma de imputación subjetiva.*

Este es el tratamiento que de manera general se le ha dado a las lesiones personales, fundamentales a las de índole corporal causadas con ocasión del acceso, manejo que por igual es el que cabe aplicar, tratándose de cualquier otro tipo de daño en la salud, como son los de carácter psicológico, pues también en este campo habrá resultados que serán consecuencia natural de la violación y otros que, por su severidad, no tendrán esa connotación.

Serán concurrentes, si la víctima sufre alteraciones de la personalidad, de carácter permanente o transitorio, con compromiso el desarrollo de una vida normal de relación. No lo serán, si la perturbación psíquica, a pesar de su persistencia, no ha incidido de manera notoria en su conducta de vida, entendiéndose por tal todas las facetas de actividad del sujeto, pues, en dicho evento, habrá de estimarse que este daño en la salud, por su menor entidad, es consecuencia propia del acceso violento. Necio sería, en un medio como el nuestro, donde el valor de lo sexual en hombres y mujeres, posee tanta trascendencia social, desconocer que los delitos sexuales ejecutados bajo la modalidad de violencia dejan generalmente en la víctima traumatismos de orden psicológico difíciles, cuando no imposibles de superar.

Como es obvio, al igual que en los demás casos de grave daño en la salud, la perturbación psíquica con implicaciones severas en el sujeto pasivo solo será punible si el agente actuó con culpabilidad, ésto es, si quiso el resultado, o lo aceptó como probable, o si objetivamente era previsible atendidas las condiciones personales de la agredida y las circunstancias en que el hecho se comete. En los primeros eventos, el compromiso penal será a título de dolo; en el último, a título de culpa.

Dicha condición de previsibilidad del resultado dañoso, fue correctamente en la sentencia del Tribunal para afirmar la responsabilidad de Javier Fernando Sánchez Quintero por el delito de lesiones personales a título de culpa, atendidas las condiciones personales de la ofendida, que alcanzo a conocer perfectamente el procesado, y las especiales circunstancias de la comisión del hecho, que revelan un alto grado de insensibilidad en este último y su inocultable intención de arrasar a su víctima psicológicamente, de provocar en ella los mayores niveles de pánico despiadado, al punto de hacerle creer que, con o sin acceso, de todas maneras la mataría. Esto, obviamente, desde el punto de vista de la estructura de personalidad y la trayectoria de vida intrapsíquica, no es soportado por cualquier persona, menos por una doncella, como la aquí, desgraciadamente, víctima.

*Razón tiene la Delegada, al sostener, en relación con este aspecto y la previsibilidad del resultado, que la capacidad de asimilación y de reacción ante los estímulos depende del conjunto de experiencias, vivencias, ideales en fin, del complejo de elementos vivificante de la personalidad, que alterados por medios no requeridos pueden generar trastornos en la psiquis de la persona, premisa en la que apoya para afirmar que la mutación de valores trascendentes del individuo, lograda contra su voluntad, no puede ser extraña a quien la realiza, en cuanto que siendo consciente de su no-aquiescencia, lo es de contera de que si actúa violentamente contra otro ser humano, la psiquis de éste repulsa el estímulo y que su renuencia puede alterarlo mentalmente, Todo, para concluir que en el caso “**subjudice**”, la naturaleza del hecho y la condición del sujeto pasivo, así como el altísimo valor dado por ésta a la sexualidad, permitían prever, dentro del marco de la violencia física y moral que acompañaron el atropello, “La conmoción y el trauma psíquico y emocional en la ofendida, como lo afirmó el Tribunal” (Fls.57 cuaderno de la Corte).⁷²*

⁷² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia 8 de mayo de 1.996. Magistrado Ponente Fernando E. Arboleda Ripioll. Relatoría Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, fecha 18 de septiembre de 1.997

Uno de los varios argumentos comúnmente usados para defender a los sujetos activos del delito de "acceso carnal violento" es el de poner en duda la reputación de la víctima, incriminándola de tener prácticas sexuales lenocidas o de haber tenido un comportamiento tolerante con anterioridad al cometimiento del hecho punible o la no resistencia para con el sujeto pasivo durante el acceso carnal, ya sea por cansancio físico al oponer resistencia como vimos anteriormente, o por la amenaza física de la que es objeto, con el fin de atemperar o anular la acción del estado en la adecuación de este tipo penal. Este tipo de defensa es usada por los abogados de los acusados en la sentencia expuesta a continuación:

Magistrado Ponente: Dídimo Páez Velandia

"a.) Primer Cargo:

Ahora bien: en la ampliación de declaración a que alude primeramente el casacionista, la joven Laura Cristina reiterò que les dijo a sus acompañantes que "aunque sea por plata o aunque no me den plata, yo no me voy a acostar con ustedes y que me respetarán y me llevarán a la casa" (fl.64 vto). Y al preguntarle el defensor de los acusados si se reafirma en cuanto a que mientras uno la accedía carnalmente otros la sujetaban de los pies y de las manos, respondió: "sí señor, al principio... A mi me quedaron huellas en el cuello y no me quedaron huellas en los brazos, al principio si me hicieron fuerza, yo no soy tan delicada, no me queda algo fácil así, yo me sentía cansada, no tenía ya como alientos de nada, ya prácticamente en el segundo" (fl 73 vto).

He ahí, pues, la culminación de la "violencia persistente y seria" referida por la Delegada. Para la Sala no tiene razón el casacionista cuando afirma: que Laura Cristina debió oponer expresa resistencia física "constante e intermitentemente" es decir a cada una de las cinco (Raúl Silva "paso dos veces" dijo la jòven) penetraciones sexuales de que fue objeto... Dentro del claro ya conocido "contexto factual, cualquier oposición física o verbal de Laura Cristina, aparte de la ya ensayada inicial, debería del todo inane, a más de que la jòven ya seguramente estaba a la sazón extenuada y como -anota el concepto de la Procuraduría- la desproporción física entre ella y sus agresores sexuales tornaba más ostensible la aludida inanidad de la reacción femenil.

"En esas palabras textuales se puede ver elocuentemente como los hechos en sí respaldan la inanidad de toda otra fuerza defensiva distinta a la que la que joven afirma haber desplegado inicialmente: sin duda es esta la que le quita totalmente el consentimiento al resto de accesos carnales: Laura Cristina "ya estaba vencida" y, así fue objeto de las cópulas posteriores, las cuales, en consecuencia, resultan enteramente dañadas por la violencia".

"Si los accesos carnales fueron voluntarios no era necesario que la joven fuera sujeta en momento alguno (fl 578)."

"Si las cópulas carnales fueron consentidas, es lógico que las mismas se hubieran realizado en la intimidad, más no "delante de todos" (fl.585).

Así, pues, se insiste en que el casacionista (el mismo defensor que actúo en el proceso) realiza un ataque parcializado y "personalizado" que, a juicio de la Sala, no puede si quiere debilitar las razones aducidos por el fallador sexuales dentro del apartamento del procesado Jairo Tamayo Muñeton.

b.) Segundo Cargo: Con relación al segundo cargo a los dicho por la Delegada debe añadir la Sala: como se puede leer a folio 2 vuelto del proceso, la nombrada denunciante dijo que después de coincidir con el conductor en las señas identificatorias del automotor en el cual acababa de salir su hija Laura Cristina, aquel le dijo que al lado de dicho vehículo "están forzando una pelada", de lo cual el sentenciador en momento alguno interpreto un directo y efectivo ataque sexual, sino posiblemente un preludeo del mismo, como efectivamente fue, pues, como se dijo en la respuesta al primer cargo, la "presión" erótica de los procesados a Laura Cristina tuvo su iter.

c.) Tercer Cargo: Respecto del tercer cargo únicamente tiene que añadir la Sala al concepto anterior del Ministerio Público:

Sí, Laura Cristina conocía de tiempo atrás a sus acompañantes (los hoy acusados) y todo el proceso esta diciendo que esa jóven no es mojigata ni cosa parecida. Entonces, si ellos se ofrecieron a llevarla en el vehículo a "hacer el mandado" que le había pedido su madre, resulta explicable que Laura Cristina estuviera "agradecida" y ello, unido a su temperamento, a los catalizadores tragos consumidos y a la música reinante en el citado estadero, tornan no reprochable ciertas caricias y, en general, "minucias placenteras normales" que, desde ningún punto de vista, anuncia inexorablemente una conjunción carnal ni mucho menos revelan en la mujer que las acepta una actitud de prostituta, que es lo que quiere hacer ver el demandante con un desconocimiento de las realidades procesal y meramente humana.

De suerte que use comportamiento previo en algunas horas a los accesos carnales, de modo alguno ayudan a aseverar que estos fueron consentidos y, así, este cargo tampoco sale avante.

d.) Cuarto Cargo : " No va a discutir la Sala si Laura Cristina es o no una jóven " de vida disipada", porque, de cara al delito por el cual se dicto el fallo atacado, toda consideración al respecto devendría impertinente, como anotó la Delegada.

Dejando de lado las concretas razones de la prostitución (y aquí no se ha probado que Laura Cristina sea o haya sido prostituta), la Sala debe replicar a tal reproche que, es de elemental conocimiento jurídico, el argüido “modus vivendi” en nada incide, de suyo en la libertad para disponer de la sexualidad. Es decir que por más prostituta que sea una persona su referida libertad debe ser respetada, so pena de que el Estado, a través de su aparato judicial, castigue ese irrespeto que el mismo (por conducto del legislador) ha elevado el rango del delito.

Como ese argumento impugnatorio se derrumba por sí solo, este cuarto cargo esta llamado al fracaso.”

CASACIÓN OFICIOSA

“ Hace la delegada referencia a una jurisprudencia de la Sala de Casación (Sentencia .nov.9/94, M.P. Dr. Dídimo Páez V.) en la cual se hace la distinción entre las causales genéricas de agravación “objetivas (ser varios los intervinientes en la delincuencia, cometerse esta aprovechando la noche, etc.) y “subjetivas”, respecto de las cuales dijo la Sala en dicha oportunidad que, a diferencia de aquellas, si requieren expresa y motivada formulación, para que al acusado se le dé la afectiva garantía de defenderse de ellas, cosa que no hizo aquí, pues la acusación nada dijo de la “preparación ponderada” del acceso carnal reprochado y que justamente se agravó por dicha circunstancia.

El concepto reproduce la parte pertinente de lo que dijo la Sala en la mencionada oportunidad:

“Sin embargo escapa a la Corte que en la forma referida existen otras circunstancias que requieren de una valoración o análisis previos a su deducción. Como sería el caso del “motivo Innoble o Fútil” precisamente o “la preparación ponderada del hecho punible” o infortunio o peligro común”, aspectos que pueden tener diferentes interpretaciones según la óptica con que se examinen y las circunstancias mismas que rodearon el hecho pudiendo ser objeto entonces de cuestionamiento en un momento determinado, de donde surge la necesidad de señalar claramente los presupuestos fácticos que las contiene o mencionarlas en la forma como lo hace la ley, así no se indique esta en concreto, en el pliego de cargos o resolución de acusación en garantía del derecho de defensa para que pueda el procesado probatoriamente defenderse de esa imputación ya que de por sí su deducción le implica un incremento punitivo, así sea mínimo. (fl. 28)” .

La siguiente sentencia de la Corte Suprema de Justicia permite precisar el campo de acción del delito de "Acceso carnal violento" y "Lesiones personales culposas" respecto de las consecuencias físicas y morales que trae la conducta del acceso carnal en la víctima por el hecho mismo de la violación. Determina la Corte el límite en el cual las laceraciones propias que la violación trae consigo pasan al campo del delito de lesiones personales debido a la forma exagerada en que se comete el primero."⁷³

⁷³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia 18 de septiembre de 1.997. Magistrado Ponente Dídimo Páez Velandía. Relatoría Corte Suprema de Justicia.

5.5 CASOS

➤ **Primer Caso**

Inés joven agraciada de desafortunada conducta sexual con los hombres, conoce a Felipe, que es homosexual, de quien se enamora sin ser correspondida. Una noche invita Inés a un grupo de amigos a su apartamento dentro de los que se encontraba Felipe, este decide retirarse al dormitorio de la joven debido a un dolor de cabeza. Pasado un rato Inés le dice que conoce de un método chino con el que se quita el dolor de cabeza, consistente en atar las extremidades de la persona lo más fuerte posible con el fin de lograr su inmovilidad, el joven acepta sin observar nada de malo en la conducta de ésta. Pasado un rato los contertulios se retiran sin despedirse de Felipe ya que saben que éste está reposando. Inmediatamente Inés entra al cuarto donde está Felipe sujeto, seduciéndolo, logrando accederlo sexualmente por más que éste opuso toda la resistencia posible hasta caer en brazos de Inés.

¿Qué delito se estaría cometiendo? ¿Podría ser Inés sujeto activo del delito "acceso carnal violento" entendiendo las circunstancias que rodean el caso, si o no y por que?

➤ **Segundo Caso**

Diana joven de 17 años de edad de excelente conducta y principios fuertes inculcados en su casa, conoce a Mario de su misma edad con el que tiene un noviazgo por mas de dos años. Mario considera que ya es momento para tener relaciones sexuales con su novia a quien le hace esta proposición siendo rotundamente denegada por ésta. Mario conociendo lo vulnerable y frágil a los problemas de pareja de su enamorada inicia un labor de convencimiento consistente en amenazarla con terminar dicha relación de no acceder a sus proposiciones, sabiendo el gran dolor que le proporcionaría a esta, así como la aflicción emocional a la que la abocaría. Mario continua durante varios meses en ésta tarea amenazándola con concluir la relación, ocasionando en ésta, debido a su débil carácter un desajuste emocional que es con el tiempo aprovechado por el jóven al lograr su fin.

¿Estaría cometiendo Mario el delito de "acceso carnal violento" debido a los constantes chantajes sicológicos hechos a Diana, sí o no y por que?

6 ACTO SEXUAL VIOLENTO

Art. 206. Acto sexual violento. *El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.*

6.1 ANÁLISIS DEL TIPO

Tabla 3 Análisis del Tipo Acto Sexual Violento

ELEMENTOS	DESCRIPCIÓN
<i>Clasificación</i>	<i>1. Tipo de resultado 2. Tipo de lesión 3. Tipo de conducta instantánea 4. Tipo mono-ofensivo</i>
<i>Bien Jurídico Tutelado</i>	<i>La libertad sexual y la dignidad humana</i>
<i>Sujeto Activo</i>	<i>Indeterminado y singular</i>
<i>Sujeto Pasivo</i>	<i>Indeterminado. (Igual que en el acto sexual violento).</i>
<i>Conducta</i>	<i>Verbo determinador simple: "realizar" acto sexual violento diferente del carnal.</i>
<i>Objeto Material Personal</i>	<i>Sujeto violentado al acto libinidoso, que es el mismo tiempo el sujeto pasivo de la infracción⁷⁴.</i>
<i>Punibilidad</i>	<i>La pena oscila entre tres (3) y seis (6) años de prisión.</i>

⁷⁴ PABON PARRA. Op. cit., p. 554.

6.2 FUNDAMENTO DOCTRINAL

6.2.1 Concepto

Es cualquier otro acto que no sea el acceso carnal, como tocamientos lúbricos, caricias y besos de carácter lujurioso, en fin, que sean libidinosos.

“Obsérvese también lo referente a la característica fundamental de la antijuridicidad del delito, la violencia: los actos sexuales diversos del acceso carnal deben ser ejecutados “mediante violencia” para que el tipo legal se configure”⁷⁵.

“El modelo descriptivo está señalado de tal forma, que para poderlo apreciar en su contexto, es menester hacer uso de una circunstancia que lo calificara (mediante violencia). Y como quiera que tampoco así quedaba muy clara la situación, se incluyó un complemento que permitiera especificar el objeto sobre el cual debía recaer el comportamiento (con otra persona). De tal suerte que en el modelo descriptivo hallamos una circunstancia y una complementación.”⁷⁶

⁷⁵ ACEVEDO. Op. cit., p. 204.

⁷⁶ GARCÍA GARCÍA y FIERRO MENDEZ. Op. cit., p. 129.

*El tratadista Jairo Londoño Jaramillo entiende este delito de la siguiente forma: "Son todos aquellos realizados en el cuerpo de una persona, que buscan satisfacer las necesidades sexuales o la liberación de la libido, esto es, la energía sexual, sin penetración o introducción del miembro viril. Entre ellos pueden contarse todos aquellos ejecutados contra la voluntad de la víctima como los besos en público, caricias, tocamientos lúbricos, los coitos **inter femora**", esto es, la eyaculación entre las piernas, masturbaciones, el **connilingus**", o sea, la caricia lingual del órgano genital femenino, así como la **fellatio in ore**".*" ⁷⁷

*Es preciso resaltar respecto del tipo penal que nos atañe, "Este artículo habla de acto sexual, por lo tanto implica la acción realizada en el cuerpo de otra persona. Es así como las palabras obscenas o lujuriosas, las copropraxis (muecas, gestos o manipulaciones vulgares) no pueden entenderse como actos porque no se ha tocado el cuerpo de la víctima. Las palabras y las muecas obscenas constituyen un insulto, una grosería pero no un acto erótico, y menos pueden calificarse de abusos deshonestos y tipificar el delito contemplado en este artículo discutido"*⁷⁸.

⁷⁷ LONDOÑO JARAMILLO. Op. cit., p. 183.

⁷⁸ SOLÓRZANO NIÑO, Roberto. *"El Delito Sexual. El Aborto"*. Estudios de Derecho Penal Especial. Editorial Jurídica Bolivariana, Santa Fe de Bogotá. 1994., p. 223.

6.3 ELEMENTOS

6.3.1 Bien Jurídico Tutelado

La libertad y dignidad humana

6.3.2 Sujetos

- **Sujeto Activo:** *En razón que el “acto sexual violento” que incrimina el artículo 206 del nuevo Código Penal corresponde a relaciones libidinosas distintas del acceso carnal, el sujeto activo puede ser tanto el varón como la mujer, pues éste supuesto delictivo no implica intromisión viril.*

- **Sujeto Pasivo:** *De igual manera, puede ser persona de uno u otro sexo. Es, en cambio, indispensable que la víctima sea mayor de catorce (14) años de edad, pues si es menor de catorce (14) años se entraría en la esfera del artículo 209 del nuevo Código Penal y que tiene una sanción menor que la prevista para el “acto sexual violento”.*

Tabla 4 Edades del Sujeto Pasivo

ARTÍCULO	Recién nacido a 14 años	De 14 a 18 años	De 18 en adelante
Art. 206. Acto sexual violento	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX

6.3.3 Conducta

“Consiste la conducta en una actividad, síquica y físicamente libidinosa, distinta del ayuntamiento carnal, que el agente cumple sobre el cuerpo de una persona mayor de catorce (14) años.

Debe ser física o fisiológicamente distinta del acceso carnal, porque si se cumple el ayuntamiento, el delito cometido es otro: violación o estupro. Y, así mismo síquicamente el acto libidinoso debe ser incompleto; vale decir, que el agente no haya querido realizar la intromisión viril, pues si fue esta su intención y no pudo conseguirla, se tendría un delito imperfecto de violación o de estupro, según los medios empleados.

Subjetiva y físicamente, es necesario que la actividad del agente tenga un significado libidinoso. Si de actos erótico-sexuales, diversos del acceso carnal, se trata es obvio que material y síquicamente tengan, ese alcance lujurioso”⁷⁹.

⁷⁹ BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. Op. cit., p. 129.

Francisco González de la Vega nos explica que: "El exhibicionismo, el voyeurismo, o la realización de un acto sexual onanista o con un tercero, ante la presencia de algún espectador, no implica para este ser víctima de un acto sexual violento, a pesar de que contra su voluntad se haya mirado o exhibido parte o acto sexual, incluso constriñéndolo para que lo observe. Ello podría probablemente constituir otro delito (contra la autonomía personal por ejemplo) o infracción contravencional"⁸⁰.

Respecto de la tentativa en éste delito podemos sostener: "Tentativa: Es posible la tentativa -nada se opone a ello- y la constituye el despliegue de actos efectivos e inequívocos que el sujeto realiza en orden a lesionar de inmediato la libertad sexual del coaccionado. Solamente que no logra el objetivo final de sometimiento pues no obstante un comienzo concreto de agresión al bien resguardado, la acción se ve interrumpida por causas o factores que no se vinculan con su voluntad"⁸¹.

6.4 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

La Corte Constitucional mediante la Sentencia G-285 de 1997 con ponencia de Carlos Gaviria Díaz hace referencia a las consecuencias que trae la violación para

⁸⁰ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. "El Delito Sexual. El Aborto". Estudios de Derecho Penal Especial. Editorial Jurídica Bolivariana, Santa Fe de Bogotá, 1994., p. 60.

⁸¹ Ibid., GONZÁLEZ DE LA VEGA. p. 97.

la víctima y de cómo esta puede ser tanto el hombre como la mujer como afirmamos anteriormente.

Corte Constitucional Sentencia C-285 de 1997

Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz

“La violación, cualquiera sean los sujetos que intervienen en el hecho, supone privar a la víctima de una de las dimensiones más significativas de su personalidad, que involucran su amor propio y el sentido de sí mismo, y que lo degradan al ser considerado por el otro como un mero objeto físico. La sanción de las conductas de violación parte del reconocimiento del derecho a disponer del propio cuerpo, y constituyen un mecanismo tendente a garantizar la efectividad del mismo.

Es de destacar, además, que en relación con los delitos de violencia sexual, las regulaciones legales y los análisis dogmáticos han estado referidos fundamentalmente a la mujer como sujeto pasivo del hecho. Ello obedece, de una parte, a las referencias de la casuística penal y, de otra, al reconocimiento de que las únicas relaciones protegibles por el derecho son las heterosexuales. Hoy, debe aceptarse que tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos pasivos de violencia sexual proveniente de la persona (hombre o mujer), con quien aquellos han optado por compartir su sexualidad; y, en consecuencia, la protección debe brindarse en todos los casos.

En resumen, el bien jurídico protegido con la sanción de los delitos de acceso y acto carnal violentos es la libertad sexual y la dignidad de la personas; tales bienes jurídicos no pueden entenderse disminuidos por la existencia de un vínculo matrimonial, de hecho o por el simple conocimiento sexual anterior.”⁸²

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-285 del 5 de junio de 1997. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. Medio Magnético, C.D., Corte Constitucional.

6.5 CASOS

Primer Caso

Pedro estudiante de diez y seis años quien desea entrar en el seminario observa con atención las clases de química que le dicta Juliana mujer adulta a quien corresponde ésta asignatura. Juliana, en repetidas ocasiones invita después de clase a Pedro a su residencia con el fin de ganarse su confianza. Estando en ésta, lo acaricia y besa como lo pudiera hacer una madre; un día decide mostrarle revistas pornográficas así como videos de este mismo tipo con el fin de despertar en el muchacho su conducta sexual. El jóven al ver esto se retira apresuradamente de la casa de su maestra, quien logra convencerlo de volver a su domicilio un par de veces más. Pasado un tiempo repite Juliana la misma conducta encontrando en el jóven cada vez menos resistencia. La madre de éste al enterarse la denuncia por el delito de "acto sexual violento".

¿Estaría cometiendo este delito Juliana, entendiendo que el jóven las primeras veces huye despavorido de la casa, sí o no y por que?

Segundo Caso

En el colegio femenino "las estudiosas" las alumnas de último grado estaban atendiendo a su clase de educación sexual; tanto profesor como alumnas son sorprendidos cuando irrumpe violentamente en el salón de clase Darío, quien rompiendo la puerta de entrada así como algunos vidrios, realiza sin ropas frente a éstas una serie de actos impúdicos que escandalizan a las niñas .

¿Estaría Darío cometiendo el delito de "acto sexual violento"?

7 ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR.

Art. 207. Acceso Carnal o Acto Sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años.

Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de tres (3) a seis (6) años.

7.1 ANÁLISIS DEL TIPO

Tabla 5 Análisis del Tipo Acceso Carnal o Acto Sexual en Persona Puesta en Incapacidad de Resistir

ELEMENTOS	DESCRIPCIÓN
<i>Clasificación</i>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Tipo de resultado 2. Tipo de lesión 3. Tipo de conducta instantánea 4. Tipo mono-ofensivo
<i>Bien Jurídico Tutelado</i>	<i>Libertad sexual y dignidad humana</i>
<i>Sujeto Activo</i>	<i>Indeterminado singular</i>
<i>Sujeto Pasivo</i>	<i>Indeterminado.</i>
<i>Conducta</i>	<i>Verbo determinador compuesto alternativo: "realizar" acceso carnal o acto sexual diverso del acceso carnal⁸³</i>
<i>Punibilidad</i>	<i>La pena oscila entre ocho (8) y quince (15) años de prisión.</i>

⁸³ PABON PARRA. Op. cit., p. 555.

7.2 FUNDAMENTO DOCTRINAL

7.2.1 Concepto

La sanción dispuesta para éste delito se modificó respecto de la del Código anterior, pasando de una pena comprendida entre 4 y 16 años de prisión, a tener actualmente un mínimo de 8 y un máximo de 15 años.

Así mismo modifica la pena para quienes ejecuten solo actos sexuales de 2 a 4 años en el Código de 1980, a un mínimo de 3 y un máximo de 6 años en el nuevo Código.

La nueva norma Penal añadió al nombre del delito el “acceso carnal”, debido a que esta norma se denominaba “acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir”. Ésta complementación al tipo Penal que estamos estudiando lo llama actualmente, como ya vimos, “acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir”.

La reforma ajusta lo preceptuado en el delito, con el nombre con el que el legislador había denominado el tipo, dándole la coherencia necesaria a lo dispuesto en la norma con su denominación.

En realidad es más que todo acceso, pero también caben los actos. Se puede dar por varios medios como son:

- 1. Por medio de afrodisíacos: ya que excitan a la persona de una manera anormal, aunque dependa de la persona.*
- 2. Embriaguez completa o absoluta: pues la persona queda en estado de inconsciencia.*
- 3. Hipnotismo : por el poder que se tiene sobre la persona y sus actos.*
- 4. Estado letárgico: se caracteriza por la flacidez muscular y la imposibilidad de moverse bien.*

“Como puede verse, se trata de una forma diferente de ejercer la violencia para coartar la libertad sexual manifiesta en dos distintas situaciones: la de colocar a la víctima en incapacidad de resistir a la pretensión libidinosa, aunque conserve la conciencia para comprender la relación sexual; o la de colocarla en estado de

*inconsciencia o en condiciones de inferioridad síquica que le impiden comprender esa relación*⁸⁴.

*“Comprende éste la situación del sujeto pasivo en un momentáneo estado de inconsciencia que le impida formar su voluntad, aunque posea el pleno goce de sus facultades mentales, pues en este caso la víctima no carece de madurez mental ni tampoco es un enfermo mental, sino que, por causas fisiológicas o patológicas que no afectan la normalidad de sus facultades, se encuentra transitoriamente en ese estado.”*⁸⁵

7.3 ELEMENTOS

7.3.1 Bien Jurídico Tutelado

Libertad sexual y dignidad humana.

7.3.2 Sujetos

Los mismo expuestos en el artículo anterior.

- **Sujeto activo:** *Indeterminado Singular . Varón.*
- **Sujeto Pasivo:** *.Indeterminado. Tanto el hombre como la mujer*

⁸⁴ ACEVEDO. Op. cit., p. 205.

⁸⁵ GARONA, José Ignacio. “El Delito Sexual El Aborto”. Editorial Jurídica Bolivariana, Santa Fe de Bogotá, 1994. p.131.

Tabla 6 Edades del Sujeto Pasivo

ARTÍCULO	Recién nacido a 14 años	De 14 a 18 años	De 18 en adelante
Art. 207. Acceso Carnal o Acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX

7.3.3 Conducta

“Verbo determinador compuesto alternativo: Realizar acceso carnal o acto sexual diverso del acceso carnal.

En cuanto a la concreción de las conductas alternativas descritas, es válido, “mutaris, mutandi”, lo explicado a propósito de los artículos 298 y 299 Código Penal⁸⁶. Estos artículos del Código Penal de 1980 corresponden a los artículos 205 y 206 del nuevo Código Penal.

Complementos Descriptivos: *El sujeto activo que infrinja éste tipo Penal debe colocar al sujeto pasivo en alguna de las siguientes circunstancias: en incapacidad de resistir, en estado de inconciencia o en situación de inferioridad física.*

⁸⁶ PABON PARRA. Op. cit., p. 555.

1. Incapacidad de Resistir: *“Estado de parálisis o entorpecimiento físico o psíquico, que hace imposible la reacción defensiva del sujeto pasivo para rechazar idóneamente el acto pretendido por el agente. Se comprenden las situaciones de indefensión procuradas por el agente”.*⁸⁷

Jairo Londoño Londoño en el libro *“Derecho penal Especial II”* refiriéndose a la incapacidad de resistir, no muy lejos de la anterior concepción sobre el presente tema explica, *“Consiste en imponer a la víctima inhibirse de movimientos corporales por medio de sustancias que paralizan las funciones sicomotrices que pueden producir catalepsia. Si la víctima se resistió al ataque y fue maniatada, aquí el tipo en cual se subsume la conducta es el 298. (hoy artículo 205 “acceso carnal violento”). Pero si no hubo forma de resistencia y se le ató, es aplicable el 300 (hoy artículo 207, que estamos estudiando actualmente), como sucede al tomarla por sorpresa por la espalda sin darle oportunidad de oponerse.”*⁸⁸

2. Estado de Inconsciencia: *“Es 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; para los fines de la presente norma, no se trata de cualesquiera perturbación de la*

⁸⁷ Ibid., PABON PARRA. p. 555.

⁸⁸ LONDOÑO JARAMILLO. Op. cit., p. 184.

conciencia, sino de aquella que permite su equiparación jurídica a la violencia física, por influir sobre la libertad de la conducta de quien la padece".⁸⁹

"Dícese que una persona es puesta en estado de inconciencia cuando se la coloca en incapacidad de darse cuenta exacta del alcance de sus acciones y no le es dable, por lo mismo, comprender la trascendencia del acceso carnal que con ella se realiza. El medio para lograr tal efecto puede ser cualquiera (el hipnotismo (explicado en el siguiente numeral 8), sustancias alcohólicas (como veremos enseguida), estupefacientes (explicado en el numeral 7 a continuación), sedativas; etc.), a condición de que sea idóneo."⁹⁰

3. "El exceso de ingestión de bebidas alcohólicas, sustancias narcóticas y la hipnosis, si han sido procuradas por el agente mediante engaño, pueden producir estado de inconsciencia; si tales circunstancias o estados se procuran mediante violencia, la conducta se adecuara a los artículos 298 y 299. Código Penal. de 1980"⁹¹. (artículos. 205 y 206 nuevo Código Penal)

"La ebriedad absoluta o completa produce un estado de inconsciencia que, si fue expresamente buscando por el agente para tratar sexualmente a la víctima, en el

⁸⁹ PABON PARRA. Op. cit., p. 555.

⁹⁰ PACHECO OSORIO, Pedro. "Derecho penal Especial". Tomo 2, Editorial Temis, Bogotá, 1972, p. 305.

⁹¹ PABON PARRA. Op. cit., p. 555.

entendimiento de aquel que de otra manera esta no lo hubiera consentido, constituye el caso de **violación** en estudio⁹².

4. "Situación de inferioridad síquica que impida comprender la relación sexual y manifestar libremente el consentimiento.

Estado psíquico que sin eliminar totalmente la conciencia, crean en la víctima la imposibilidad de entender el acto realizado por el agente. Son estados de obnubilación que se manifiestan en disminución de la sensibilidad, percepción dificultosa de la realidad y entendimiento confuso o lento.

Para la determinación de los restante elementos del presente tipo, es aplicable lo explicado en los artículos 298 y 299 (Código Penal 1980) según el caso⁹³.
(artículos 205 y 206 nuevo Código Penal)

5. Afrodisíacos: Éste es uno de los complementos descriptivos del tipo penal que nos atañe, que sí bien no está taxativamente expresado en él, se deduce de su contexto. Los tratadistas Barrera refiriéndose a los autores González de la Vega, Molinario y Uribe Cualla aseveran, "Dicen algunos que el empleo de afrodisíacos puede colocar a quien lo ingiere, en un estado de arrebató lúbrico equiparable a la

⁹² BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. Op. cit., p. 143.

⁹³ PABON PARRA, Op. cit. p. 557.

inconsciencia. Sin embargo, tal posibilidad es negada insistentemente, y además, no equivale a esa situación de coma (situación absoluta de inconsciencia) al cual pueden dar lugar el alcohol y otras sustancias tóxicas, las drogas estupefacientes, el narcoanálisis y el hipnotismo, así como algunas causas traumáticas.

En este campo, cabe compartir el criterio de quienes excluyen la posibilidad de violación en este supuesto de los llamados afrodisíacos, pues, al igual que las caricias del varón en la mujer, apenas despiertan la apetencia erótica, pero nunca llevan a esa situación de furor libidinoso que anule la libertad de querer o de rechazar. Y nadie afirmaría que hay violación cuando el hombre, antes de llegar al acceso carnal, acaricia a la mujer sin que oponga resistencia”⁹⁴.

6. Electro-Choque: *“Conocido es que lleva a la pérdida temporal de la memoria y al estado de inconsciencia. Si el electro-choque se ha realizado como medio para llegar al acceso carnal, es obvio que se tiene violación. Y si lo perseguido fue el cumplimiento de actos libidinosos distintos del acceso carnal, el ilícito punible consumado es el señalamiento en el segundo inciso del artículo 300 del código”.⁹⁵ (Código Penal de 1980).*

⁹⁴ BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. Op. cit., p. 141 y 142.

⁹⁵ *Ibid.*, BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. p. 143.

7. Sustancias Tóxicas: *“Las sustancias anestésicas (cloroformo, éter, cloruro de etilo y protóxido de nitrógeno) quebrantan la resistencia, pues suprimen la voluntad y extinguen la sensibilidad. Por consiguiente, si cualquiera de estas sustancias se ha usado como medio para el trato sexual con otro, se tienen la hipótesis delictivas de que trata él artículo en examen.*

*Es muy conocido la **Escopolamina**, por ejemplo que de ella hacen en nuestro medio los delincuentes en ataques a la propiedad”⁹⁶.*

8. Hipnotismo: *“Sus efectos sobre la conciencia y la voluntad han sido objeto de intenso debate científico. Sin embargo, atendido el avance que el estudio de esta materia ha tenido recientemente, no cabe poner en duda sus efectos sobre la capacidad de resistencia del sujeto pasivo, en el caso de violación.*

Sin embargo, no cabe duda de que aun en esta hipótesis de que la conducta sugerida a la persona hipnotizada se acomode a sus hábitos morales y por ello sea aceptada, 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”⁹⁷.

⁹⁶ Ibid., BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. p. 143.

⁹⁷ Ibid., BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. p. 144.

Carrara hace referencia en su obra “Programa de Derecho Criminal” a la embriaguez o sueño inducidos por el agente como elementos constitutivos del acceso carnal violento, tal afirmación es aplicable al artículo que estamos tratando con el fin de apreciar la opinión de éste autor: “La segunda observación es que debiera siempre distinguirse, en la imputación y en la pena, el caso en que la embriaguez o el sueño de la víctima hayan sido maliciosamente procurados por el hombre con fin torpe, y el caso en que se hubiera aprovechado de una ocasión meramente accidental, que suscito en el mala intención por impulso instantáneo. En el primer caso hay sobreabundancia de dolo, a acusa de la insidia premeditada, y hay mayor dificultad para la defensa privada por parte de la víctima”⁹⁸.

⁹⁸ CARRARA. Op. cit., p. 245 y 246.

7.4 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

El presente fundamento jurisprudencial permite delimitar el espacio de acción del tipo penal que estamos tratando; la Corte Suprema de Justicia dirime el cuestionamiento de la defensa, respecto de la necesidad que la persona agredida se deba encontrar "en completo estado de inconsciencia o si basta el suministro de sustancia para tratar de colocarla en dicha situación".⁹⁹

⁹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia. Sala de Casación Penal, 24 de abril de 1995. Magistrado ponente Didimo Páez Velandia. Relatoria Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Fecha 24 de abril de 1995

Magistrado Ponente: Dídimo Páez Velandia

" Consideraciones de la Corte:

Toma el profesional como apoyo argumental de la interposición del recurso la necesidad de que se aclare " para la jurisprudencia... si es menester que la víctima de un atropello sexual se encuentra en completo estado de inconsciencia o si basta el suministro de sustancia para tratar de colocarla en dicha situación", partiendo de la base fáctica probatoria, según advierte, de que la ofendida en el caso concreto se hallaba "plena y completamente consciente" al momento del atropello a su libertad y pudor sexuales de que fuera objeto.

Pues bien; de cara al texto de la norma que tipifica y sanciona la conducta del sentenciado (Artículo 300 del Código Penal.1980) debe decirse que la petición carece del fundamento indispensable que impela a la Corte a conceder el recurso con miras al desarrollo jurisprudencial sugerido.

El precepto deja ver con plena objetividad, y así lo ha reconocido la jurisprudencia, que el legislador quiso reprimir la realización del acceso carnal y cualquier acto sexual diverso de éste, siempre que el sujeto pasivo de la acción hubiere sido puesto en "incapacidad de resistir" y, es de elemental comprensión para él interprete de la Ley, que esta incapacidad en la víctima puede surgir de situaciones físicas con o sin implicaciones sicologías o de situaciones meramente sociológicas pero siempre propiciadas por el agresor que le faciliten su ilícito actuar.

Y no ofreciendo, como se ha dicho, dificultades interpretativas, la polémica que procura el actor se diluye por completo aun considerada la circunstancia invocada por el de hallarse la ofendida, por razón de la inadvertida ingestión de la sustancia que revela el proceso, consciente del atropello de que era objeto, pues que dicha circunstancia lo único que hace es evidencia la magnitud de la incapacidad de resistir a que fue sometida por el sentenciado.

*Insuficiente el motivo aducido por el señor defensor para propiciar la concesión excepcional del recurso de casación, se resolverá de conformidad.*¹⁰⁰

¹⁰⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, 24 de abril de 1995. Magistrado ponente Didimo Páez Velandía. Relatoria Corte Suprema de Justicia.

7.5 CASOS

Primer Caso

Claudia practicante del Budú posee una tienda donde maneja una serie de brebajes y pócimas para solucionar todo tipo problemas amorosos. Un día José quien es un viejo amigo suyo, le comenta la necesidad que tiene de un brebaje para poder conquistar a Eugenia, que es una mujer adulta que trabaja para Claudia, ferviente creyente de este tipo de brebajes con los que ella misma sostiene "la han ayudado mas de una vez".

José comienza a frecuentar a Eugenia echándole en sus bebidas un tónico recomendado por Claudia (que no es cosa distinta de gaseosa). Eugenia al percatarse de esta situación le reclama impidiéndole se lo siga suministrando, ya que efectivamente ella comenzaba a sentir un disminución de su voluntad. Continúan viéndose y Eugenia cada vez más sugestionada con el suministro de esta pócima pierde su voluntad por completo hasta que una noche José quien en ningún momento ha suspendido el uso del tónico le confiesa el uso ininterrumpido de este, teniendo relaciones con esta. Al saber esto una amiga de Eugenia le recomienda denunciarlo.

¿Cometió José el delito de “acceso carnal o acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir” teniendo en cuenta que Eugenia efectivamente estaba sugestionada con este tipo de pócimas, sí o no y por que? ¿Es cómplice de este delito Claudia, sí o no y por que?

Segundo Caso

Susana mujer de veintitrés años de edad no acostumbra a consumir bebidas embriagantes debido a que su madre la tiene prevenida que esta situación puede llevar a las mujeres a tener conductas peligrosas. Tomás de cincuenta y cinco años invita a Susana a una discoteca sabiendo que esta muchacha no acostumbra tomar bebidas embriagantes como le comentó su madre momentos antes de salir a divertirse, advirtiéndole que, no le incite al consumo del alcohol.

Estando en la discoteca Tomás presiona a Susana para que se tome unos tragos de aguardiente junto con un amigo de éste, quien también la persuade con el propósito de doblegar la voluntad de la joven. Tal cantidad de licor consumió Susana por la fuerte insistencia de éstos, que al hacerle propuestas deshonorosas Tomás, ésta acepta, teniendo relaciones sexuales con él. Su madre al saberlo lo acusa de haber violado a su hija.

¿Cometió Tomás el delito de "acceso carnal o acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir", sí o no y por que? ¿Es cómplice de este delito el amigo de Tomás?

***CAPÍTULO IV. DEL ESTUPRO (CAPÍTULO II DEL TÍTULO XI
DE CÓDIGO PENAL DE 1.980.) DEROGADO POR LEY 599 DE
2000.***

8 ACCESO CARNAL MEDIANTE ENGAÑO Y ACTO SEXUAL MEDIANTE ENGAÑO.

El "acceso carnal y el acto sexual mediante engaño" contenidos en los artículos 301 y 302 del Código Penal de 1980 respectivamente, fueron derogados por la ley 599 de 2000, que suprimió del nuevo ordenamiento penal el Capítulo II correspondiente al "Estupro", del Título IX de la legislación penal de 1980.

Es sin lugar a duda de gran importancia tratar en este módulo de Derecho Penal Especial el "Estupro", infracción que ha sido castigada desde tiempos del imperio romano hasta nuestros días.

El legislador de 2000 quiso con la destipificación de éstos delitos ponerse a tono con la actual realidad social del país frente al ordenamiento penal, razón por la cual suprime éste Capítulo del nuevo Código, eliminación que se presta para reflexiones respecto de la conveniencia de ésta desaparición.

Ya en 1977 el tratadista Lisandro Martínez Zúñiga llamaba la atención de la conveniencia de poner a tono la normatividad penal colombiana, suprimiendo de éste régimen el Capítulo correspondiente al Estupro; dicha situación es evidente en

*la explicación analítica que éste autor hace del anteproyecto del Código Penal de 1980, en la que pone de presente la dificultad actual de lograr una relación sexual con alguna mujer por medio del engaño, al respecto Zúñiga nos dice: "Nuestro Código es uno de aquellos que todavía cree que la mujer puede ser engañada para entregarse sexualmente, pero la limita a la seducción mediante promesa formal de matrimonio, que es la más generalizada. Además, nuestro Código es uno de los pocos que, al aceptar esta forma de estupro, no limita la edad de la mujer ofendida, dando así una muestra extrema de elasticidad."*¹⁰¹

Respecto del Estupro Pabón Parra explica: "En este genero de delito sexuales, se reemplaza la violencia por el engaño como medio utilizado para la obtención del acto o acceso carnal, caso en el cual no tenemos una voluntad anulada sino una voluntad viciada.

*Nuestro ordenamiento amplía la figura comprendiendo cualquier maniobra engañosa que puede revestir forma de promesa falsa, gratificación, mentira, ardid, explotación de creencias o supersticiones, etc. El sujeto pasivo se presenta con cualificación natural en cuanto ha de ser persona mayor de catorce años y menor de dieciocho"*¹⁰².

¹⁰¹ MARTINEZ ZUÑIGA. Op. cit., p. 368.

¹⁰² PABÓN PARRA. Op. cit., p. 551.

*Luis Carlos Pérez define el Estupro así: "Distinguiéndose de las infracciones carnales violentas, defínase el estupro como el acceso venéreo con mujer púber, seduciéndola con promesa formal de matrimonio o engañándola mediante el fraude o la superchería. También se asimila a estupro o coito con alienados o con inconscientes"*¹⁰³.

Art. 301. Acceso carnal mediante engaño: El que mediante engaño obtenga acceso carnal con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

Art. 302. Acto sexual mediante engaño. El que mediante engaño realice en una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho, acto sexual diverso del acceso carnal, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años.

¹⁰³ PÉREZ. Op. cit., p. 337.

8.1 ANÁLISIS DEL TIPO

Tabla 7 Análisis del Tipo Acceso Carnal Mediante Engaño y Acto Sexual Mediante Engaño.

ELEMENTOS	DESCRIPCIÓN
<i>Clasificación</i>	1. Tipo de resultado 2. Tipo de lesión 3. Tipo de conducta instantánea 4. Tipo mono-ofensivo
<i>Bien Jurídico Tutelado</i>	<i>Libertad sexual y dignidad humana</i>
<i>Sujeto Activo</i>	<i>Indeterminado y singular</i>
<i>Sujeto Pasivo</i>	<i>Persona mayor de catorce años y menor de 18.</i>
<i>Conducta</i>	<i>Verbo determinador simple: "realizar" acceso carnal</i>
<i>Objeto Material Personal</i>	<i>El sujeto violentado, al acto libidinoso, que es al mismo tiempo, quien es al mismo tiempo el sujeto pasivo de la infracción¹⁰⁴.</i>
<i>Concursos</i>	<i>Si como consecuencia de la violencia ejecutada se produce infracción penal autónoma Homicidio, lesiones personales, daño en bien ajeno se presentará concurso material de delitos¹⁰⁵.</i>
<i>Punibilidad</i>	<i>Para acceso carnal mediante Engaño de uno (1) a cinco (5) años. (art. 301 C.P. de 1980) Para acto sexual mediante engaño oscila seis (6) meses a dos (2) años. (art.302 C.P. de 1980)</i>

¹⁰⁴ PABÓN PARRA. Op. cit. p. 551.

¹⁰⁵ *Ibíd.* PABÓN PARRA. p. 551.

8.2 FUNDAMENTO DOCTRINAL

8.2.1 CONCEPTO

Aquí se habla del que mediante engaño tenga acceso carnal o actos sexuales distintos con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho.

Carrara nos ofrece su definición de estupro restringiéndose a la mujer como sujeto pasivo de esta infracción, "Mi definición del Estupro es la siguiente: conocimiento carnal de una mujer libre y honesta, precedido de seducción verdadera o presunta, y no acompañado de violencia.

La esencia de hecho del estupro se designa con la fórmula de conocimiento carnal, con que se elimina la simple perversidad del ánimo, que por una parte puede haber sido excitada malignamente, sin agotar los elementos del delito, y por otra puede preexistir, sin que por eso desaparezca el delito. Más es preciso, que la contaminación corporal se haya consumado mediante la unión sexual, con que el estupro se distingue de los actos lujuriosos y del simple ultraje al pudor"¹⁰⁶.

¹⁰⁶ CARRARA. Op. cit. p. 184.

8.3 ELEMENTOS

8.3.1 Bien Jurídico Tutelado

Libertad sexual y dignidad humana.

8.3.2 Sujetos

- **Sujeto Activo:** *en el acceso, sólo el hombre; en el acto tanto el hombre como la mujer.*
- **Sujeto Pasivo:** *Cualquier persona (hombre o mujer) entre 14 y 18 años.*

“El sujeto pasivo de éste delito es una persona, esto es hombre o mujer, mayor de catorce años; si fuera menor de esta edad, surgiría otro tipo de delito contra la libertad y el pudor sexuales como veremos en el próximo capítulo. (“Actos Sexuales Abusivos”). Finalmente, el sujeto pasivo debe ser menor de dieciocho años; porque probablemente presumió el legislador de 1980 (no el Código Penal de 1936) que la persona mayor de dicha edad ya no es susceptible de engaño”¹⁰⁷.

¹⁰⁷ ACEVEDO. Op. cit., p. 205.

El legislador de 2000, como afirmamos anteriormente no penaliza la conducta del “Estupro”, ya que no consideró viable que se produzca una relación sexual como la estipulada en éstos tipos penales, mediando el engaño entre sujetos pasivos cuyas edades oscilen entre 14 y 18 años.

Tabla 8 Edades del Sujeto Pasivo

ARTÍCULO	Recién nacido a 14 años	De 14 a 18 años	De 18 en adelante
Art. 301. C.P. de 1980. Acceso carnal mediante engaño		XXXXXXXXXX	
Art. 302. C.P. de 1980. Acto sexual mediante engaño		XXXXXXXXXX	

8.3.3 Conducta

Éste engaño debe ser creíble por el común de las mujeres, no puede haber violencia, debe ser determinante en la aceptación de las relaciones.

“El primer elemento de la estructura antijurídica de éste delito, (para el acceso carnal mediante engaño) pues, es la obtención del acceso carnal; el segundo, que haya mediado engaño; y el tercero, que el sujeto pasivo sea persona mayor de catorce años y menor de dieciocho.”

1. Obtención de Acceso Carnal: *“Obtener es conseguir, es lograr consentimiento, aquiescencia y participación en el acto que pretendemos. La violencia esta descartada en éste acto.”¹⁰⁸.*

2. Engaño: *“Ese consentimiento y participación se logran, en este, delito, mediante el engaño, nota característica de la antijuridicidad del Estupro. El engaño es una construcción intelectual y maliciosa del engañador destinada a crear en la mente del engañado una concepción falsa de la verdad que desfigura la esencia de la libertad; de tal manera que cuando el engañado cree estar haciendo uso de este derecho disponer voluntariamente de él, está cayendo por equivocación en el ardid tendido por aquel para lograr su pretensión. Con la violencia se quiere satisfacer inmediatamente la pretensión indebida; con el engaño, dicha satisfacción deja de ser apremiante: en vez de imponerse, se obtiene por consentimiento”¹⁰⁹.*

Carrara le da importancia al hecho de la seducción al referirse al delito de Estupro como forma de engaño a la mujer pretendida, “En sentido jurídico, la seducción verdadera tiene por sustrato indispensable el engaño. La mujer que en lenguaje vulgar se dice seducida, porque su pudor fue vencido por los ruegos, las lagrimas,

¹⁰⁸ *Ibid.*, ACEVEDO. p. 205.

¹⁰⁹ *Ibid.*, ACEVEDO. p. 205 y 206.

*los constantes favores y los halagos de un amante insistente, o por impulsos de ambición o de codicia o por la excitada exaltación de las pasiones, no puede llamarse seducida en sentido jurídico*¹¹⁰.

*Continúa Carrara, "Ante esta promesa no hay ya motivos para hacer distinciones, pues cualquiera que sea la edad de la mujer, ésta tuvo una causa muy poderosa para consentir, ante la idea de que no se trataba sino de una anticipación de los derechos conyugales; y cuando afirma que no habría consentido si no hubiera creído que se entregaba a su futuro esposo, y cuando al verse abandonada se queja de que el consentimiento le fue arrancado con engaños, nadie podrá impugnar sus afirmaciones, si su honestidad anterior las refuerza"*¹¹¹.

La Segunda forma de Estupro: *El acto sexual mediante engaño.*

*"Fuera de la clase y cantidad de pena, la diferencia de éste delito con el anterior reside la naturaleza del acto sexual realizado; en el primero se trata del acceso carnal. Pero tanto en aquel como en este los demás elementos de la estructura del delito son los mismos: seducción mediante engaño, ausencia de violencia y edad de sujeto pasivo (mayor de catorce y menor de dieciocho años)"*¹¹².

¹¹⁰ CARRARA. Op. cit., p. 223.

¹¹¹ Ibid., CARRARA. p. 227.

¹¹² ACEVEDO. Op. cit., p. 206.

Francesco Carrara coloca tanto al incapaz como al demente en el mismo rango como sujetos pasivos de éste delito con base en que ninguno de los dos tiene la capacidad para emitir un juicio válido, "Mientras quiera darse el efecto jurídico al consentimiento del sujeto pasivo, se podrá afirmar que el consentimiento del incapaz no es consentimiento jurídico, y que por lo tanto no puede producir aquel efecto; de este modo, el coito con una demente podrá con justicia declararse delito, porque lo que distingue el delito y el pecado en esta materia, es precisamente el consentimiento del sujeto pasivo. El estuprador, para poder afirmar que pecó, pero sin cometer delito, por no haber lesionado el derecho de quien consintió en entregársele, necesita alegar el consentimiento válido y libre de su víctima; y no podrá hacerlo, si esta es incapaz de consentimiento válido; por lo tanto, el abuso de una incapaz le será imputado con toda razón, como verdadero delito."¹¹³

Continúa el Maestro Carrara afirmando "Por consiguiente, creo que por el aspecto científico el abuso de una demente o de una impúber, efectuando sin señales de resistencia por parte de estas, debe más bien considerarse criminoso por seducción presunta, que por violencia. Cuando el legislador opina que respecto a la pena puede equiparar un caso con el otro, podrá ser tachado de severidad, pero

¹¹³ CARRARA. Op. cit., p. 210 y 211.

no de error; de este únicamente merece tacha cuando identifica la noción de los dos casos”¹¹⁴.

8.4 CASOS

Primer Caso

Ruth, joven de quince años de edad, tiene su primer novio, Carlos, de veinte. Carlos siempre habla de su futuro junto a su novia y de cómo comprará una casita para vivir con ella, ésta de inmediato se imagina compartiendo su vida en la sagrada unión del matrimonio. Con este convencimiento y en una noche romántica tienen relaciones sexuales. Pasado un tiempo Carlos es sorprendido en brazos de Rosario besándose; sintiéndose engañada Ruth denuncia a Carlos por el delito de “acceso sexual mediante engaño”.

¿Cometió este delito Carlos, sí o no y por que? ¿Es cómplice de éste delito la mujer en brazos de Carlos quien conocía del noviazgo de este y la idea de matrimonio de Ruth?

¹¹⁴ *Ibíd.* CARRARA. p. 210 y 211.

Segundo Caso

Gustavo, amigo de Marcela jóven de dieciséis años de edad realiza actos sexuales con ésta con la promesa de pagarle sus estudios universitarios próximos a comenzar como efectivamente lo hizo. Marcela permite que este realice estos mismos actos al semestre siguiente bajo la misma promesa, nuevamente cumplida por Gustavo. La Madre de la jóven denuncia a Gustavo por el delito de "acto sexual mediante engaño".

¿Cometió éste delito Gustavo teniendo en cuenta que éste sí cumplió su promesa, sabiendo que la niña era menor de edad, sí o no y por que?

***CAPÍTULO V. DE LOS ACTOS SEXUALES ABUSIVOS
(CAPÍTULO II DEL TÍTULO IV DEL NUEVO CÓDIGO PENAL
COLOMBIANO)***

9 ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS

“Se traen en este Capítulo los casos de violación impropia o aprovechamiento abusivo de la imposibilidad de la víctima para oponerse a la pretensión erótica del agente, bien sea esta de acceso carnal o de acto libidinoso distinto del acceso carnal (artículo 304 Código Penal de 1980), y también de los actos sexuales con menor de catorce (14), cometida con acceso carnal o con actos eróticos diversos de la intromisión viril (artículo 303 y 305 del Código Penal de 1980)”¹¹⁵. Los artículos 303, 304 y 305 del Código Penal de 1980 corresponden a los artículos 208, 210 y 209 del nuevo Código Penal respectivamente.

Art. 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años.

¹¹⁵ BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. Op. cit., p. 187.

9.1 ANÁLISIS DEL TIPO

Tabla 9 Análisis del Tipo Acceso Carnal Abusivo con Menor de Catorce Años

ELEMENTOS	DESCRIPCIÓN
<i>Clasificación</i>	1. Tipo de resultado 2. Tipo de lesión 3. Tipo de conducta instantánea 4. Tipo mono-ofensivo
<i>Sujeto Activo</i>	<i>Indeterminado y singular</i>
<i>Sujeto Pasivo</i>	<i>Con cualificación natural. Hombre o mujer menor de catorce años.</i>
<i>Conducta</i>	<i>Verbo determinador simple: “acceder” carnalmente. (Tiene el mismo alcance que art. 298 del C.P. de 1980 Acceso carnal violento, hoy art. 205 nuevo C.P.)</i>
<i>Objeto Material Personal</i>	<i>El sujeto violentado, quien simultáneamente tiene calidad de sujeto pasivo de la infracción¹¹⁶.</i>
<i>Punibilidad</i>	<i>La pena oscila entre cuatro (4) y ocho (8) años de prisión.</i>

¹¹⁶ PABON PARRA. Op. cit., p. 554.

9.2 FUNDAMENTO DOCTRINAL

9.2.1 CONCEPTO

El delito de "acceso carnal abusivo con menor de catorce años" tenía previsto en la legislación de 1980, una pena comprendida entre 4 y 10 años de prisión; el nuevo Código Penal dispuso como tope mínimo de prisión para éste delito el mismo que la anterior normatividad, pero cambio el tope máximo disminuyéndolo a 8 años .

Ésta infracción se da en varios casos, cuando es con menor de catorce años o en incapaz de resistir y pueden ser por acceso carnal o acto diferente de éste; en los dos casos los sujetos son los mismos que en la violación.

1. Menor de catorce años, por la edad es que se castiga pues no está en condiciones de conocer de manera adecuada la naturaleza de la relación.

2. Con persona que ya estaba en estado de inconsciencia o que padezca de trastorno mental que sea demente, o que esté en incapacidad de resistir como es el caso de los menores de doce años o una persona que estuviere con las manos atadas.

Concepto del abuso deshonesto: "Abusos deshonestos son actos dirigidos a satisfacer el apetito sexual pero de manera irregular e incompleta. El término abuso da idea del mal uso, de la mala dirección que sigue el determinante erótico. Abusa deshonestamente quien coacciona o defrauda el consentimiento de una persona mayor de dieciséis años, para cumplir en el cuerpo de ella libidinosos manejos, distintos de la conjunción carnal.

La Ejecución de tales actos hiere la honestidad del sometido o engañado. Pero el bien jurídico favorecido por la Ley es la libertad de determinación carnal, lo mismo que el honor subjetivo y objetivo (honra)"¹¹⁷.

El Doctrinante Argentino Jorge Daniel Gómez Bolado nos dice en relación con el concepto del abuso deshonesto, "El abuso deshonesto puede tipificarse como delito, aun no mediando actos libidinosos, por una acción de significado objetivo impúdico. En efecto, como se ha señalado, puede configurarse también ilícito aunque falte el elemento subjetivo de excitación o satisfacción sexual por parte del autor, siempre que el acto objetivamente ofenda al pudor o a la libertad de la víctima."¹¹⁸

¹¹⁷ PÉREZ. Op. cit., p. 339.

¹¹⁸ LÓPEZ BOLADO, Jorge Daniel. "El Delito Sexual El Aborto". Editorial Jurídica Bolivariana, Santa Fe de Bogotá, 1994. p. 34.

“Se incriminan el acceso carnal y los actos sexuales abusivos, en cuya realización de observa el aprovechamiento, por parte de la gente, de circunstancias especiales en las que se encuentra el sujeto pasivo que, impiden o vicien su consentimiento tales como ser menor de catorce años, encontrarse en estado de inconsciencia, padecer trastorno mental o encontrarse en incapacidad de resistir.

Se reprime la realización de actos sexuales con menores de catorce años o en su presencia y a la inducción del mismo a cualquier práctica sexual”¹¹⁹.

Londoño también se ocupa de éste delito explicando: “La norma no contempla ninguna circunstancia modal de la cópula con menores de catorce años. La ley presume la incapacidad de los menores de esa edad para autodeterminarse sexualmente. No importa que se haya efectuado sin violencia, tampoco que se haya obtenido el consentimiento del menor. El sólo hecho de la minoría de edad consume el reato. Obviamente que si se realiza con violencia el tipo se subsume en el artículo 298 (hoy artículo 205, “acceso carnal violento”) cuya pena es más alta.

Entendido el concepto del acceso carnal, queda sólo por analizar la edad de la víctima. El legislador la ha señalado en menos de catorce años, lo que quiere decir

¹¹⁹ PABON PARRA. Op. cit., p. 551.

*que el ayuntamiento con persona de catorce años cumplidos o más, mediando el consentimiento libre de violencia o engaño es atípico.*¹²⁰

En el Programa de “Derecho Penal Criminal” Carrara define lo que hoy conocemos como “Actos sexuales abusivos” así: “Son ultraje violento contra el pudor todos aquellos actos impúdicos que sin constituir tentativa de violencia carnal se cometen sobre otra persona, contra la voluntad de ella”¹²¹. Nótese de ésta definición que bajo esta concepción la mujer es también sujeto pasivo de ésta infracción penal.

9.3 ELEMENTOS

9.3.1 Bien Jurídico Tutelado

Se tutela la libertad sexual y se protege el bien jurídico de la dignidad humana.

¹²⁰ LONDOÑO JARAMILLO. Op. cit., p. 190.

¹²¹ CARRARA. Op. cit., p. 295 y 296.

9.3.2 Sujetos

➤ **Sujeto activo:** *“Solamente el varón puede cometer este ilícito punible, pues la conducta consiste en “acceder carnalmente a una persona menor de catorce años”. Y la intromisión viril no puede cumplirla sino el hombre.”*

➤ **Sujeto pasivo:** *Persona de ambos sexos menor de catorce años.*

Tanto el varón como la mujer pueden ser sujeto pasivo de ésta infracción, dado que, a la intromisión viril que implica el acceso carnal puede llevarse a cabo por cualquiera de los esfínteres, ésto es, conforme a natura o contra natura.

Únicamente en este supuesto puede incurrir el varón en el delito de homosexualismo con acceso carnal, con consentimiento de la victima”¹²².

Tabla 10 Edades del Sujeto Pasivo

ARTÍCULO	Recién nacido a 14 años	De 14 a 18 años	De 18 en adelante
Art. 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años	XXXXXXXXXX		

¹²² BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. Op. cit., p. 200.

9.3.3 Conducta

“Consiste en el acceso carnal que el sujeto activo cumpla con el sujeto pasivo, no habiendo llegado éste a la edad de catorce años y sin que se den los medios señalados en los artículos 298 y 300 del Código (Código Penal de 1980), pues de presentarse estas circunstancias son estas aplicables por tener una penalidad mayor que el señalado en el artículo, 303 (Código Penal. de 1980)”¹²³. Como ya se dijo anteriormente, el artículo 298 y 303 del Código Penal de 1980 corresponden a los delitos contenidos en los artículos 205 y 208 del nuevo Código Penal. El artículo 300 del Código Penal de 1980 corresponde al tipo de “acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir” tipificado en el artículo 207 del nuevo Código.

Respecto de la conducta descrita en éste delito Ramón Acevedo Blanco afirma que: “La esencia de la objetividad antijurídica de este delito, es el acceso carnal con menor de catorce años. Se trata de la consagración de la presunción de incapacidad del menor para hacer uso de su libertad, para otorgar su consentimiento sin vicio de la voluntad.

¹²³ *Ibíd.*, BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. p. 200.

Presume la ley que el menor de catorce años desconoce el alcance del acto sexual, aunque en la realidad ello no ocurra. Por eso no se requiere no violencia no engaño; basta la menor edad para que el delito de estructure, si el acceso carnal hubiere existido”¹²⁴.

Pedro Alfonso Pabón hace las siguientes observaciones en relación al delito en estudio, “La acción “acceder carnalmente” tiene el mismo alcance reseñado para el delito de acceso carnal violento (artículo 298 Código Penal de 1980), con las siguientes observaciones:

- *Debe realizarse con el consentimiento que esta presunción es infundada porque aleja las condiciones críticas sobre el desarrollo físico o 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”.¹²⁵*

- *“Medio utilizado no ha de ser la violencia, de ser así no se tipificara la conducta según la presente disposición, sino que se configurara delito de acceso carnal*

¹²⁴ ACEVEDO. Op. cit., p. 207.

¹²⁵ PABON PARRA. Op. cit., p. 554.

*violento (artículo Código Penal de 1980) agravado si el sujeto pasivo es menor de doce años (artículos 298 y 306 núm. 5° Id Código Penal de 1980). El medio aquí comprendido es el aprovechamiento de la condición de inferioridad de la víctima en razón de su edad.*¹²⁶

- *“La acción tampoco se ha de realizar habiendo puesto a la víctima en incapacidad de resistir, en estado de inconsciencia en condiciones de inferioridad de la víctima en razón de su edad.”*¹²⁷

- *“Si el medio utilizado es el engaño se configura el presente delito, pues el estupro excluye a los menores de catorce años como sujetos pasivos”*¹²⁸.

9.4 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

En el presente fundamento jurisprudencial serán tratados tres fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia así: Sentencia de la Sala de Casación penal de fecha 28 de febrero de 1990, Sentencia de la Sala de Casación Penal del 8 de marzo de 1998 y la Sentencia 27 de abril de 2000 proferida por éste alto Tribunal.

¹²⁶ Ibid., PABON PARRA. p. 554.

¹²⁷ Ibid., PABON PARRA. p. 554.

¹²⁸ Ibid., PABON PARRA. p. 554.

En delitos como el que actualmente nos atañe, es sabida la defensa tanto de acusados como de podernados de utilizar la causal de inculpabilidad prevista en el numeral 4° artículo 40 del Código Penal de 1980, "Causales de inculpabilidad. No. 4. Quien obre con la convicción errada e invencible de que no ocurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal. Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo."; hoy esta causal esta contenida en el artículo 32 Numeral 10 del nuevo Código Penal. Esta causal de inculpabilidad citada en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia anotada a continuación, la emplea claramente. Opera en el momento en que la edad del sujeto pasivo no se relaciona, ya sea con el conocimiento de actividades sexuales que no corresponden con su edad, así como la formación adulta de su ser, situaciones que conllevan a un error por parte del sujeto activo en relación al sujeto pasivo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Fecha 28 de febrero de 1.990

Magistrado Ponente: Edgar Saavedra Rojas

Consideraciones de la Sala

“En relación al problema debatido es claro que el dictámen médico-legal nos da una probabilidad sobre la edad posible de la menor, ésto es, la edad aproximada que contaba en el momento de los hechos, pero dicho dictamen no prueba que el procesado tuviera el conocimiento es ese instante que esa era la edad real de la menor en el momento del ayuntamiento sexual, porque como se va 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 con el peritazgo en cuanto a su capacidad probatoria. En el concepto del tratadista sobre el tema del Doctor Cesar 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 la certeza que se exigen como fundamento sustentatorio o de una sentencia.

La historia familiar que ha sido objeto de investigación en éste proceso, es la que cotidianamente ocurre en las vastas zonas deprimidas de nuestras ciudades; donde en peligrosa promiscuidad viven multitud de personas, en espacios reducidos compartiendo un mismo edificio; personas de manera regular de muy escasa cultura, como 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, son 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 de clara inmortalidad; que ubican a la persona tan precoz y torcidamente iniciada con una cultura sexual que dista mucho de la realidad fisiológica

y aun más, de los valores morales y culturales propios de una niña que apenas se inicia en la vida sexual.

Se comprueba entonces 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 señaló a la menor y que por tanto han debido influir en el error en que incurrió el procesado en cuanto a la verdadera edad del menor.

Analizados los elementos probatorios consignados en precedencia, se ha de concluir que por las circunstancias ambientales, se ha de concluir que por las circunstancias ambientales de subcultura en que vivían y en que actuaron los protagonistas de los sucesos investigados, y por los hechos y circunstancias que se han evidenciado con los medios probatorios analizados, que el sentenciador incurrió en un error de tipo, en cuanto por información recibida de la madre o de la propia ofendida y por la conducta sexual que esta desarrollaba antes, actuó con la convicción errada de que la menor tenía quince años en el momento del ayuntamiento sexual. En las condiciones anteriores se da la causal de inculpabilidad prevista en el numeral 4º Artículo 40 del Código Penal y se habrá de revocar la providencia condenatoria, para en su lugar dictar sentencia de absolución a favor del procesado J..., Ordenándose como lógica consecuencia la revocación del auto de detención, la cancelación de las ordenes de captura y de la devolución de la caución prestada para obtener la libertad que se le concedió durante la instrucción del proceso.

Debe destacarse finalmente, que los medios probatorios antes analizados, no debían de tener como finalidad fundamental demostrar la edad que tenía la menor en el momento de los hechos, aunque también es un objeto de la prueba dentro de este tipo de procesos, sino que básicamente era indispensable recaudar y analizar los medios probatorios allegados que demostraran cual era la creencia que sobre la edad aparente de la menor tenía el procesado, en el momento de las relaciones sexuales motivo de investigación, por que es perfectamente posible que por ejemplo con el dictamen médico-legal se haya probado la edad real y probable de la menor en el momento de los hechos investigados, pero con los otros medios probatorios omitidos en su

análisis o solo apreciados parcialmente se tenían los medios de convicción suficientes para llegar a tener el conocimiento sobre la edad que el procesado creía fundadamente que la menor tenía en el momento de los hechos investigados, pero con los otros medios probatorios omitidos en su análisis o solo apreciados parcialmente se tenían los medios de convicción suficientes para llegar a tener el conocimiento sobre la edad que el procesado creía fundadamente que la menor tenía en el momento de las relaciones sexuales, y estos eran evidentemente aspectos trascendentes y desde los cuales se ha debido analizar por la instancia la totalidad de los medios probatorios allegados, por tipo pretendido, por no haberse incurrido en error en cuanto a la edad verdadera de la menor, o aceptar la causal de inculpabilidad, precisamente, porque el procesado contó con los medios de conocimiento suficientes para creer que la edad de la menor no era superior a la que realmente tenía y obviamente para rechazar la existencia del delito por ausencia de uno de los elementos: la culpabilidad.

No puede la Sala dejar pasar por alto, la pobreza de la providencia recurrida, porque la verdad es que el análisis de los medios de convicción allegados al proceso es prácticamente inexistente limitándose al empleo de una serie de frases de cajón, en el sentido de que está demostrada la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad para concluir que demostrada la responsabilidad se debe dictar sentencia condenatoria, pero con una ausencia absoluta de análisis de los medios probatorios. Debe pedirse entonces a los responsables de fallo de tanta pobreza, que la afirmación sobre la existencia o inexistencia de los elementos integradores del hecho delictivo surge necesariamente del análisis probatorio y de la convicción que ellos lleven a la mente del juez para llegar a tales conclusiones; pero lo que no se puede permitir es que se hagan tales afirmaciones sin un detenido y cuidadoso análisis probatorio que las respalden”¹²⁹.

¹²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia, Sala de Casación Penal 28 de febrero de 1.990
Magistrado Ponente. Edgar Saavedra Rojas. Jurisprudencia y Doctrina.

La sentencia que será esbozada a continuación bien hubiera podido localizarse en el tipo penal de "acceso carnal violento" debido a la disertación contenida en ella respecto del delito de "acceso carnal abusivo con menor de catorce años" (artículo 208 nuevo Código Penal). La Corte llama la atención en la utilización de la violencia y la cantidad ejercida hacia un menor de catorce años como elemento diferenciador entre un delito y otro, con el fin de sentar jurisprudencia al respecto.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal fecha 08 de marzo del año 1.988

Magistrado Ponente: Guillermo Duque Ruiz

Consideraciones de la Corte

"De la violación o de los Actos Sexuales Abusivos.

Esta Sala, que ya ha tenido oportunidad de exponer su Doctrina sobre este asunto (fallo de 4 de Agosto de 1.987. M.P. doctor Jaime Giraldo Angel, con Salvamento de Voto del doctor Lisandro Martínez Zuñiga). Se reafirma en ella.

En efecto, cuando se trata de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 303 del Código Penal de 1980). 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 ese 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 su víctima, ya hay algo mas que un abuso, ya se ha desplegado la violencia, y éste calificado medio de comisión del hecho, le imprime una mayor reprobación y por ende un castigo más severo. Por ésta causa la pena para el acceso carnal violento es de dos (2) a ocho (8) años de prisión (Artículo 298 Código Penal de 1980), mientras que el acceso carnal abusivo con menor de catorce años se reprime con prisión de uno (1) a seis (6) años. No resulta lógico pensar que se sancione con mayor rigor la violencia ejercitada sobre quien legalmente está en la plenitud de su madurez física y psíquica, que la desplegada sobre persona que por edad, no ha alcanzado este grado de desarrollo físico ni espiritual. Por lo demás, téngase en cuenta que cuando el legislador describe el delito de acceso carnal violento, no hace reserva o distinción alguna sobre la edad de la víctima.

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 forma aplicable es el artículo 304 del Código Penal de 1980.

Si se aplica la anterior doctrina al asunto debatido en este proceso, la conclusión es clara: F.. Desplegó fuerza para vencer la resistencia que la pequeña M... oponía a su cumplida pretensión de someterla al acceso carnal, y por ello no hubo error alguno al escogerse el tipo legal en que se encuadra su conducta acceso carnal violento (artículo 298 Código Penal de 1980).

Expresa referencia al testimonio de la víctima se hizo tanto en el auto de proceder como en la sentencia de primera instancia, y de acuerdo con el es claro que F... se valió de la fuerza para lograr sus criminales propósitos: " Él me dijo que fuera a la casa de Chabela. Que él me daba plata, que me daba cincuenta pesos y que me dejara hacer groserías yo le dije que no porque mi mamá me pegaba... entonces me cogió de la mano a la fuerza y yo gritaba y le decía que me soltara y el no me soltó..." y al narrar el momento culminante del delito, expreso la menor " él me quitó el vestido y me quito los calzones y todo... y se me montó encima y me hizo groserías y yo grite y el me tapó la boca y él me metió el chichi y me dolió... y él me dijo que si le contaba a mi mamá me mataba...". Si se tiene en cuenta en cuenta la escasa edad de la pequeña víctima- menor de 8 años-, no-se requería para vencer su resistencia de una fuerza superior a la que desplegó el procesado. Por todo esto, se insiste, no hubo error alguno al considerar este acto como una violación. No prospera, pues, este primer aspecto del cargo."¹³⁰.

¹³⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia, Sala de Casación Penal 8 de marzo de 1.988. Magistrado Ponente. Guillermo Duque Ruiz. Jurisprudencia y Doctrina.

La siguiente Sentencia guarda estrecha relación con la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal de fecha veintiocho de febrero de 1990 referida anteriormente. Si bien en la primera se uso el argumento de inculpabilidad con el fin de exonerar al acusado, en esta esboza la defensa una supuesta apariencia de mayor edad del sujeto pasivo en relación a su verdad edad, argumentando un error de tipo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, fecha 27 de abril del año 2000

Magistrado Ponente: Jorge Aníbal Gómez Gallego

Acceso carnal abusivo con menor de Catorce años

“Ahora bien no puede perderse de vista que el examen médico legal cuestionado, que señala a la víctima una “edad clínica aproximada de quince (15) años”, se hace con base en el desarrollo dentario y el sistema piloso axilar, que en todo caso son parámetros estimativos y no exactos y, de cualquier manera no sólo los conocimientos especializados del forense sino también la observación minuciosa munida por el pre concepto médico, elementos que obviamente estaban ausentes en las profanas percepciones del acusado (cuaderno principal, fs 68).

De este modo, si bien al examen del científico, acompañado de las pruebas clínicas mencionadas, la joven revelaba una edad aproximada de Quince años a la fecha del mismo (30 enero de 1995) o de Catorce años para la época de los hechos (4 de febrero de 1994); no es menos cierto que a la vista del lego en la ciencia forense, son más elocuentes la contextura delgada, el busto pequeño y la cara delgada, caracteres físicos de la ofendida que fueron destacados por la juez de primera instancia en la audiencia pública, con el fin de poner en evidencia la mentira y la exageración tendenciosa del procesado (fs.208 y 251), quien siempre adujo que la menor era una mujer corporalmente “muy formada” y que inclusive tenía señas y otros atributos físicos superiores a los de su novia y hoy esposa GLORIA BERNAL GONZALEZ, como si hiciese referencia a persona distinta de la ofendida (fs 47).

Es que si se trata de establecer la posibilidad del error de tipo en la apreciación del procesado, debe partirse de una confrontación llana entre la edad real de la víctima a la fecha de los hechos (menor de catorce años), que se conoce por medio de la copia del registro civil de nacimiento (fs 11). Y la pura apariencia externa de sus rasgos físicos en la esfera del profano y no del científico, pues es en lugar de aquél que debe situarse el juzgador para una precisión justa de la pretendida equivocación en el desarrollo de su conciencia del hecho ilícito. Una cosa es la edad revelada por los signos y exámenes clínicos que sólo maneja el médico forense (y por ello antes está oculta), y otra puede ser la edad aparente que se ensaya o piensa de acuerdo con rasgos físicos accesibles a cualquier observador lego.

Por la misma razón, no puede afirmarse que el fallador con su criterio personal sustituyó caprichosamente el concepto científico, pues ambas observaciones son útiles en la medida del objeto pretendido, ya que si no se contara con el registro civil de nacimiento de la víctima, asaz (SIC) relevante sería el dictamen médico legal no sólo para establecer la edad clínica de la misma, sino también en orden a concretar la verosimilitud de una apariencia supuestamente sufrida por el victimario”¹³¹.

¹³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia, Sala de Casación Penal 27 de abril de 2.000. Magistrado Ponente. Jorge Anibal Gómez Gallego. Relatoria Corte Suprema de Justicia.

9.5 CASOS

Primer Caso

María, mujer casada, mayor de doce años de edad y menor de catorce, mantiene una vida marital normal con Pedro de quince años. La Fiscalía General de la Nación cita a Pedro a rendir indagatoria por el supuesto delito de “acceso carnal abusivo con menor de catorce años” ya que este mantiene relaciones sexuales con una persona menor de catorce años y mayor de doce.

¿Cómo analiza Usted el caso en cuestión?. ¿Esta Usted de acuerdo con encausar a Pedro como lo esta haciendo el Fiscal encargado, de no ser así como abogado de éste en qué forma lo defendería?

Segundo Caso

María tiempo después enviuda siendo aún menor de catorce años y mayor de doce; pasado un tiempo conoce a Juan de 22 años de quien se enamora perdidamente teniendo relaciones sexuales. De ésta situación tiene conocimiento

el fiscal competente quien inmediatamente llama a indagatoria a Juan por el presunto delito de "acceso carnal con menor de catorce años".

¿Esta Usted de acuerdo con encausar a Juan. De no ser así, si Usted es llamado a defender a Juan, qué argumentos esgrimiría para tal fin?. ¿Estaría capacitando legalmente el matrimonio de María con Pedro a ésta, para decidir libremente de su cuerpo debido a la experiencia que como casada le dió el matrimonio?

10 ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS

Art. 209. Actos Sexuales con Menor de Catorce Años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a practicas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años.

10.1 ANÁLISIS DEL TIPO

Tabla 11 Análisis del Tipo Actos Sexuales con Menor de Catorce Años

ELEMENTOS	DESCRIPCIÓN
<i>Clasificación</i>	<p>1. Tipo de Mera conducta 2. Tipo de Lesión Tipo de Conducta Instantánea Tipo de Conducta Mono- Ofensiva</p>
<i>Sujeto Activo</i>	<i>Indeterminado y singular</i>
<i>Sujeto Pasivo</i>	<i>Cualificación natural. Menor de catorce años, hombre o mujer.</i>
<i>Conducta</i>	<i>Actos sexuales diversos del acceso carnal. Es conducta que tiene en el presente caso el mismo alcance que tiene para él Artículo 299 Código Penal. de 1980¹³². (art.205 nuevo C.P.)</i>
<i>Objeto Material Personal</i>	<i>Sujeto menor de catorce años sobre quien deba recaer alguna de las acciones alternativas descritas; simultáneamente es el sujeto pasivo de la infracción.¹³³</i>
<i>Punibilidad</i>	<i>La oscila entre tres (3) y cinco (5) años de prisión.</i>

¹³² PABON PARRA. Op. cit., p. 559.

¹³³ *Ibíd.*, PABON PARRA. p. 559.

10.2 FUNDAMENTO DOCTRINAL

10.2.1 CONCEPTO

Este delito era conocido con el nombre de Corrupción hasta antes de la reforma introducida al Código Penal de 1980 por la Ley 360 de 1997, como bien lo recuerda Solórzano Niño, “Los abusos deshonestos cometidos con menores de catorce años son considerados como corrupción de menores y están penalizados en el artículo 305 del Código Penal de 1980.”¹³⁴ El artículo 305 de la anterior norma Penal es hoy el artículo 209 que estamos estudiando actualmente.

El nuevo Código Penal modificó el orden que la legislación de 1980 había previsto para el Capítulo correspondiente a los “actos sexuales abusivos”. Estaba dispuesto primero el “acceso carnal abusivo con menor de catorce años” estudiado anteriormente, conservándose así en la resiente norma Penal. El artículo 209 “actos sexuales con menor de catorce años” estaba tipificado en tercer y ultimo lugar dentro de éste Capítulo, el nuevo Código tipifica en su reemplazo el “acceso carnal abusivo con incapaz de resistir”, que correspondía al segundo tipo de corrupción dentro de la norma Penal de 1980.

¹³⁴ SOLÓRZANO NIÑO. Op. cit., p. 224.

“En cambio en la tercera forma de corrupción se incluyen todos los actos sexuales, cuando hable de “prácticas sexuales” sin ninguna limitación. En esta, la conducta consiste en determinar al menor a realizar practicas sexuales, que pueden ser normarles o anormales, debiendo tenerse en cuenta al dosificar la pena la mayor gravedad de las últimas.

No basta la enseñanza de los actos sexuales. De hecho ella se está impartiendo en las escuelas, y los padres la están dando a sus hijos. Debe como lo indica el verbo inducir, darse un proceso de persuasión tendiente a formar en el menor la idea concreto de realizar prácticas sexuales.

Daño o peligro en la evolución correcta de la sexualidad del individuo, desviar el desarrollo correcto del instinto erótico de impúberes mediante actos libidinosos o la inducción a prácticas sexuales”¹³⁵.

“Como modelos descriptivos encontramos tres situaciones: la realización de lactos sexuales con menor de catorce años, la realización de actos sexuales en presencia de persona menor de catorce años y la inducción de un menor de catorce años, a prácticas sexuales”¹³⁶

¹³⁵ TOCORA, Luis Fernando. *“Derecho Penal Especial”*, Séptima Edición,. Ediciones Librería Del Profesional, Santa Fe de Bogotá. 2.000. p. 198.

¹³⁶ GARCÍA GARCÍA, Edgar y FIERRO MENDEZ, Heliodoro. *“Tratado de Derecho Penal Especial”*. Tomo I, Editorial Irazu, Bogotá, 1.989.p. 171.

El maestro Carrara nos dice con ocasión de los “actos sexuales abusivos” en lo que se aproxima el tipo penal descrito en el artículo 209 del nuevo Código Penal en relación a las condiciones del sujeto pasivo al desempeñar la conducta en este descrita: “un acto impúdico y un ultraje violento contra el pudor pueden realizarse en la persona del otro, tanto por quien pervertido por el dominio de los sentidos, como por el individuo fríísimo (SIC) insensible a todo impulso carnal, que quiere inferirle con ese ultraje una afrenta al persona odiada, o desahogar su ira; en una palabra, realizar, no un acto de lujuria, sino de dependencia”¹³⁷.

10.3 ELEMENTOS

10.3.1 Bien Jurídico Tutelado

“Se protege en esta figura la libertad sexual en cuanto la personalidad del menor, debe dejarse libre de experiencias sexuales conscientes, que ejerzan una inconveniente y fuerte influencia en la determinación de su sexualidad. Ello puede ser fuente influencia de fijaciones que determinan reacciones neuróticas, o de desviaciones del objeto o del fin sexual, particularmente curables en los casos de corrupción con actos sexuales anormales, lo que indudablemente es más grave”¹³⁸.

¹³⁷ CARRARA. Op. cit., p. 298.

¹³⁸ TOCORA. Op. cit. p. 198 y 199.

Jaime Darío y Humberto Barrera colaboran en precisar el interés jurídicamente protegido cuando afirman, "el interés que resguarda ésta definición penal, es el que puede designarse como seguridad sexual, o derecho de las personas impúberes a no ser tratadas eróticamente en forma alguna, por el daño o peligro de daño en el desarrollo mental de la función sexual, hasta cuando llegue esta a su expresión externa.

Conocido es que lo impúberes están incapacitados para cualquier actividad libidinosa, por la falta de respuesta adecuada a la incitación erótica, situación en la que también se encuentra la prostituta misma que ha llegado a la pubertad respecto de la cual se mantiene el mismo peligro de daño de su función sexual, para cuando llegue ésta a su manifestación externa"¹³⁹.

10.3.2 Sujetos

- **Sujeto activo:** tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos
- **Sujeto pasivo:** cualquier impúber menor de catorce años.

Sobre la posibilidad de exigir otro tipo de cualificaciones al sujeto pasivo, se expone el siguiente planteamiento doctrinario:

¹³⁹ BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. Op. cit., p. 208.

“El presente tipo describe conductas objetivas que no suponen valoraciones diferentes a la edad del sujeto pasivo, 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 en practicas sexuales.

Frente a la denominación típica contenida en la anterior definición legal se afirmó que éste es un caso en el que la denominación típica, debía tenerse en cuenta para la interpretación de la conducta, ya que “No es posible corromperlo ya corrompido” por tanto se debe exigir, que la conducta de la gente produzca la efectiva corrupción del sujeto pasivo, lo cual no seria posible en sujetos de gran temple moral o ya corruptos”¹⁴⁰.

Tabla 12 Edades del Sujeto Pasivo

ARTÍCULO	Recién nacido a 14 años	De 14 a 18 años	De 18 en adelante
Art. 209. Actos sexuales con menor de catorce años	XXXXXXXXXX		

¹⁴⁰ PABON PARRA. Op. cit., p. 559.

10.3.3 Conducta

Son elementos estructurales de la antijuridicidad de este delito los siguientes:

“1. La realización de actos sexuales diversos del acceso carnal. Esto es, actos diferentes del ayuntamiento copular, porque si éste se realizara podría tener lugar el acceso carnal abusivo prescrito en el artículo 303 pero no la corrupción.(El artículo 303 del Código Penal de 1980 esta tipificado en el artículo 208 del nuevo Código Penal)

2. Realización de tales actos son con persona menor de catorce años, pues si fuera mayor podría tratarse de la violación descrita en el artículo 299 o del estupro que contempla el artículo. 302, pero no de corrupción.(El artículo 299 del Código Penal de 1980 esta contemplado en el artículo 206 “acto sexual violento” del nuevo Código Penal.)

3. Realización de actos sexuales en presencia del menor. Trátase de que tales actos los efectúen personas mayores sin la participación directa del menor, pero con el conocimiento culpable de que los ejecutan para corromperlo. La mera presencia accidental del menor no acredita él título de corrupción.

4. La inducción al menor de catorce años “a prácticas sexuales”. Esto se refiere a toda suerte de prácticas sexuales, normales o no, completas o incompletas, pero que por el solo hecho de tratarse de menor de catorce años, la ley considera que lo pervierten; es decir, que encauzan torcidamente la actividad sexual del menor desnaturalizándola por su precocidad”¹⁴¹.

“De manera general la conducta de este delito se puede simplificar en dos acciones así:

1. Realizar Acceso Carnal o actos Sexuales en presencia del sujeto pasivo

son conductas objetivas, aunque como complemento subjetivo implícito se afirma que debe mediar el propósito específico de corromper, ya que la culpa preterintención no está previstas para éstas infracciones.

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

¹⁴¹ ACEVEDO. Op. cit., p. 208.

2. Inducir a practicas sexuales al sujeto Pasivo: Convencer, persuadir, sugerir, inculcar, fascinar, por cualesquiera medio idóneo; así, se comprende el mal ejemplo, la palabra, el proporcionar instrumentos pornográficos, etc.¹⁴².

10.4 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

En ésta Sentencia la Corte no casa el fallo impugnado debido a que al actor de la conducta de "actos sexuales con menor de catorce años", realiza actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años al mostrarle a un menor de edad una serie de fotos que exponen a otros menores desnudos, y realiza éstos mismos actos, en presencia del sujeto pasivo.

¹⁴² PABON PARRA. Op. cit., p. 559.

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal, Sentencia 8 de Marzo de 1.988

Magistrado Ponente: Guillermo Duque Ruiz

"De la corrupción

Según el artículo 305 del Código Penal de 1980, tres son las modalidades de la conducta que puede revestir éste delito: a) realizar actos sexuales diversos del acceso carnal, con persona menor de catorce años; b) realizar esta misma clase de actos, en presencia del 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 libido.

De acuerdo con el auto de proceder, la conducta realizada por F... Y calificada de corruptora, consistieron en "haberle tomado fotos (a la niña M..) Una de ellas desnuda y mostrarle las fotos de otras niñas desnudas en posiciones grotescas lo mismo que la del desnudo en diferentes poses y no en estado natural 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 de 1980, 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 sí 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 de subjuice, teniendo en cuenta, claro está, 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 vídeo, actos sexuales aunque el sujeto no este

físicamente practicándolos, pero que sí aparecen en las imágenes y que pueden tener el mismo significado y efecto que un acto sexual practicado en presencia del 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 de 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 (Código Penal de 1980), cuando reprime el hecho de corromper a un menor de catorce años, induciéndolo prematuramente y por cualquier medio a practicar actividades sexuales”.¹⁴³

¹⁴³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia 8 de marzo del año 1.988. Magistrado Ponente Guillermo Duque Ruiz. Jurisprudencia y Doctrina.

10.5 CASOS

Primer Caso

Juanita mujer de trece años de edad de intachable conducta tiene un noviazgo con Pedro de veinte, hombre trabajador y de buenos sentimientos; pasado un tiempo éste realiza una serie de actos sexuales con Juanita quien en todo momento acepta tales actos propiciándolos y facilitándolos. La pareja de novios pasado un tiempo deciden organizar una familia pensando en tener muchos hijos y un hogar feliz. Los padres de la jóven al enterarse de ésto denuncian a Pedro por el delito de "actos sexuales con menor de catorce años".

¿Se estaría cometiendo el delito en mención teniendo en cuenta que Juanita consintió, facilitó, acepto y siempre estuvo de acuerdo en realizar actos sexuales con su novio, sabiendo que el peritazgo hecho por el psicólogo asignado al caso confirma que ésta siempre estuvo conciente de los actos que hacía? ¿Podría el matrimonio de éstos avalar la conducta de Pedro sabiendo que esta pareja de novios se amaba sinceramente?

Segundo Caso

Estefanía joven de doce años de edad, debido a la precaria condición económica de su familia y suya propia, teniendo un hijo de tres meses de edad sin un padre que vele por ellos, se dedica a la prostitución desde hace varios meses. Nicolás hombre mayor de edad una noche decide dirigirse a una zona de tolerancia donde conoce a Estefanía con quien por unos pesos realiza actos sexuales esa noche. Estando aun en compañía de ella el CTI de la fiscalía hace un allanamiento en el cual es detenido Nicolás y acusado del delito de "Actos sexuales con menor de catorce años".

¿Podría ser sujeto activo Nicolás de ésta conducta entendiendo las circunstancias que rodean a Estefanía, sí o no y por qué? ¿De no ser así, qué argumentos utilizaría Usted para defender a Nicolás?

11 ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR

Art. 210. Acceso carnal o Acto Sexual abusivos con incapaz de resistir. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental, o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

Si no se realizare el acceso sino actos sexuales diversos de él, la pena será de tres (3) a cinco (5) años de prisión.

11.1 ANÁLISIS DEL TIPO

Tabla 13 Análisis del Tipo Acceso Carnal o Acto Sexual Abusivos con Incapaz de Resistir

ELEMENTOS	DESCRIPCIÓN
<i>Clasificación</i>	<p>1. Tipo de resultado 2. Tipo de lesión 3. Tipo de conducta instantánea 4. Tipo mono-ofensivo</p>
<i>Sujeto Activo</i>	<i>Indeterminado y singular</i>
<i>Sujeto Pasivo</i>	<p><i>Con cualificación natural. Persona que se encuentre en estado de inconsciencia, trastorno mental o imposibilidad de resistir; esta situación no debe haber sido provocada por el sujeto agente, de ser así se estructurara el tipo previsto en el art. 300 C.P. de 1980¹⁴⁴. (art. 207 nuevo C.P.).</i></p>
<i>Conducta</i>	<i>Verbo determinado simple: "acceder" carnalmente.</i>
<i>Punibilidad</i>	<p><i>La oscila entre cuatro (4) y ocho (8) años de prisión. Si el agente realiza actos sexuales diversos del acceso carnal la pena será de tres (3) y cinco (5) años de prisión.</i></p>

¹⁴⁴ PABON PARRA. Op. cit., p. 558.

11.2 FUNDAMENTO DOCTRINAL

11.2.1 CONCEPTO

Éste tipo penal era denominado en el Código Penal de 1980, "acceso carnal abusivo con incapaz de resistir". En el nuevo Código se le añadió a la denominación anterior el "acto sexual" quedando éste tipo así: "acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir".

Tal cambio tiene su explicación, al igual que en el artículo 207, en la búsqueda del legislador de tener mayor coherencia y armonía entre el nombre del tipo y lo dispuesto por éste.

Así mismo la reorganización que se hizo en los tipos penales contenidos dentro de éste Capítulo, que se explicó a propósito del artículo 209, estableció que el primero de los tipos se refiriera al "acceso carnal abusivo", y el segundo a los "actos sexuales". Siguiendo éste orden de ideas el último de los "actos sexuales abusivos" contempla tanto el acceso carnal como los actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, tipificados separadamente para quién los realice con menor de catorce años.

“También aquí la esencia de la objetividad antijurídica del delito es el acceso carnal, o los actos sexuales distintos de éste, pero el acceso a menor de catorce años de edad sino a persona que esté en incapacidad de resistir por inconsciencia o trastorno mental. No se trata ahora ninguna presunción, sino de una realidad objetiva: la de que el sujeto pasivo carece de la facultad de razonar y por lo tanto su libertad se encuentra anulada. Eso es lo que el Código llama “incapacidad de resistir”, que realmente es incapacidad de deliberar para determinarse, que no pueda tenerla quien se halla en estado de inconsciencia o padezca trastorno mental”¹⁴⁵.

En el libro “Tratado de Derecho Penal Especial” se manifiesta, “Este tipo penal es muy similar al definido en el 300 “acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir”. Pero se diferencia en que mientras en el artículo 300 se exige el que la víctima sea puesta; en tales limitaciones. Tampoco se exige el ingrediente especial referido a la no comprensión de la relación sexual, lo cual sobraría, dado que desde un principio se da por descontado habida consideración de los estados existentes en la víctima.”¹⁴⁶

¹⁴⁵ ACEVEDO, Op. cit., p. 208.

¹⁴⁶ GARCÍA GARCÍA y FIERRO MÉNDEZ. Op. cit., p.167

“Se diferencia del tipo del artículo 300 en que en éste la circunstancia que coloca a la víctima en incapacidad de resistir es puesta por el agente del delito, mientras en el del 304 la condición de incapacidad está ya presente en la víctima y el agente abusa o se aprovecha de tal situación

El trastorno mental es concepto equivalente a la enajenación, alienación mental o alteración de la personalidad. Las enfermedades mentales están conformadas por las SICOSIS, las NEUROSIS y las SICOPATIAS. En general es el desquiciamiento completo de las facultades intelectivas y afectivas.”¹⁴⁷

11.3 ELEMENTOS

11.3.1 Bien Jurídico Tutelado

Se tutela la libertad sexual y se protege el bien jurídico de la dignidad humana.

“No existe delito sexual sin una actividad lúbrica (SIC) que el agente cumple con el sujeto pasivo, o que éste le haga realizar para le desahogo erótico de aquél, y que lesione la libertad, el honor o la seguridad sexual y la dignidad humana de la víctima”¹⁴⁸.

¹⁴⁷ LONDOÑO JARAMILLO. Op. cit., p. 191.

¹⁴⁸ BARRERA DOMÍNGUEZ Y BARRERA MÁRQUEZ. Op. cit., p. 210.

11.3.2 Sujetos

- **Sujeto Activo:** *Solamente el varón puede ser sujeto activo*
- **Sujeto Pasivo:** *“Tanto el varón como la mujer pueden ser accedidos carnalmente. Como se trata, en esta hipótesis, de trato sexual no consentido, ningún reparo ofrece admitir la ilicitud punible del acceso carnal homosexual”¹⁴⁹.*

Tabla 14 *Edades del Sujeto Pasivo*

ARTÍCULO	Recién nacido a 14 años	De 14 a 18 años	De 18 en adelante
<i>Art. 210. Acceso carnal o Acto Sexual abusivos con incapaz de resistir.</i>	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX

11.3.3 Conducta

“El acceso carnal se ha de realizar en situación de abuso o aprovechamiento de las circunstancias descritas en el tipo, en las cuales el agente ha encontrado a la

¹⁴⁹ *Ibíd.*, BARRERA DOMÍNGUEZ Y BARRERA MÁRQUEZ. p. 105.

*víctima; puede o no mediar asentimiento del sujeto pasivo, pero en virtud de las especiales condiciones en las que se encuentra, la Ley lo presume viciado*¹⁵⁰.

➤ **Medios Comisivos**

*“En estas ofensas a la libertad sexual el agente, sin el consentimiento del sujeto pasivo, abusa de la incapacidad de éste para resistir, ya por que se encuentra en estado de inconciencia o porque padezca trastorno mental, o que por cualquier otro circunstancia no puede oponerse a las pretensiones libidinosas del delincuente*¹⁵¹.

1. Estado de inconsciencia: *“En este caso, el individuo está privado del sentido, si bien se mantiene en el pleno goce de sus facultades mentales. Se puede originar en síncope; desmayos originados por causa traumática, patológica o a debilidad extrema; estado de agonía sin lucidez, en la ebriedad, el sonambulismo, y los actos catalépticos, epilépticos, esquizofrénicos, crepusculares de origen histérico y cualquier otra circunstancia que impida a la víctima la posibilidad de conocer*¹⁵².

El exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, Lisandro Martínez, explica como la escopolamina , marihuana y algunos afrodisíacos son capaces de colocar a la

¹⁵⁰ PABON PARRA. Op. cit., p. 558.

¹⁵¹ BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. Op. cit., p. 205.

¹⁵² *Ibíd.*, BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. p. 206.

persona en un estado de inconciencia, "La mezcla de bromhidrato de escopolamina y del clorhidrato morfínico con suero, produjo el famoso suero de la verdad ("**Truthserum**"), descubierto por "**House**" en 1.918, que ha sido motivo de vastas discusiones. Su finalidad era lograr un estado de semiinconciencia (automatismo onírico) y así poder hacer preguntas cuyas respuestas se presumían sinceras en los más hábiles delincuentes. En dosis avanzadas puede llevar a un individuo al estado de inconciencia."¹⁵³

Éste mismo autor nos dice refiriéndose a la marihuana, "No obstante lo anterior, en lo que interesa a nuestro tema podemos concluir que, como principio general, la marihuana no es apta para colocar a las personas en estado de inconciencia."¹⁵⁴

Marínez Zúñiga, indica respecto a lo afrodisíacos, "Lo que sí suele ocurrir es que algunas sustancias estimadas como afrodisíacos, producen, según las dosis y en ciertas personas, una grave intoxicación orgánica. En este caso habría un verdadero estado de inconciencia, ya sea de somnolencia o de coma."¹⁵⁵

2. Trastorno mental: "El trastorno mental priva de razón a la víctima, esto es, la incapacita para comprender significado del acto sexual, como ocurre con la idiotez, la locura epiléptica erótica, la demencia senil, por lo cual no tiene validez el

¹⁵³ MARTÍNEZ ZUÑIGA. Op. cit., p. 302.

¹⁵⁴ Ibid., MARTÍNEZ ZUÑIGA. p. 306.

¹⁵⁵ Ibid., MARTÍNEZ ZUÑIGA. p. 311.

*consentimiento que preste para la relación sexual. El estado de inconsciencia lleva, en cambio, a la imposibilidad material de ofrecer resistencia, por motivos transitorios, como la ebriedad, el sonambulismo, la epilepsia, etc.*¹⁵⁶.

3. Incapacidad de resistir: *“Genéricamente se refiere el precepto o cualquier otra circunstancia, distinta del trastorno mental o del estado de inconsciencia, que inhiba al sujeto pasivo de toda posibilidad de rechazo al trato sexual que busca el delincuente, como la parálisis no debida a incapacidad mental, la extrema debilidad, la anemia exhaustiva, la situación preagónica lucida, los estados caquéticos sin pérdida del conocimiento y la situación de la víctima que, sin previo acuerdo con el agente, ha sido atada por otro y otros”*¹⁵⁷.

11.4 CASOS

Primer Caso

Alejandro conoce a Patricia de quien sabe tiene un temperamento extraño con períodos de gran efusividad así como de tristeza, debido a que es maniaco depresiva, situación que no es de importancia para él por que se enamoró a

¹⁵⁶ BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. Op. cit., p. 207.

¹⁵⁷ *Ibid.*, BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. p. 207.

primera vista, poniendo ésta situación en conocimiento de Patricia en varias ocasiones. Patricia mientras consume la droga recomendada por el médico puede manejar una vida normal, así se lo hizo saber a su amigo. Después de varios meses de amistad y visitas frecuentes, Alejandro encuentra a Patricia supremamente efusiva debido a que ésta no usó la droga recomendada, sin darse cuenta tienen relaciones sexuales. Al normalizarse su estado de ánimo Patricia se da cuenta que su amigo se aprovechó de ésta situación.

¿Es culpable del delito de “Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir” Alejandro quien al tener relaciones sexuales con su amiga estuvo convencido que su amor por fin era correspondido, sí o no y por qué?

Segundo Caso

Jorge nacido en Medellín de diecisiete años de edad, tiene una gran capacidad de convencimiento como buen paisa, a pesar de su juventud. Jorge es proveedor de Luisa mujer adulta quien trabaja en su restaurante de mariscos y depende de éste debido a que es el único distribuidor de la región. Un buen día Jorge decide no suministrarle más mariscos sabiendo que perjudicaría a Luisa, ya que de éste negocio viven ella y sus tres hijos. Luisa en su desespero por dar de comer a su familia le ruega a Jorge reanude el suministro de éstos, quedando sin ninguna otra posibilidad de subsistencia, Jorge le pide que tengan relaciones sexuales y ésta

pensando en su familia hambrienta ya que no le queda otra salida las tiene. Cuando tiene conocimiento de esto el ex esposo de Luisa acusa a Jorge de haber puesto a Luisa en incapaz de resistir cometiendo el delito de "Acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir".

¿Cómo fiscal del caso cree Usted que se cometió el delito acusado por el ex esposo de Luisa, sí o no y por qué?

***CAPÍTULO VI. DISPOSICIONES COMUNES A LOS
CAPÍTULOS ANTERIORES (CAPÍTULO III DEL TÍTULO IV DEL
NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO)***

12 CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA

Art. 211 Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los Capítulos anteriores, se aumentaran de una tercera parte a la mitad, cuando:

- 1. La conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.**
- 2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.**
- 3. Se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual**
- 4. Se realizare sobre persona menor de doce años.**
- 5. Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo.**
- 6. Se produjere embarazo.**

12.1 CONCEPTO

Éstas circunstancias de agravación punitiva estaban descritas en el artículo 306 del Código Penal de 1980.

La nueva ley Penal cambia la redacción del párrafo inicial de éste artículo, incluyendo la palabra "artículos anteriores" por "capítulos anteriores", con el fin de tener mayor claridad respecto de los tipos penales que se agravan al incurrir en cualquiera de éstas agravantes.

Así mismo introduce el numeral 5 en éste tipo penal, del que más adelante nos ocuparemos. Respecto del numeral 3 del artículo 211, el legislador hace un cambio en la redacción de la descripción del tipo sustituyendo la frase "si se produjere contaminación venérea por, "se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual", denominación que es no solo más precisa, sino más amplia en su concepto. A esta causal nos referiremos mas adelante.

Respecto de la causal 1ª descrita en este artículo, encontramos: "El código consagra unas circunstancias de agravación punitiva comunes a los delitos de violación, estupro y actos sexuales abusivos, y una eximente de pena para el autor

*o participe de esos mismos ilícitos que contraiga matrimonio con el sujeto pasivo*¹⁵⁸. Vale la pena recordar que el Capítulo correspondiente al “Estupro” contenido en los artículos 301 y 302 del Código Penal de 1980 no se incluye en el nuevo Código Penal, así mismo, la causal de eximencia de pena para el agente o participe que contraiga matrimonio con el sujeto pasivo fue derogada por la ley 360 de 1997, bajo los siguientes términos: **“Artículo 8 ley 360 de 1997: Deróguese el artículo 307 del Código Penal.”**

*“El concurso de otra u otras personas se presenta aquí como circunstancia de agravación específica en la norma desplazando a la genérica del artículo 66-7 del Código Penal (Código Penal de 1980, hoy artículo 58 del nuevo Código Penal), que consiste en obrar en complicidad de otro. Los demás, agravantes tienen su explicación en la potestad del victimario sobre la víctima como sucede con médicos, profesores, autoridades, jefes, etc.; igualmente en el daño moral y físico que causa un embarazo no deseado; también la lesión al realizarse enfermedad venérea (blenorragia, sífilis) y, finalmente, la menor edad de diez años que traumatiza al niño física y síquicamente.”*¹⁵⁹ El numeral 4 del artículo 211 dispone como edad máxima, para que opere el agravante descrito en este artículo, la edad de doce años. Dicha edad era de diez años para el sujeto pasivo en el Código Penal de 1980, y estaba consagrada en el numeral 5 del artículo 306.

¹⁵⁸ TOCORA. Op. cit., p. 200.

¹⁵⁹ LONDOÑO JARAMILLO. Op. cit., p. 193 y 194.

“Agravan la punibilidad de los delitos de violación, estupro y actos sexuales abusivos las siguientes circunstancias:

1. La coparticipación: *Intervención de varios sujetos en la realización de la conducta, sea como autores, determinadores o cómplices (artículos 23, 24 y 25 Código Penal de 1980); esta circunstancia coloca a la víctima en circunstancia de mayor indefinición, con lo cual la eficacia en el delito será mayor. Son plenamente aplicables las reglas de coparticipación explicadas en la parte general (Código Penal), pero la pena a imponer para autores y cómplices será la señalada para el delito agravado”¹⁶⁰.*

A propósito de esta causal de agravación punitiva surge la pregunta respecto de la posibilidad de la ocurrencia de una coautoría material impropia en el delito de “acceso carnal violento”, entendiéndose que este tipo Penal es un delito propio.

Para poder dar respuesta a este interrogante es necesario referirse tanto al tipo del “acceso carnal violento” ya estudiado en el Capítulo I y al artículo 212 del nuevo Código Penal. En relación a este último vale la pena recordar que el acceso carnal no se limita a la intromisión del miembro viril masculino en la vagina o ano de la víctima; este concepto se amplía a la introducción de éste órgano en la cavidad

¹⁶⁰ PABON PARRA. Op. cit., p. 560.

oral de la víctima. En igual forma ocurre con la penetración de otra parte del cuerpo u objeto en alguna de estas cavidades del cuerpo de la víctima como ya se anotaba con anterioridad.

Es preciso recordar que se presenta la coautoría cuando dos o mas personas participan en la realización de un mismo hecho punible; así se expresa Reyes de la coautoría impropia, "En cambio, impropia la coautoría cuando un mismo hecho típico es realizado comunitariamente y con división de trabajo por varias personas que lo asumen como propio aunque la intervención de cada una de ellas tomada en forma separada no se adecue por sí misma al tipo"¹⁶¹

Con base en la anterior definición podemos tener argumentos sólidos para afirmar que, es posible, que en el "acceso carnal violento" se presente la coautoría material impropia en el evento, en el que el coautor colabore de la comisión del hecho punible.

Reyes Echandía citando a Maurach, complementa el concepto de coautoría impropia diciendo: "A la coautoría impropia apunta, por su parte, Maurach, cuando la define como "el cooperar querido, consiste y con división de trabajo, de varios autores para la consecución del resultado típico".¹⁶²

¹⁶¹ REYES ECHANDÍA, Alfonso. *"Derecho Penal"*, Sexta Edición, Editorial Temis, Santa Fe De Bogotá, 1.998, p. 133.

¹⁶² *Ibíd.*, REYES ECHANDÍA. p. 133.

Respecto del cómplice concomitante se puede afirmar: "En el segundo, la participación del cómplice es concomitante al hecho, de tal manera que actúa junto con el autor material en el momento en que se adelanta la conducta típica."¹⁶³, esta figura se puede dar dependiendo de la mayor o menor colaboración en el hecho punible.

Con base en el nuevo artículo 212 surge también la pregunta de la posibilidad de la coautoría material propia en las mujeres; Reyes Echandía se refiere así a la coautoría materia propia "Se da la primera cuando cada uno de los copartícipes desarrolla integral y simultáneamente la misma conducta típica acordada por ellos."¹⁶⁴

Entendiendo éste concepto se puede afirmar que las mujeres, con base en el artículo en cuestión, pueden ser coautoras materiales impropias sí se produce el acceso carnal violento sobre el sujeto pasivo por un numero plural de mujeres.

Ramón Acevedo Blanco refiriéndose a la coparticipación afirma: "Una de las circunstancias que con más eficacia contribuyen a disminuir la capacidad de defensa del sujeto pasivo de cualquier delito, es la pluralidad de fuerzas físicas o morales a las cuales tenga que enfrentarse. Ésto no es menos evidente en

¹⁶³ Ibid., REYES ECHANDIA. p. 133.

¹⁶⁴ Ibid., REYES ECHANDIA. p. 133.

tratándose de delitos que ofenden la libertad y el pudor sexuales, en los cuales la capacidad de resistir a la agresión se ve enormemente disminuida si la violencia, el engaño o los abusos se hacen en gavilla o mediante el concurso de otras personas”¹⁶⁵.

2. *Carácter, posición o cargo del agente:* *“Circunstancia que proporciona autoridad sobre la víctima o la lleva a depositar en el agente su confianza. El carácter es situación especial del sujeto en el ámbito social; posición es la categoría o nivel que se posee en el campo económico, político, profesional, etc.; el cargo es la investidura profesional que posee el agente sea en el sector oficial o privado. Se comprende en conductas realizadas como padres, profesores, sacerdotes, pastores, patronos, etc.”¹⁶⁶.*

Respecto del carácter, posición y cargo, del agente el doctrinante Acevedo Blanco contribuye aseverando “El significado de los tres vocablos “carácter”, “posición” y “cargo”, es esencialmente el mismo, porque carácter es condición, dignidad de una persona; posición es categoría, situación y, cargo es dignidad, oficio. A veces el cargo da posición y la posición da carácter; a veces, el carácter y la dignidad de una persona dan posición al cargo. Pero en últimas, aunque con sutiles diferencias, las tres voces son sinónimas: el significado común para el caso es el de un ascendiente moral que confiere particular autoridad al victimario sobre la

¹⁶⁵ ACEVEDO. Op. cit., p. 209.

¹⁶⁶ PABON PARRA. Op. cit., p. 560.

víctima y hace que esta deposite en el su confianza (el mentor espiritual sobre su pupilo, el juez sobre la persona a quien juzga, el superior jerárquico sobre el inferior y hasta el rico sobre el pobre ejercen innegable ascendiente moral que, dirigido a obtener la satisfacción de la agravación punitiva de que aquí se trata)”¹⁶⁷.

3. Contaminación Venérea consecuencia del acceso o acto Sexual: *“Al establecer el nexo entre la conducta y la contaminación venérea, también se hacen más penosas las consecuencias de la infracción para la víctima”¹⁶⁸.*

En relación con la contaminación venérea es válido aclarar “También la contaminación venérea es un perjuicio agregado al ordinario del delito, que debe castigarse en concurrencia con las lesiones personales si las produce. Esas lesiones se ubicarán de acuerdo a la clasificación legal establecida en el Capítulo 2º del Título XIII, entre las que por cierto ya no se encuentra la de contagio venéreo, que el legislador decidió eliminar, para que fuera subsidia, la lesión derivada del contagio, dentro de la clase de lesión causada, logrando una mayor coherencia punitiva”¹⁶⁹.

¹⁶⁷ ACEVEDO. Op. cit., p. 209.

¹⁶⁸ PABON PARRA. Op. cit., p. 560.

¹⁶⁹ TOCORA, Op. cit., p. 200.

Con base en la enfermedad venérea adquirida por la víctima, Acevedo Blanco expone “La enfermedad venérea, como se sabe, tiene origen por lo regular en el contacto sexual, y del mismo modo, localización anatómica sexual. Si es carga indeseable para la víctima del delito sexual, la nobilísima de la concepción, con tanta mayor razón lo es la de correr con este tipo de secuela que afecta gravemente la salud. Por ello, se justifica plenamente la agravación punitiva que se contempla es este caso”¹⁷⁰.

4. Se realizare sobre persona menor de doce años: *“En razón de la corta edad del sujeto pasivo, las secuelas negativas de orden físico y psíquico que pueden sobrevenirle son de ilimitada gravedad; de otra parte la mayor repugnancia social que ocasiona el hecho, justifica plenamente la agravación”¹⁷¹.*

“Es tan repugnante ésta circunstancia que su solo enunciado justifica plenamente la agravación punitiva que aquí se contempla; y hasta una mayor, si no se tratara como frecuentemente se piensa, de casos de inimputabilidad patológica, antes que perversidad consciente”¹⁷².

Ésta causal en el Código Penal de 1980 rezaba así: “Si el delito se realizare sobre persona menor de diez años”, contemplada en el artículo 306 numeral 5; la nueva

¹⁷⁰ ACEVEDO. Op. cit., p. 210.

¹⁷¹ PABON PARRA. Op. cit., 560.

¹⁷² ACEVEDO. Op. cit., p. 210.

normatividad penal aumento la edad del sujeto pasivo de diez a doce años como ya se anoto anteriormente.

5. Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo. *Esta causal no existía en el Código Penal de 1980, fue incluida en la ley 599 de 2000 de manera acertada, debido a que el legislador busca con ésta la mayor protección de quienes siendo cónyuges o compañeros permanentes, fueran víctimas de alguno de los delitos contenidos en los capítulos anteriormente mencionados.*

También quiso el legislador penalizar con mayor dureza al agente que realiza la conducta penal sobre la persona con que hubiere convivido o en su defecto engendrado un hijo.

6. Embarazo consecuencia del acceso carnal: *“La gravidez no querida ni consentida, hace más gravosas las consecuencias de orden físico o moral para la víctima”¹⁷³.*

Luis Fernando Tocora asegura “Si la víctima queda embarazada se entiende un mayor perjuicio, por cuanto es una concepción no querida, que además de los

¹⁷³ PABON PARRA. Op. cit., p. 560.

perjuicios morales, tiene también los económicos de la manutención, y los físicos, por la molestia y esfuerzos que conlleva tal situación (embarazosa)”¹⁷⁴.

“Tratándose de situaciones como la violación, el estupro y el abuso sexual en que la víctima no ha presentado su consentimiento o ha sido pervertida por la maquinación injusta, la secuela del embarazo añade una carga, no buscada ni deseada, a la lesión de la libertad de la víctima. Esta circunstancia justifica la agravación punitiva”¹⁷⁵.

➤ **Extinción de la Acción Penal Por Matrimonio**

*Como ya dijimos anteriormente ésta causal fue derogada por el artículo 8 de la ley 360 de 1997. EL artículo 307 del Código Penal de 1980 disponía: **“Extinción de la acción penal por matrimonio. Si cualquiera de los autores o partícipes de los delitos descritos en los capítulos anteriores contrajere matrimonio válido con el sujeto pasivo, se extinguirá la acción penal para todos ellos.”***

¹⁷⁴ TOCORA. Op. cit., p. 200.

¹⁷⁵ ACEVEDO. Op. cit., p. 209.

13 ARTICULO 212. ACCESO CARNAL.

Articulo 212. Acceso Carnal. Para los efectos de la conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.

Este tipo penal tampoco está presente en el Código de 1980, es una acertada inclusión que hizo el legislador al conceptuar en la norma el "acceso carnal" explicando los alcances que éste puede llegar a tener.

El legislador no solo entiende por acceso carnal la "penetración del miembro viril por vía anal o vaginal" como tradicionalmente se entiende, sino que amplía éste concepto a la penetración viril por vía oral así como la "penetración vaginal o anal" de cualquier objeto o parte del cuerpo humano.

Es de recordar que éste nuevo tipo penal es aplicable a los Capítulos que tratan sobre "La violación" y "De los actos sexuales abusivos".

En el Honorable Senado de la Republica se debatió este nuevo delito exponiendo: "Comentario: Se definió el acceso carnal en los términos señalados en el artículo 32 del Decreto 1410 de 1.995 dictado en uso de las facultades conferidas por el artículo 213 de la Constitución Política - Conmoción Interior - , y en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 1370 del 16 de agosto de 1.995. El desconocimiento de otros métodos como forma de acceso carnal por parte de la doctrina y la jurisprudencia, que causan igual o peor daño, impide la protección adecuada del bien jurídico tutelado".¹⁷⁶

*El artículo 32 del Decreto 1410 de 1995 citado en la Gaceta del Congreso, a la que se hace referencia en el párrafo anterior reza: **Artículo 32. Acceso Carnal. Para efectos de los delitos contra la libertad y el pudor sexuales se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto, con fines sexuales.***

La ley 360 de 1.997 (derogada por la ley 599 de 2000, por la cual se expide el nuevo Código Penal, en lo que respecta a los tipos penales modificatorios del Código Penal de 1980) agregó un artículo al Título de los delitos sexuales, el 306 A, del siguiente tenor:

¹⁷⁶ GACETA DEL CONGRESO, Numero 280. Santa Fe de Bogotá, D.C.. Viernes 20 de Noviembre de 1.998. p.43.

“Art.306 A. Ley 360 de 1997, art 14. Intervención del ICBF. En todos los casos en que la víctima sea un menor de edad, que carezca de representante legal o que teniéndolo, incumpliere sus obligaciones o careciere de las condiciones económicas necesarias o de las calidades morales o mentales, para asegurar la correcta formación del menor de edad, el funcionario que conozca de la investigación dará aviso al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que el defensor de familia competente, adopte las medidas de protección que el caso amerite e intervenga y promueva las acciones judiciales necesarias, en representación del menor y la familia.

Para este efecto, el Estado destinará los recursos suficientes para que el ICBF cumpla con lo dispuesto en el presente Artículo”.

Como ya se dijo anteriormente, éste tipo penal del Código de 1980 incluido en éste por medio de la ley 360 de 1997, no fue tipificado por el legislador en el nuevo Código Penal. Respecto de ésta norma podemos decir: “Resulta apenas normal que en desarrollo de una política de protección de la infancia, el organismo competente del Estado, en este caso, el ICBF, asuma la defensa del infante, dentro de los lineamientos de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño

*aprobada por la ONU, el 20 de noviembre de 1989, suscrita y ratificada por Colombia*¹⁷⁷.

Ésta norma no tenía un contenido de naturaleza de delito penal, en cuanto no enmarca una conducta ilícita debido a que no exponía una conducta típica, antijurídica y culpable. El artículo derogado 306 "A", pretendía facilitar el accionar del Instituto de Bienestar Familiar, exigiendo al funcionario judicial que adelantara la investigación, poner en conocimiento de dicho Instituto la existencia de un menor sujeto pasivo de una infracción penal. Sin embargo, vale la pena resaltar que es función del Instituto velar por la niñez desprotegida, por más que el artículo comisionara al funcionario instructor a comunicar la existencia de un menor afectado por un delito sexual.

¹⁷⁷ TOCORA. Op. cit., p. 201.

***CAPÍTULO VII. DEL PROXENETISMO (CAPÍTULO IV DEL
TÍTULO IV DEL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO)***

14 INTRODUCCIÓN AL PROXENETISMO

El Honorable Representante a la Cámara William Vélez Mesa fue el ponente del proyecto contra la pornografía infantil, dicho proyecto se incluyó en ley 599 de 2000, "Este proyecto se ocupa de una de las mas graves problemáticas en nuestro país: la del abuso de menores. Como ponentes del Código Penal no podemos desconocer esa gravedad y tampoco la importancia de regular un tema de tanta trascendencia. A la vez, reconocemos que la pornografía infantil no es el único acto abusivo contra los niños sino que, como lo muestran las estadísticas de otros países, como Italia, el 90% de los casos de abuso sexual contra menores se producen en el interior de la familia, un 8% por conocidos del menor y un 2% por desconocidos. En Colombia sufrimos una realidad de similar gravedad. "¹⁷⁸

Acercándonos al concepto de prostitución encontramos, "La prostitución es el trafico sexual habitual o reiterado con el propio cuerpo, que se dirige a un número amplio o indeterminado de personas, y que tiene por finalidad la satisfacción erótica del comprador mediante el acceso a los actos sexuales.

¹⁷⁸ GACETA DEL CONGRESO, No. 510. Santa Fe De Bogotá, D.C.. Viernes 3 de Diciembre de 1.999. p. 5.

El proxenetismo es conducta de constreñimiento inducción o fomento de la prostitución, con afán de lucro o para satisfacer deseos eróticos de terceros; se comprende además las conductas de trata o trafico de menores y de estímulo a la prostitución de menores”¹⁷⁹.

En el “Manual de Derecho Penal” encontramos la siguiente aproximación a ésta conducta, “El proxenetismo es la explotación económica o por lucro, de la prostitución; y la prostitución es el comercio sexual por precio.”¹⁸⁰

“El delito de proxenetismo, conocido, tradicionalmente también con los nombres de lenocinio y alcahuetería, consiste en facilitar la satisfacción de los deseos carnales de otra persona, con ánimo lucrativo. El lucro tiene objetividad a través del dinero, o de ventajas, posiciones, honores, que hayan de tener eficacia inmediatamente o en tiempo futuro.

Elementos constitutivos del proxenetismo han sido, para la doctrina general, la habitualidad y la venalidad, de modo que no es antijurídica su ejecución sino el oficio. El segundo de los requisitos no significa para la ley colombiana mas que una circunstancia de agravación específica, conforme al inciso 1º del Artículo 328 (Código Penal de 1980)”¹⁸¹.

¹⁷⁹ PABON PARRA. Op. cit., p. 551.

¹⁸⁰ ACEVEDO BLANCO. Op. cit., p. 201.

¹⁸¹ PÉREZ. Op. cit., p. 343.

No podíamos continuar sin incluir la definición que el maestro Carrara tiene para el lenocinio afirmando que: "Pero en sentido jurídico esta palabra expresa mas especialmente un acto deshonesto, y con mas precisión, todos los modos con que un tercero se entromete entre dos personas, de ordinario de sexo distinto, para hacer que la una acceda al deseo carnal de la otra, o para facilitar los recíprocos deseos que esas personas tenían de conocerse carnalmente."¹⁸².

Conceptos de Prostitución y Comercio Carnal: "Comercio carnal es él trafico o cambio de la satisfacción de un deseo lujurioso por una ventaja de cualquier especie, lo cual supone entrega reciproca de favores. El intercambio habitual es meretricio.

Prostitución es la entrega carnal a cualquiera que la solicite, como precio como medio de vivir una persona. Dices persona para designar a los individuos de un y otro sexo. Dada la libetas de acceso. Que además del móvil económico puede tener otros, como la ambición de lujo, la perversión moral o los trastornos sicosexuales, inclusive puede rebajarse la penalidad"¹⁸³.

¹⁸² CARRARA. Volumen VIII. Op. cit., p. 51.

¹⁸³ PÉREZ. Op. cit., p. 343.

Los tratadistas Edgar García García y Heliodoro Fierro Méndez nos dicen respecto del comercio carnal: "El comercio carnal presupone la actividad más o menos estable, con carácter empresarial, a diferencia de la prostitución, que el puede ejercerse sin existir empresa.

Creemos, que por comercio carnal debe entenderse toda actividad de carácter mercantil cuya destinación no tiene por fin, ejercer directamente la prostitución sino patrocinarla."¹⁸⁴

Estos mismos autores hacen referencia a partir del sustantivo proxenetismo el siguiente análisis, "Este sustantivo denota la acción u oficio ejercido por el proxeneta. Entendiendo por proxeneta a la persona que induce o facilita la actividad sexual de carácter inmoral o socialmente repudiada sin que sea ésta delictual. Es una forma elegante de llamar al alcahueta, al patrocinador de la prostitución."¹⁸⁵

15 INDUCCIÓN A LA PROSTITUCIÓN

Art. 213. Inducción a la prostitución. El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la

¹⁸⁴ GARCÍA GARCÍA y FIERRO MÉNDEZ. Op. cit., p. 179.

¹⁸⁵ Ibid., GARCÍA GARCÍA y FIERRO MÉNDEZ. p. 177.

prostitución a otra persona, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

15.1 FUNDAMENTO DOCTRINAL

15.1.1 CONCEPTO

“Inducción y constreñimiento a la prostitución. En los artículos 308 y 309 (Código Penal de 1980) se incriminan los actos de inducción y de constreñimiento encaminados a que una persona honesta se prostituya o llegue al comercio carnal.

*Basta la inducción y el constreñimiento para que éstas dos maneras de proxenetismo queden consumadas, siempre que el agente las cumpla con el fin de que la víctima llegue a la prostitución o a comerciar con las relaciones sexuales, siempre que este determinado el agente por un “**animus lucrandi**” o para satisfacer los deseo de otro.*

No son, pues, las dos conductas punibles delito de resultado, sino de simple peligro o de daño a la honestidad sexual del sujeto pasivo, y, por consiguiente, no

admite el grado de tentativa¹⁸⁶. Los artículos 308 y 309 de la normatividad penal de 1980 equivalen a los artículos 213 y 214 respectivamente del nuevo Código explicados en éste Capítulo.

15.2 ANÁLISIS DEL TIPO

Tabla 15 Análisis del Tipo Inducción a la Prostitución

ELEMENTOS	DESCRIPCIÓN
<i>Clasificación</i>	1. Tipo de mera conducta 2. Tipo de peligro 3. Tipo de conducta instantánea 4. Tipo mono-ofensivo
<i>Sujeto Activo</i>	<i>Indeterminado y singular</i>
<i>Sujeto Pasivo</i>	<i>Indeterminado. Hombre o mujer sin ninguna calificación especial¹⁸⁷.</i>
<i>Conducta</i>	<i>Verbo determinador simple: Inducir.</i>
<i>Objeto Material Personal</i>	<i>Sujeto por el cual recae la inducción al comercio carnal o a la prostitución, titular del bien jurídico tutelado, que simultáneamente es sujeto pasivo en infracción¹⁸⁸.</i>
<i>Punibilidad</i>	<i>La pena oscila entre dos (2) y cuatro (4) años de prisión, con pena de multa como sanción principal de cincuenta a quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i>

¹⁸⁶ TOCORA. Op. cit., p. 206.

¹⁸⁷ PABON PARRA. Op. cit., p. 561 y 562.

¹⁸⁸ Ibid., PABON PARRA. p. 561 y 562.

15.3 ELEMENTOS

15.3.1 Bien Jurídico Tutelado

Luis Fernando Tocora llama la atención al referirse a los bienes jurídicamente protegidos del tipo "inducción a la prostitución", de que quien por dinero, como es el caso de las proxenetas, acceda a tener relaciones sexuales con otra persona no está infringiendo ninguna norma penal. Tocora afirma, "Es necesario precisar que la prostitución, y menos que el delito carnal son delitos. Ella indudablemente vulnera el honor sexual de quienes en ella intervienen, tanto del que paga como del que vende, siendo quizás mas grave la conducta del primero, pues en el segundo - está comprando - actúa la mayoría de las veces determinado por los factores socioeconómicos y muy seguramente por la psicopatología de la sexualidad.

A pesar de alusión al honor u honestidad sexual, esas conductas no son punibles, y aunque deberíamos explicarlo por la inclusión del pudor sexual como bien jurídico tutelable penalmente no lo podemos hacer, pues en el proxenetismo también hay una protección de ese bien como lo dejamos visto"¹⁸⁹. La dignidad humana es, en

¹⁸⁹ TOCORA. Op. cit., p. 207.

éste delito otro de los bienes jurídicamente tutelados que se afecta con el cometimiento de ésta conducta.

15.3.2 Sujetos

- **Sujeto Activo:** Puede ser persona de uno u otro sexo
- **Sujeto Pasivo:** Puede ser persona de uno u otro sexo

Tabla 16 *Edades del Sujeto Pasivo*

ARTÍCULO	Recién nacido a 14 años	De 14 a 18 años	De 18 en adelante
Art. 213. <i>Inducción a la prostitución</i>	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX

15.3.3 Conducta

Son elementos estructurales de éste delito:

- **La Inducción.** “La acción consiste en inducir, que a través de los diversos tipos penales, hemos entendido como instigar, persuadir, determinar o mover a algo. En este tipo penal mucho tipos plantean una acepción de más alcance: La de ocasionar o causar, resultado de ello como diferencia, un tipo penal de

*resultado, y no de mero peligro, o sea que exige la verificación de lo que persigue la inducción: el comercio carnal o la prostitución*¹⁹⁰.

➤ **La Inducción al Comercio Carnal o a la Prostitución.** *“Comercio Carnal o mejor, comercio sexual, es, de modo general, la unión carnal, sexual, de hombre y mujer; y más específicamente, el autentico tráfico mercantil de las meretrices, los rufianes, alcahuetes y “ Tratantes de blancas” que explotan con fines de lucro esa unión sexual. La prostitución es el comercio mismo de la mujer o persona que accede al trato sexual por un precio. Y por extensión es la deshonra de la persona, la degradación moral. Por consiguiente, inducción al comercio carnal o a la prostitución, es determinar a una persona a que se inicie en dicha actividad; luego no hay inducción si la persona ya la practicaba”*¹⁹¹.

➤ **Comercio Carnal y Prostitución:** *“El comercio carnal debe entenderse como la realización del acto sexual a cambio de una ventaja de cualquier especie. No implica reiteración, ni ofrecimiento público, ni es necesario a su esencia el fin de lucro.*

La persona que sostiene una relación carnal para buscar mejores condiciones laborales para sí o para un tercero, está comerciando con su sexo.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, TOCORA. p. 206 y 209.

¹⁹¹ ACEVEDO. *Op. cit.*, p. 212.

Igualmente la que procede para obtener ventajas académicas, políticas, económicas, etc.

La prostitución es la venta de los actos sexuales realizados públicamente, y de manera habitual. Requiere ésta sí, de la repetición y de la oferta a la pública concupiscencia, o sea a personas indeterminadas en su identidad y número.

Ella se puede ejercer en lugares fijos llamados casas de lenocinio, próstilos o casas de citas. O estableciendo contactos con los clientes, en la calle o a través de terceros, para fijar de común acuerdo el lugar, forma ésta que se utiliza más en países donde excepcionalmente se ha prohibido la prostitución.

- **Animo de Lucro o Satisfacer deseos de otro:** *“Es lo que le da el tinte al comercio carnal o la prostitución. Eso es lo que hace proxeneta, vale decir el intermediario el gestor sexual, el que vende amor sexual como cualquier Artículo de comercio, vender la satisfacción sexual a costa de la corrupción del sujeto pasivo de este delito”¹⁹².*

¹⁹² Ibid., ACEVEDO. p. 212.

➤ **Persona Honesta:** El libro “*Derecho penal Especial*” dice en relación a la persona honesta, “La doctrina tradicional ha entendido la honestidad sexual, sobre la base de la abstinencia de las relaciones sexuales no matrimoniales. Los nuevos tiempos han ampliado el concepto, y ya hoy no puede considerarse deshonesto la mujer que tenga tales relaciones estando soltera, separada, divorciada o viuda.

Ellas perfectamente pueden ser sujetos pasivos del tipo penal en estudio. No, en cambio, quienes han demostrado ya la falta de honestidad u honor sexual, subordinando sus actos sexuales a un interés venal, o cayendo en licenciosas conductas de promiscuidad (ejecutadas con personas indeterminadas).

No creemos tampoco, que la persona homosexual, por el solo hecho de serlo, no pueda ser sujeto pasivo de esa figura, pues no podemos asegurar que sea una persona deshonesto. Planteadas como están las causas principales de la inversión sexual, en la gestación psico-sexual de la personalidad que sufre desviaciones en su objeto, por factores externos de fijación, o internos (Fisiológicos), no puede la sociedad ni el Estado, entrar a reprochar esa conducta.

Si se establece que ella obedece a una simple perversión sexual, sí cabe calificar la persona como deshonesta sexualmente. Igualmente, en los casos en que ya se haya sometido su sexualidad a un precio o ventaja, o a las anotadas conductas de promiscuidad”¹⁹³.

No lejos de la anterior apreciación el doctrinante Jairo Londoño nos dice, explicando primero la concepción cristiana sobre el presente tema, “Siguiendo el concepto cristiano ya descrito precedentemente, se ha tenido en la doctrina como honesta a la persona que no tiene relaciones sexuales antes del matrimonio no con persona diferente del cónyuge. La época actual ha variado sustancialmente el concepto pues hoy por hoy es francamente difícil expresar aquello, así que una persona puede tener relaciones sexuales fuera del matrimonio o con otra diversa del cónyuge sin dejar de ser honesta.”¹⁹⁴

Por último Edgar García y Heliodoro Fierro Méndez explican su concepto de persona honesta, bajo una perspectiva menos rígida en cuanto al aspecto sexual se refiere, “Hace relación a la cualidad propia de la decencia que le es reconocida a cada persona en particular, por el conglomerado social.

¹⁹³ TOCORA. Op. cit., p. 206 y 209.

¹⁹⁴ LONDOÑO JARAMILLO. Op. cit., p. 198.

La honestidad es un concepto de carácter extrínseco, que depende del reconocimiento y de la ponderación hecha por terceras personas.

Se considera persona honesta quien goza del reconocimiento público de obrar conforme a la legalidad y de la moralidad No siendo su comportamiento reprochable.”¹⁹⁵

Respecto de la tentativa en éste delito, Carrara nos da algunas luces al afirmar: “No menos grave son las dudas que ofrece la espinosa materia de este Título respecto a la teoría de la tentativa. No hay dificultades serias mientras se contempla el hecho del que induce a la prostitución, y pienso que no puede hacerse esa figura un delito formal, pues para decir que se consumo, es preciso que concurra el resultado, ésto es, que la jóven seducida haya sido prostituida efectivamente. Las caricias y demás artificios para inducirla, por insidiosos y prologados que hayan sido, si resultaron inútiles, o por virtud de la jóven o por casualidad, no pueden darnos un delito perfecto; habrá, dentro de los términos del caso, una tentativa cuya punibilidad dependerá únicamente de determinar si en esos artificios o medios insidiosos hubo o no hubo la idoneidad necesaria para constituir el elemento materia de tentativa delictuosa, ya que de cada cien

¹⁹⁵ GARCÍA GARCÍA y FIERRO MÉNDEZ. Op. cit., p.179.

*casos, en noventa y nueve debe reconocerse que la falta de éxito se debió a que los medios empleados no eran idóneos*¹⁹⁶.

Como dispositivos amplificadores del tipo de "inducción a la prostitución" encontramos el de la tentativa, como bien aseveró el maestro Carrara en la cita hecha en el párrafo anterior. También se da la tentativa para el delito de "constreñimiento a la prostitución", "trata de mujeres", "estímulo a la prostitución de menores" y "turismo sexual" dentro de los delitos correspondientes al Capítulo IV de los delitos sexuales.

15.4 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

El Estado, por medio de los delitos sexuales penaliza la "inducción a al prostitución" ya que esta conducta dolosa repele los fundamentos del Estado Social de Derecho, ya que es contraria a la dignidad humana.

Precisamente la tipificación de la "inducción" tiene como una de sus finalidades la protección de la persona inducida y la sociedad en general, la sentencia de T-620 de 1.995 proferida por la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, recalca ésta protección a la que la comunidad tiene derecho respecto de la practicas viciosas y amorales de los proxenetas.

¹⁹⁶ CARRARA. Op. cit., p. 103.

Corte Constitucional Sentencia T-620 de 1995

Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa

“La realidad histórica y sociológica demuestra que la prostitución no puede ser erradicada de manera plena y total, y que se trata de un fenómeno social común a todas las civilizaciones y a todos los tiempos. Obedece a factores diversos, de orden social, cultural, económico, psíquico, etc. Lo cierto es que el Estado no podría comprometerse a erradicar por completo una práctica que siempre se ha dado y se dará; lo que sí puede es controlar su radio de acción. Para ello existen las llamadas “zonas de tolerancia”, cuya finalidad es la de evitar que, de manera indiscriminada, se propaguen por todo el entorno urbano, invadiendo incluso las zonas residenciales, las casas de lenocinio y, en general, los establecimientos destinados a la práctica de la prostitución.

Para el Estado social de derecho la prostitución no es deseable, por ser contrario a la dignidad de la persona humana el comerciar con el propio ser. Pero no puede comprometerse en el esfuerzo estéril de prohibir lo que inexorablemente se va a llevar a cabo y por ello lo tolera como mal menor; es decir, como una conducta no ejemplar ni deseable, pero que es preferible tolerar y controlar, a que se esparza clandestina e indiscriminadamente en la sociedad, dañando sobre todo a la niñez y a la juventud. Por otro lado, es conocido y aceptado el principio según el cual la ley positiva no puede prohibir todo lo que la moral rechaza, porque atentaría contra la libertad. De acuerdo con lo anterior, jurídicamente hablando, puede decirse que en aras del derecho al libre desarrollo de la personalidad, las gentes pueden acudir a la prostitución como forma de vida, pero al hacerlo no pueden ir en contra de los derechos prevalentes de los niños, ni contra la intimidad familiar, ni contra el derecho de los demás a convivir en paz en el lugar de su residencia.”¹⁹⁷

¹⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-620 del 14 de diciembre de 1995. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Medio Magnético, C.D., Corte Constitucional.

15.5 CASOS

Primer Caso

Jorge en una noche de ligero alicoramiento decide ofrecer dinero a Coni (secretaria de la empresa para la que el trabaja) con el fin de que ésta satisfaga sus deseos eróticos, sabiendo este que la jóven con anterioridad había aceptado de otros amigos suyos tales propuestas deshonestas. El novio de ésta tiene conocimiento de la situación y se dirige a la Fiscalía con el fin de denunciarlo por el delito de "Inducción a la prostitución".

¿Estarían tanto Coni como Jorge siendo sujetos activos de éste delito, sí o no y por que? ¿De ser Coni una persona de indiscutible honestidad podría denunciar a Jorge por éste delito teniendo en cuenta que este no pretendía lucrarse, sí o no y por qué?

Segundo Caso

Laura, mujer adulta, conoce a José de quien sabe posee una gran capacidad para conquistar a las mujeres debido a su imponencia física y una desaforada conducta

sexual. Convencida del buen negocio que podría llegar a ser para ella ya que acostumbra servir de intermediario en la presentación de personas para la actividad sexual, inicia una labor de persuasión que consiste en referirse a terceras personas dedicadas a ésta actividad llamando la atención de éste respecto de lo lucrativo del comercio carnal sin hacerle una propuesta directa. Al no ser clara en su propuesta, decide invitarlo a un **“after party”** con personas que desempeñan este tipo de actividad. José extrañado acepta tal invitación donde frecuentemente oye los beneficios de ésta labor sin que Laura le haga una propuesta formal. En esta diligencia continua Laura hasta que los padres de aquel le hacen caer en cuenta de los fines perversos de su amiga, obligándolo a denunciarla por el delito de **“Inducción a la prostitución”**.

¿Está cometiendo Laura éste delito teniendo en cuenta que ella nunca le hizo un propuesta formal y que en la sociedad actual es frecuente observar reuniones públicas con éste tipo de personas? ¿De tener José relaciones sexuales con personas presentadas por Laura en éstas reuniones debido al agrado entre éste y las mujeres conocidas, sin ofrecerle a José dinero, ni mediar ningún tipo de ofrecimiento, obteniendo ésta ganancias sin el conocimiento de él, se estaría cometiendo éste delito, sí no y por qué?

16 CONSTREÑIMIENTO A LA PROSTITUCIÓN

Art. 214. Constreñimiento a la prostitución. El que con animo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, constriña a cualquier persona al comercio carnal o a la prostitución, incurriría en prisión de cinco (5) a nueve (9) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

16.1 FUNDAMENTO DOCTRINAL

16.1.1 CONCEPTO

“De acuerdo a esta formulación los elementos son los mismos de la “inducción a la Prostitución”, salvo el de la inducción que es variado por del constreñimiento, lo que da al tipo una mayor gravedad.

La violencia de que trata este tipo penal, no es la que se ejerce para lograr acto sexual alguno, sino una anterior, que empuja a la víctima a la prostitución o al trafico carnal. Si aquella se da para obtener el acto sexual, habrá delito de violación y el “Constreñimiento a la Prostitución”, concurriría imperfectamente,

*pues no se lograría el elemento comercio carnal o prostitución ejercido por la norma*¹⁹⁸.

*El Catecismo de la Iglesia Católica se refiere a la prostitución como una de las ofensas a la castidad. Éste comentario es también aplicable a los delitos de “inducción a la prostitución” visto anteriormente, “trata de personas” que será estudiado a continuación del presente artículo y “estímulo a la prostitución de menores”. Hecha ésta aclaración encontramos en el Catecismo: “La prostitución atenta contra la dignidad de la persona que se prostituye, puesto que queda reducida al placer venéreo que se saca de ella. El que paga peca gravemente contra sí mismo: quebranta la castidad a la que comprometió su bautismo y mancha su cuerpo, templo del Espíritu santo. La prostitución constituye una lacra social. Habitualmente afecta a las mujeres, pero también a los hombres, los niños y los adolescentes (en estos dos últimos casos el pecado entraña también un escándalo). Es siempre gravemente pecaminoso dedicarse a la prostitución, pero la miseria, el chantaje, y la presión social pueden atenuar la imputabilidad de la falta.”*¹⁹⁹

A partir del diccionario “Larousse” en el libro “Derecho Penal Especial II” se dice con respecto a éste delito: “Como se advierte, esta conducta tiene casi iguales

¹⁹⁸ TOCORA. Op. cit., p. 210.

¹⁹⁹ CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA. Op. cit., Numeral 2355 p. 770.

elementos que la anterior, diferenciándose sólo en que ya no se trata de inducir sino de constreñir que es una forma de ejercer violencia, pues es apremiar, obligar, según el Diccionario “Larousse”. Es sojuzgar la voluntad ajena por medio de la violencia física o moral.²⁰⁰

16.2 ANÁLISIS DEL TIPO

Tabla 17 Análisis del Tipo Constreñimiento a la Prostitución

ELEMENTOS	DESCRIPCIÓN
Clasificación	<p>1. Tipo de mera conducta: No requiere que el resultado pretendido se produzca efectivamente para la configuración del tipo.</p> <p>2. Tipo de lesión</p> <p>3. Tipo de conducta instantánea</p> <p>4. Tipo mono-ofensivo</p>
Sujeto Activo	Indeterminado y singular.
Sujeto Pasivo	Indeterminado: hombre o mujer sin ninguna calificación especial ²⁰¹ .
Conducta	Verbo determinado simple: Constreñir como obligar, o accionar al sujeto pasivo para que realice acto de comercio carnal o se inicie en la prostitución; el verbo rector lleva implícita la agudeza física o moral en la realización del hecho.
Punibilidad	La pena oscila entre cinco (5) y nueve (9) años de prisión y multa de cincuenta a quinientos salarios mínimos legales mensuales vigente.

²⁰⁰ LONDOÑO JARAMILLO. Op. cit., p. 199.

²⁰¹ PABON PARRA. Op. cit., p. 562.

16.3 ELEMENTOS

16.3.1 Bien Jurídico Tutelado

La libertad Sexual y Dignidad Humana.

16.3.2 Sujetos

- **Sujeto activo:** *Puede ser persona de uno u otro sexo*
- **Sujeto pasivo:** *Puede ser persona de uno u otro sexo.*

Tabla 18 Edades del Sujeto Pasivo

ARTÍCULO	Recién nacido a 14 años	De 14 a 18 años	De 18 en adelante
Art. 214. <i>Constreñimiento a la prostitución</i>	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX

16.3.3 Conducta

Verbo determinador simple: "Constreñir, obligar, coaccionar al sujeto pasivo para que realice acto de comercio carnal o se inicie en la prostitución; el verbo rector lleva implícita la violencia física o moral en la realización del hecho"²⁰².

²⁰² *Ibíd.*, PABON PARRA. p. 562.

Respecto de la conducta en el delito de constreñimiento a la prostitución se encuentra que "El único elemento que distingue éste delito del de la inducción que acaba de estudiarse es el constreñimiento, que, como se sabe, es el apremio o compulsión mediante la fuerza física o la coacción moral para obligar a una persona a que realice u omite realizar algo contra su voluntad. Los demás elementos son idénticos: el comercio carnal, o la prostitución, el carácter de persona honesta de la víctima y el ánimo de lucro o la satisfacción de los deseos de otro. Naturalmente, hay que hacer notar la diferencia del tratamiento punitivo entre inducir y constreñir, que es apenas justo"²⁰³.

16.4 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

La Corte no pretende desconocer el derecho al libre desarrollo de la personalidad que tienen las prostitutas y travestidos en cuestión. En modo alguno ignora que las actividades de la prostitución y el travestismo en sí mismas no están prohibidas y, por tanto, no son objeto de esta tutela. Ambas pueden ejercerse, pero no de manera irracional y desproporcionada, sino dentro de unos parámetros mínimos que no afecten el ejercicio de los legítimos derechos de terceros, de tal suerte que trasciendan el ámbito de la intimidad personal y familiar de personas ajenas a tales comportamientos y que, además, los repudian.

²⁰³ ACEVEDO. Op. cit., p. 212.

Corte Constitucional Sentencia SU-476 de 1.997

Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa

“Si el propio Estado procura evitar que la mujer y el hombre se prostituyan, resulta apenas lógico que el ejercicio de la prostitución se delimite y restrinja a lugares alejados de las zonas residenciales, con el propósito de evitar su incidencia a toda la comunidad, y que su influencia nociva afecte a los menores de edad. Esto implica, necesariamente, que el ejercicio de ésta actividad debe ceder frente al interés social y familiar y frente a los derechos fundamentales de terceros cuando la misma desborda los límites del orden público. No sobra recordar que, de conformidad con el artículo 42 de la Constitución, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y corresponde al Estado y a la propia sociedad garantizar su protección integral. Tampoco puede ignorarse que se trata de una actividad alrededor de la cual suelen concurrir la comisión de delitos y la propagación de enfermedades venéreas, conductas éstas que deben prevenirse y controlarse de manera efectiva y oportuna por las autoridades públicas a quienes corresponda, con el fin de evitar que las mismas afecten a la colectividad. Se debe tener presente el derecho prevalente del actor, de los coadyuvantes y de los residentes del sector, a gozar en su lugar de habitación y convivencia de las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que son, a su vez, elementos fundantes del orden público, y cuyo desconocimiento implica la violación los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar invocados por los actores, y que exige de las autoridades administrativas de policía, adoptar las medidas necesarias para mantener o restablecer el orden y proteger los derechos ciudadanos.”²⁰⁴

²⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-476 del 25 de septiembre de 1997. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Medio Magnético, C.D., Corte Constitucional.

16.5 CASOS

Primer Caso

Con motivo de su cumpleaños Camilo, joven de diez y nueve años es sorprendido por su padre con un regalo singular; éste decide, debido a la edad de su hijo, sorprenderlo con una noche romántica con una meretriz que él mismo ha conseguido, con el fin de, según él, "hacer de su hijo todo un hombre". Camilo renuente a aceptar tal ofrecimiento se lo hace saber a su padre quien enojado lo persuade de aceptarlo.

¿Está cometiendo el padre de Camilo el delito de "constreñimiento a la prostitución" contenido en el artículo 214 del nuevo Código Penal? ¿Está siendo cómplice de este delito Clemencia, madre de Camilo, quien sabiendo lo sucedido no se interpone ante su marido? ¿Qué delito está cometiendo la meretriz que decidió aceptar por dinero ésta proposición?

Segundo Caso

Alejandra, estudiante universitaria observa como Andrés y Matilde hacen copia en el examen final de Cálculo I mientras ella se desempeña como profesora auxiliar del titular de esta cátedra. Alejandra una vez entregada la prueba les dice a los estudiantes que ésta está anulada anunciándoles el inicio del proceso de expulsión de la facultad de Ingeniería.

Esta monitora conoce gente que trabaja en la prostitución y ve la posibilidad de ganarse unos pesos introduciendo en éste medio tanto a Andrés como Matilde, proponiéndoles conocer éste mundo para trabajar en él, olvidando lo ocurrido con el parcial. Los dos alumnos acceden a la propuesta de Alejandra con el fin de no verse expulsados de la Universidad y no ver perjudicada su carrera, ya que de no hacerlo ésta inmediatamente da conocimiento del fraude a la decanatura.

Andrés y Matilde conocen un par de casas de lenocinio donde permanecen un fin de semana sin tener ningún tipo de contacto sexual debido a que tal ofrecimiento es contrario a su moral y deciden afrontar su situación ante la facultad por lo que sancionan a Alejandra despidiéndola y denunciándola por cometer el delito de "Constreñimiento a la prostitución" y repitiéndoles el examen.

¿Incorre en ésta infracción penal Alejandra, sí o no y por qué?

17 TRATA DE PERSONAS

Art. 215. Trata de Personas. El que promueva, induzca, constriña o facilite la entrada o salida del país de una persona, para que ejerza la prostitución, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años y multa de setenta y cinco (75) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

17.1 FUNDAMENTO DOCTRINAL

17.1.1 CONCEPTO

En el Código Penal de 1980 el delito de "trata de Blancas" estaba localizado en el tercer tipo del Capítulo del "Proxenetismo", ubicado posteriormente a los agravantes punitivos que hoy se encuentran en el artículo 216 "circunstancias de agravación punitiva" que se estudiarán posteriormente a éste delito.

La pena dispuesta en la legislación anterior estaba contemplada entre 2 y seis años de prisión; el tope mínimo se modifico de 2 a 4 años.

“Corresponde a este tipo penal, a la denominación comúnmente “Trata de Blancas”, expresión tomada de la “trata de esclavos” o “trata de negros”, por la similitud de los dos fenómenos. El uno hace relación al tráfico de personas para su explotación laboral-económica, y el otro, al tráfico de personas para su explotación sexual-económica.

No exige él animo de lucro u otro cualquiera por lo que no es necesario para el efecto punible; ya vimos cómo no radica en esa finalidad la razón de la sanción. No obstante, hay que señalar que es usual que en la trata se actúe por dinero, pero de no serlo, es también típica la acción. Finalmente anotamos, que aunque puede darse él tráfico dentro de las fronteras del país, la figura lo ha circunscrito al solo tráfico internacional²⁰⁵.

17.2 ANÁLISIS DEL TIPO

Tabla 19 Análisis del Tipo Trata de Personas

ELEMENTOS	DESCRIPCIÓN
Clasificación	1. Tipo de Mera conducta 2. Tipo de peligro 3. Tipo de ejecución instantánea 4. Tipo mono-ofensivo
Sujeto Activo	Indeterminado y singular
Sujeto Pasivo	Hombre o mujer sin ninguna calificación. Especial.

²⁰⁵ TOCORA. Op. cit., p. 211.

ELEMENTOS	DESCRIPCIÓN
<i>Conducta</i>	<i>Verbo determinador compuesto alternativo: Promover o facilitar.</i>
<i>Objeto Material Personal</i>	<i>Es el sujeto a quien se pretende entrar o sacar del país con la acción de la gente, simultáneamente es el titular del bien jurídico protegido²⁰⁶.</i>
<i>Elementos Normativos</i>	<i>La minoría de edad es concepto determinado por el ordenamiento extrapenal, que actualmente da ésta calidad a los menores de dieciocho años²⁰⁷.</i>
<i>Punibilidad</i>	<i>La pena oscila entre cuatro (4) y seis (6) años de prisión y multa de setenta y cinco a setecientos cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i>

17.3 ELEMENTOS

17.3.1 Bien Jurídico Tutelado

La libertad sexual y la dignidad humana.

17.3.2 Sujetos

- **Sujeto activo:** *Puede ser persona de uno u otro sexo.*
- **Sujeto pasivo:** *Puede ser persona de uno u otro sexo.*

²⁰⁶ PABON PARRA. Op. cit., p. 563 y 564.

²⁰⁷ *Ibíd.*, PABON PARRA. p. 563 y 564.

Tabla 20 Edades del Sujeto Pasivo

ARTÍCULO	Recién nacido a 14 años	De 14 a 18 años	De 18 en adelante
Art.215. Trata de personas	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX

17.3.3 Conducta

“Se trata de inducir, constreñir, promover, o facilitar la trata de personas.

No se requiere animo de lucro en el agente, ni propósito de que otro satisfaga “deseos” libidinosos. Pero debe buscar que la víctima salga o entre del país para ejercer la prostitución.

Ahora bien: Promover, es iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro, y facilitar, consiste en hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecuencia de un fin; proporcionar o entregar, suministrar, proveer, prestar, posibilitar, simplificar inducir, es instigar, persuadir, provocar. Constreñir es apremiar, obligar.”²⁰⁸

Pedro Alfonso Pabón corrobora lo antes dicho, “Quien promueve, es el que inicia o adelanta –en forma directa-, los trámites para la entrada o salida del país de los sujetos pasivos de la infracción. Quien facilita es el que proporciona los medios, allana los obstáculos para el respectivo traslado. Estas conductas en realidad son

²⁰⁸ BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. Op. cit., p. 252.

importación y exportación de personas que entraña su sometimiento al comercio sexual.

Complemento Subjetivo: La conducta realizada por el agente debe tener como finalidad, que el sujeto pasivo ejerza actividades sexuales por precio, de manera habitual y con un numero indeterminado de personas”²⁰⁹.

Carrara hace referencia al concepto de prostituta respecto de las legislaciones penales, llamando la atención del vacío presentado al respecto, así precisa: “En efecto, los códigos, a emplear el predicado de meretriz, se abstienen a definir el concepto jurídico que quieren darle a esta palabra; y bien sabemos como vacilan los doctores acerca de esa definición: unos buscan el criterio de la condición de meretriz en el número crecido de hombre recibidos por ella, aunque sea sin estipendio; otros en la venalidad y el numero crecido; otros, por último, exigen la inscripción solemne en los registros municipales, y otros se refieren al juicio de la opinión pública y se atienden a los fallos de los testigos”²¹⁰.

Carrara, a su vez en busca de precisar el concepto de meretriz explica: “No basta, pues, para ser prostituta, la multiplicidad de los hombres a quienes se recibe, ya que una joven fácil e inexperta puede entregarse sucesivamente a varios amantes,

²⁰⁹ PABON PARRA. Op. cit., p. 563.

²¹⁰ CARRARA. Volumen IV. Op. cit., p. 271.

*que uno tras otro la dejan abandonada, sin que por ésto pueda decirse que se ha prostiuído... Es prostituta, en sentido verdadero y estricto, la que se alquila a todo el que solicite sus favores aunque para ella sea nuevo y desconocido*²¹¹.

Estas dos ideas anteriores de Carrara respecto a las meretrices son aplicables de igual forma como conceptos a los artículos de "inducción a la prostitución", "constreñimiento a la prostitución" y "estímulo a la prostitución de menores".

17.4 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

La próxima sentencia es la única que la Corte Suprema de Justicia ha proferido sobre el delito de "trata de Blancas", ésta fue analizada por la Corte debido a que los casacionistas bajo la supuesta omisión probatoria tanto en primera como en segunda instancia apelan el fallo del Tribunal.

²¹¹ CARRARA. Volumen VIII. Op. cit., p. 75

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Fecha 17 de abril de 1.997

Magistrado Ponente: Juan Manuel Torres Fresneda

Trata de mujeres y de menores (Trata de Blancas)

" De ésta manera, para el recurrente el error del sentenciador consiste en haber concluido que la finalidad de los procesos era la de facilitar el viaje de mujeres jóvenes al Japón para dedicarlas a la prostitución, porque en su opinión, ese elemento de la conducta delictiva jamás se mostró. Sin embargo, aparte de expresar su propia tesis, es impreciso al momento de indicar tipo de error en que pudieron incurrir los juzgadores, limitándose a invocar, por toda prueba, la atinente a los contratos de representación de las bailarinas, de los cuales simplemente refiere que la sentencia no vio o no tomó en cuenta con la trascendencia debida la anotación en ellos contenida y relacionada con la advertida prohibición para que las mujeres se dedicaran al tráfico de drogas o a la prostitución, en cuanto el censor estima que en esos documentos reposaba la mejor contradicción del supuesto tráfico para prostitución.

Aún se entendiera ésta objeción como una invocación de falso juicio de existencia porque el juzgador no tomó en cuenta éste importante medio probatorio, o bien a manera de falso juicio de identidad, porque pese a invocar los contratos, el fallador desatendió su texto íntegro y coherente, es lo cierto que las sentencias de primera y de segunda instancia, no admiten ninguno de estos dos reproches, porque ya en el análisis hecho por el Juzgado se había tomado en cuenta ese aporte documental dentro de su cabal y exacto contenido, al especificar que "... si bien es cierto en el contrato en Español (idioma que entendían todas las aspirantes) no se mencionaba cláusula alguna que pusiera en tela de juicio la licitud de la contratación, también lo es, que en el que se llevó a cabo la traducción (folio 160) se precisa que la actividad de la actriz no solamente se prevé como desempeño artístico, sino espectáculo escénico que incluye "cinco minutos totalmente DESNUDA", además de trabajo como "repcionista" y desde la 8:30 P.M. "en el área que me fuera asignada por la gerencia", situaciones que velan el real objeto del viaje de las mujeres que contrataron los hoy procesados". (sic).

Sin embargo, aparte de expresar su propia tesis, es impreciso al momento de indicar el tipo de error en que pudiera incurrir los juzgadores, limitándose a invocar, por toda prueba, la atinente a los contratos de representación de las bailarinas, de los cuales simplemente refiere que la sentencia no vio o no tomó en cuenta con la trascendencia debida la anotación en ellos contenida y relacionada con la advertida prohibición para que las mujeres se dedicaran al tráfico de drogas o a la prostitución, en cuanto el censor estima que en esos documentos reposaba la mejor contradicción del supuesto tráfico para prostitución.

Y el tribunal hizo también mención y mérito realidad cuando analizó la prueba documental al lado de las informaciones testimoniales que no hacían de ella el único medio incriminatorio, como fue el caso de las rendidas por las hijas del denunciante y en especial por la agente encubierta de la Policía que concurrió como interesada al enganche laboral, en la que se comprueba que lo menos importante para los dos extranjeros era que las muchachas supieran o no bailar, porque ninguna prueba objetiva se exigía sobre la idoneidad de las artistas, siendo notoriamente otros y vedados los fines de la oferta, ya que ni el ingeniero UCHIDA ni la señora CONTESTABILLE tenían autorización para realizar ese tipo de actividades dentro del país, ni mucho menos exhibieron garantías para un ingreso legítimo con fines laborales para las bailarinas ante las autoridades de los Estados donde concurrían. Así las cosas, lejos de admitirse una omisión del medio probatorio o una deformación sobre su contenido, lo que se pone en evidencia en su estimación integral y su análisis ceñido al texto que ostenta, y de añadido, la existencia de otros medios incriminatorios que no se aproxima la defensa a controvertir en ésta sede, lo que implica haberlos dejado como sustento del fallo que se ataca".²¹²

²¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia 17 de abril de 1.997. Magistrado Ponente Juan Manuel Gómez Fresneda. Relatoría Corte Suprema de Justicia.

17.5 CASOS

Primer Caso

Arturo viaja en una excursión a varios países europeos con algunas jovencitas. En el viaje Arturo le comenta a Esperanza de dieciocho y Marcela de quince años de edad que las modelos del "Lido" ganan mucho dinero trabajando de desnudista, ellas confundidas aceptan ser presentadas por éste con el dueño del famoso establecimiento de vida nocturna parisina sin ofrecer ningún tipo de resistencia. Marcela inicia su labor de desnudista y Esperanza por algunos Francos sostiene eventualmente relaciones sexuales con algún cliente, situación que no es del conocimiento de Arturo. Al llegar a Bogotá los padres de éstas jovencitas le reclaman a Arturo por el paradero de sus hijas denunciando este hecho a las autoridades.

¿Cometió Arturo el delito de "trata de personas" considerando las dos turistas terminan realizando éste tipo de oficios, sí o no y por qué?

Segundo Caso

*John, ciudadano estadounidense, decide traer al país algunas compatriotas suyas para que trabajen en su restaurante como meseras debido a que no confía en los colombianos. Pedro, amigo colombiano, dueño de un “**night club**” ve buen negocio para su establecimiento ofrecerle trabajo a éstas señoritas. Pedro les propone a las extranjeras trabajar con él y ellas aceptan sabiendo de antemano que por una buena cantidad de dinero esporádicamente tendrán que relacionarse íntimamente con los clientes; pasado un tiempo, John se entera del nuevo oficio de sus compatriotas. Al verse sin meseras John trae nuevamente a un grupo de jóvenes para que trabajen con él en el restaurante. Pasado unos meses Pedro vuelve a ofrecerles trabajo para el mismo fin anterior y ellas aceptan, ésta situación se repite un par de veces más.*

¿Está cometiendo John el delito de “trata de Blancas” al “facilitarle” a Pedro la búsqueda de nuevas señoritas, sí o no y por que? ¿Qué delito está cometiendo Pedro y cuales extranjeras?

18 CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA

Art. 216. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentaran de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta:

- 1. Se realizare en persona menor de catorce años.**
- 2. Se realizare con el fin de llevar la víctima al extranjero.**
- 3. El responsable sea integrante de la familia de la víctima.**

18.1 FUNDAMENTO DOCTRINAL

18.1.1 CONCEPTO

La justificación para la modificación en las causales de agravación punitiva, expuesta en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes se argumento bajo la idea de proteger al sujeto pasivo que legalmente no tenga capacidad para emitir un consentimiento valido, "Justificación. El reproche penal agravado debe darse en relación con aquellos sujetos pasivos que conforme a la

*Ley Civil no tengan la capacidad de consentimiento.*²¹³. Tal es el caso de la víctima menor de catorce años que a continuación se explica.

Como se dijo a propósito del artículo anterior, éstas circunstancias de agravación punitiva se tipificaron en el Código Penal de 1980 en el tercer delito del Capítulo del "proxenetismo", ubicadas antes del delito de "trata de blancas".

El legislador de 2000 quiso localizar éstos agravantes posterior al delito contenido en el artículo 215, ya que consideró pertinente que las causales de aumento punitivo debían aplicarse para quien infringiera ésta conducta.

Sujeto Pasivo Menor de Catorce (14) años: *"Se explica éste motivo de agravación de la pena, por la particular defensa de la impubertad, que nuestra ley penal presume antes de los catorce (14) años de edad, pues el proxeneta coloca al a víctima en peligro de ser tratada sexualmente, con daño de su "seguridad sexual" en el caso de que el menor cumpla cualquier acto erótico para satisfacción libidinosa de otro"*²¹⁴.

Sobre las dos primera circunstancias ya se ha hablado antes. "Con relación la tercera, radica la agravación en el mayor daño que se causa a la víctima al

²¹³ GACETA DEL CONGRESO, No. 510. Op. cit., p. 7.

²¹⁴ BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. Op. cit., p. 250.

sustraerla de su país, y en la menor posibilidad de defensa por la extrañeza del lugar.

Ello es relativamente frecuente, dado el carácter internacional de muchas organizaciones, que además buscan surtir el mercado, con personas con diferentes condiciones físicas, para la satisfacción de diverso gusto de sus clientes”²¹⁵.

Propósito de Llevar a la víctima al extranjero. “Si el agente se ha propuesto que el sujeto pasivo vaya a territorio extranjero para prostituirse o incurrir en comercio carnal, obviamente deja manifestado una finalidad de mayor daño para la víctima.

Precisamente en el artículo 311 (Código Penal de 1980) se reprime con mayor severidad, al proxeneta que “promueva, induzca, constriña o facilite” lo que en la doctrina se conoce como “trata de mujeres” (hoy “trata de personas” artículo 11 de la Ley 360 de 1997), esto es, cuando es intermediario en la entrada al país o salida de él “de cualquier persona, para que ejerza la prostitución”. Toma en consideración esta circunstancia agravadora en examen (artículo 310-3º Código

²¹⁵ TOCORA. Op. cit., p. 211.

Penal de 1980) el simple móvil de que la persona se prostituye o llegue al comercio carnal en territorio de otro país”²¹⁶.

El responsable sea integrante de la familia de la víctima. Este nuevo numeral que trae el reciente Código Penal es acorde con la también nueva causal contenida en el Numeral del artículo 211 de esta misma normatividad.

Es claro que el legislador quiso agravar la pena para quienes perteneciendo al mismo núcleo familiar atentan no solo contra la víctima como sujeto pasivo del delito, sino contra la sagrada institución de la familia castigando con mayor dureza al miembro infractor que convierta en sujeto pasivo de los delitos sexuales antes anotados a un integrante de su familia.

19 ESTÍMULO A LA PROSTITUCIÓN DE MENORES

Art. 217. Estímulo a la prostitución de menores. El que destine, arriende, mantenga, administre o financie casa o establecimiento para la práctica de actos sexuales en que participen menores de edad, incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

²¹⁶ BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. Op. cit., p. 251.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.

19.1 FUNDAMENTO DOCTRINAL

19.1.1 CONCEPTO

En relación al Código Penal de 1980 ésta norma se mantuvo básicamente igual en su redacción. La diferencia radica, en que el nuevo Código Penal añade el segundo párrafo al delito de “estímulo a la prostitución”.

Dicho párrafo hace referencia al aumento de la pena de un tercera parte a la mitad, cuando el agente sea miembro del núcleo familiar del sujeto pasivo. El nuevo párrafo está de acuerdo con la inclusión de los numerales 5 y 3 de los artículos 211 y 216 respectivamente.

“Esta conducta por la calidad del sujeto pasivo, atenta indudablemente contra la libertad sexual. Ella concurrirá ordinariamente con otros delitos sexuales (Corrupción de menores, acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años), pues será una contribución a la realización de la conducta, eventualmente ilícita.

Decimos eventual porque la víctima del "estímulo" estará en muchos casos ya corrompida, no pudiendo configurarse entonces la corrupción, por lo cual, la modalidad del proxenetismo que estudiamos no concurrirá con otro tipo penal, en ese caso.

Según la inflexión verbal utilizada "participen" éste es un tipo penal de resultado, pues impone la efectiva realización de las prácticas sexuales. Sin embargo, de no verificarse estamos claramente ante una tentativa.

No es necesario en la conducta el ánimo de lucro, ni otro especial. Y aunque es más grave que lo haya, su ausencia no deja de hacer censurable el hecho²¹⁷.

Londoño afirma al igual que el autor Tocora citado en el párrafo anterior, que no es necesario el ánimo de lucro para que se de éste ilícito, así mismo ve posible que se de en concurso con el delito de corrupción de menores. "Aquí será punible la conducta aunque el menor ya esté corrompido, es decir, se sanciona por la solitud del sujeto pasivo menor de catorce años. Eso sí, si no está corrompido habrá concurso con el delito de corrupción (artículo 305 Código Penal de 1980) o acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 303 Código penal de 1980), si fue que en ello consistió el acto.

²¹⁷ TOCORA. Op. cit., p. 211 y 212.

*No exige ánimo de lucro y es de tipo de resultado en cuanto requiere que se efectivice la práctica sexual con los menores. Además se exige cierta habitualidad o permanencia en la conducta lo cual refleja la inflexión verbal destine; así que no estructura el tipo el hecho episódico o accidental, como cuando a las prácticas sexuales llega luego de una reunión o fiesta.*²¹⁸

*Los doctrinantes Barrera exponen que en éste delito se presenta una fuerte relación con los tipos descritos en los artículos 303 y 305 del Código Penal de 1980, artículos 208 y 209 del nuevo Código Penal respectivamente: “Mejor se tiene aquí una complicidad del agente en los delitos de que se ocupan los artículos 303 y 305 (Código Penal de 1980) (acceso carnal abusivo con menor o actos sexuales con menores de catorce (14) años de edad, que de un evento de proxenetismo, pues obviamente se requiere la realización de cualquier acto sexual con estos menores. Y, conforme al artículo 24 del código (Código Penal de 1980), la conducta descrita en el artículo. 312 (Código Penal de 1980), es una forma de participación en aquellos ilícitos punibles, por complicidad. No cabe duda alguna de que el delincuente, en este caso, “contribuye a la realización del hecho punible”.*²¹⁹

²¹⁸ LONDOÑO JARAMILLO. Op. cit., p. 202 y 203.

²¹⁹ BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. Op. cit., p. 252.

Continúan los penalistas Barrera explicando el concurso en el que éste delito puede incurrir, "Pero esta concurrencia de preceptos (artículos 303 y 305, en concordancia con el 24 y el artículo 312), debe estarse a la especifican forma de complicidad que trae este Capítulo del proxenetismo, por resultar más intensa la tutela del menor de edad que consagra el artículo 312, pues con la disminución máxima de la mitad indicada para el cómplice, en ninguno de los dos ilícitos de que se ocupan los mencionados artículos 303 y 305, se llegan a la máxima represión de seis (6) años de prisión señalada en el Artículo 312"²²⁰. Los artículos a los que hace referencia este párrafo pertenecen al Código Penal de 1980, el artículo 312 antes anotado corresponde al tipo penal descrito en el artículo 217 "estimulo a la prostitución" del nuevo Código.

19.2 ANÁLISIS DEL TIPO

Tabla 21 Análisis del Tipo Estímulo a la Prostitución de Menores

ELEMENTOS	DESCRIPCIÓN
Clasificación	1. Tipo de Mera conducta 2. Tipo de Peligro 3. Tipo de conducta Permanente 4. Tipo mono-ofensivo
Sujeto Activo	Indeterminado y singular

²²⁰ *Ibíd.*, BARRERA DOMÍNGUEZ y BARRERA MÁRQUEZ. p. 252.

ELEMENTOS	DESCRIPCIÓN
<i>Sujeto Pasivo</i>	<i>Hombre o mujer menor de edad, es decir, menor de dieciocho años según la normatividad vigente, que participe de practicas sexuales en el sitio destinado para ello por el agente²²¹.</i>
<i>Conducta</i>	<i>Verbo determinador simple: "Destinar".</i>
<i>Objeto Material Real.</i>	<i>Casa o establecimiento, bien inmueble que reúna las condiciones mínimas para que se puedan realizar las practicas señaladas en la norma; a de ser recito cerrado, con cierto grado de privacidad y un mínimo de organización que permita su "funcionamiento"²²².</i>
<i>Concurso</i>	<i>Esta infracción entra habitualmente en concurso material con delitos como la corrupción de menores (artículo 305 Código Penal de 1980) y al acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 303 Código Penal de 1980)²²³.</i>
<i>Punibilidad</i>	<i>Entre seis (6) y ocho (8) años de prisión contemplando la multa como pena principal simultanea así, de cincuenta a quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i>

19.3 ELEMENTOS

19.3.1 Bien Jurídico Tutelado

La libertad y la dignidad Humana.

²²¹ PABON PARRA. Op. cit., p. 564 y 565.

²²² Ibid., PABON PARRA. p. 564 y 565.

²²³ Ibid., PABON PARRA. p. 564 y 565.

19.3.2 Sujetos

- **Sujeto Activo:** Indeterminado Singular
- **Sujeto Pasivo:** Hombre o mujer menor de edad, es decir menor de dieciocho años según la normatividad civil vigente, que participe de prácticas sexuales en el sitio destinado para ello por el agente.

Tabla 22 **Edades del Sujeto Pasivo**

ARTÍCULO	Recién nacido a 14 años	De 14 a 18 años	De 18 en adelante
Art. 217. Estímulo a la prostitución de menores	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX	

19.3.3 Conducta

Verbo determinado simple: Destinar

- Dedicar, reservar, dar uso al objeto material de la infracción, para que en el se practiquen actos sexuales en los que participen personas menores de edad. La expresión “participar” implica la necesidad de que efectivamente se realicen tales actos, si estos no se producen estaremos frente a la modalidad tentada.

La nueva normatividad comprende otras conductas alternativas como lo son el arrendamiento, la administración o la financiación del objeto material de la infracción.

19.4 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia en mención no hace referencia directa con el tipo penal del “estímulo a al prostitución de menores”, pero colabora en entender la importancia que tiene para la Carta Política colombiana la protección de los menores respecto del ambiente de “promiscuidad sexual” que los rodea. Es precisamente el ambiente corrupto que proporcionan las casas de lenocinio como el comercio carnal en las vías publicas los aspectos que pretende prevenir el legislador en el en el Capítulo del “Proxenetismo” que estamos estudiando. De ésta forma acerta la Corte al afirmar que:

Corte Constitucional, Sentencia T-620 de 1.995

Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa

“No es justo el permitir que la infancia se vea connaturalizada con un ambiente de promiscuidad sexual, ni aún bajo el argumento de que tendrá el niño que ajustarse a la realidad. Para vivir la virtud -y en la virtud de la niñez, sobre todo, está interesado el Estado- hay que tener un mínimo de bienestar, y éste no puede existir donde impera abusivamente el mundo del vicio. Es contrario a la evidencia afirmar que puede haber adecuada formación de los menores en una zona de tolerancia.

Si se trata por varios medios de evitar que la mujer se prostituya, el Estado tienda a alejar ese mal ejemplo de las zonas residenciales, para evitar, entre otras, que la niñez y la juventud se vean impelidas hacia tan lamentable oficio. De ahí que no sea exacto presentar la prostitución como trabajo honesto, digno de amparo legal y constitucional, ya que ésta, por esencia, es una actividad evidentemente inmoral, en tanto que el trabajo honesto implica una actividad ética porque perfecciona, realiza a la persona y produce un bien. Si no fuera así, la Carta no fundaría el Estado social de derecho en el trabajo. Mientras el trabajo es promocionado por el Estado; la prostitución no lo es, ni puede serlo; es decir, no puede caer bajo el amparo de que goza el trabajo.”²²⁴

²²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-620 del 14 de diciembre de 1995. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Medio Magnético, C.D., Corte Constitucional.

19.5 CASOS

Primer Caso

Luis, hombre adulto de muy bajos recursos económicos es el dueño de un inquilinato que tiene varios cuartos, arrienda uno de estos a Trixi menor de edad. Mientras Luis permanece trabajando durante la noche, puesto que su oficio es el de vigilante, Trixi, por dinero, tiene relaciones sexuales en el sitio arrendado por éste. Los vecinos de éste le comentan que algo raro está sucediendo por las noches mientras que él no está, pero éste no le presta atención a los comentarios debido a que él no ha visto nada raro y la joven le paga oportunamente. Días después Trixi le presenta a Luis a Coni, menor de edad quien arrienda otra alcoba para tal fin durante la noche.

¿Pedro incurre en el delito de “estímulo a la prostitución de menores” entendiendo las particularidades del caso, sí o no y por qué?

Segundo Caso

Joaquín, padre de Bernardino y Lucas gemelos de quince años y Eduardo de diecisiete años de edad, contrata como empleada del servicio doméstico a Constantina mujer adulta. Joaquín propone a su sirvienta que tenga relaciones sexuales con sus hijos ya que considera que es edad para que sean "hombres de verdad." Pasado un tiempo de sostener éstas relaciones sexuales con los menores, quienes nunca se opusieron, despide a Constantina para contratar a Fernanda quien acepta de inmediato la misma proposición libidinosa de Joaquín. Después de unos días la despide en busca de otra empleada para el mismo fin. Joaquín hace esto tres veces más. Octavia madre de éstos acude ante la Fiscalía para poner fin a ésta situación.

¿Considera Usted como fiscal que se está perpetrando el delito contemplado en el artículo 217 del Código Penal, sí o no y por qué?

20 PORNOGRAFIA CON MENORES

Art. 218. Pornografía con Menores. El que fotografíe, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier manera comercialice material pornográfico en el que participen menores de edad, incurrirá en prisión

de seis (6) a ocho (8) años y multa de cien (100) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.

20.1 ANÁLISIS DEL TIPO

Tabla 23 Análisis del Tipo Pornografía con Menores

ELEMENTOS	DESCRIPCIÓN
<i>Clasificación</i>	<ul style="list-style-type: none"> 1. Tipo de resultado naturalístico 2. Tipo de lesión 3. Tipo de conducta instantánea 4. Tipo mono-ofensivo
<i>Bien jurídico tutelado</i>	<i>La libertad y dignidad humana.</i>
<i>Sujeto Activo</i>	<i>Indeterminado y singular</i>
<i>Sujeto Pasivo</i>	<i>Persona de uno u otro sexo. Sujeto Indeterminado plural.</i>
<i>Conducta</i>	<i>Verbo determinador compuesto alternativo: Fotografiar, filmar, vender, comprar, exhibir, comercializar el objeto material de la infracción.</i>

ELEMENTOS	DESCRIPCIÓN
<i>Objeto Material Real</i>	<i>Es el material pornográfico sobre el que han de recaer las acciones descritas en la norma. Son objetos pornográficos los libros, películas, fotografías, revistas, afiches, cuadros, o figuras con contenidos reales de carácter obsceno o libidinoso²²⁵.</i>
<i>Punibilidad</i>	<i>La pena oscila entre seis (6) y ocho (8) años y multa de cien a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i>

20.2 FUNDAMENTO DOCTRINAL

20.2.1 CONCEPTO

La acepción de la palabra pornografía proviene del griego, su significado original no se aleja mucho de lo que hoy entendemos por éste fenómeno, "Etimológicamente, la palabra pornografía viene del griego pornographos: "escribir sobre las rameras". Su significado primitivo se refería a la descripción de la vida, obra y milagros tanto de las meretrices como de sus clientes, y a la vida de los lunapares. El término ha evolucionado, pero todavía guarda alguna relación con la primitiva acepción."²²⁶

²²⁵ PABON PARRA. Op. cit., p. 565 y 566.

²²⁶ MARTINEZ Zúñiga. Op. cit., p. 59.

*Un significado actual nos dice respecto de la pornografía, "La pornografía consiste en dar a conocer actos sexuales, reales o simulados, puesto que queda fuera de la intimidad de los protagonistas, exhibiéndolos ante terceras personas de manera deliberada. Ofende la castidad porque desnaturaliza la finalidad del acto sexual. Atenta gravemente a la dignidad de quienes se dedican a ella (actores, comerciante , público) pues cada uno viene a ser para el otro un objeto de placer rudimentario y de una ganancia ilícita. Introduce a uno y otros en la ilusión de un mundo ficticio. Es una falta grave. Las autoridades civiles deben impedir la producción y la distribución de material pornográfico."*²²⁷

*"La pornografía pública . Es la erotización de las artes plásticas. La pornografía consiste en obtener excitación sexual mediante las expresiones plásticas(literatura, dibujos, fotografías, películas, esculturas, cassettes, etc.) Puede ser considerada como un afrodisíaco psicológico. Estos actos Generalmente son realizados en pareja sexual."*²²⁸

Continúa Martínez Zúñiga refiriéndose a la pornografía, según una apreciación del autor Remo Pannain en relación al objeto jurídico de ésta: "Prevenir la difusión escrita, diseñada, de todas maneras materializada, o en sentido lato representada de manifestaciones de contenido obsceno, particularmente peligrosas, ya que los

²²⁷ CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA. Op. cit., Numeral 2355, p. 769 y 770.

²²⁸ SOLORZANO NIÑO. Op. cit., p. 233.

medios a través de los cuales lo obsceno se comunica al público por la posibilidad de amplia difusión, y por la complacencia con que son acogidos, pueden producir deletéreos efectos, físicos y morales, a las generaciones, e infligir un grave golpe a la moral pública".²²⁹

20.3 ELEMENTOS

20.3.1 Bien Jurídico Tutelado

La libertad sexual y la dignidad humana.

20.3.2 Sujetos

- **Sujeto Activo:** *Indeterminado singular.*
- **Sujeto Pasivo:** *"El Estado es el primer interesado en la protección general de la dignidad humana. No puede adquirir la calidad de sujeto pasivo el menor cuya imagen pornográfica se trafica, ya que éste puede ser indeterminable y no identificable de acuerdo con el contenido ontológico de las acciones descritas. En casos especiales para la incriminación de la acción se deberá exigir la*

²²⁹ MARTINEZ ZÚÑIGA. Op. cit., p. 61.

identificación y valoración del sujeto que aparece en el material pornográfico con el fin de determinar su minoría de edad²³⁰.

Tabla 24 Edades del Sujeto Pasivo

ARTÍCULO	Recién nacido a 14 años	De 14 a 18 años	De 18 en adelante
Art. 218. Pornografía con menores.	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX	

20.3.3 Conducta

“Verbo determinador compuesto alternativo: Fotografiar, filmar, vender, comprar, exhibir, comercializar el objeto material de la infracción.

- *Fotografiar significa reproducir por medio de reacciones químicas en superficies convenientemente preparadas, las imágenes o figuras recogidas por medio óptico de cámara oscura.*
- *Se entiende por filmar, la acción de captación y reproducción de imágenes en movimiento susceptibles de ser proyectadas en pantallas o por medios electrónicos o informáticos.*

²³⁰ PABON PARRA. Op. cit., p. 565 y 566.

- *Los actos de compra y venta deben ser contenido oneroso por su propia naturaleza, por lo anterior la norma no comprendió la adquisición o enajenación a Título gratuito.*

- *Exhibir es exponer, divulgar, publicar el objeto material de la infracción.*

- *Comercializar es traficar o introducir en el sistema económico de oferta y demanda el objeto material de la infracción.*²³¹

➤ **Ausencia de Complementos Subjetivos**

*“La norma no comprende ninguna finalidad específica que guíen al agente en la realización del hecho. Tal finalidad es por tanto irrelevante para la configuración cabal del tipo”*²³².

²³¹ *Ibid.*, PABON PARRA. p. 565.

²³² *Ibid.*, PABON PARRA. p. 565.

20.4 CASOS

Primer Caso

Andrea, madre de Miguel de cuatro años, toma una serie de fotos a su hijo, así como una filmación en su finca de tierra caliente donde aparece éste sin ropa debido a que le son simpáticos éste tipo de recuerdos. Pasado unos días ésta revela dichas fotos que son vistas por sus abuelos, tíos y primos quienes se muestran interesados en conservarlas; Andrea ve en esto un buen negocio y las vende a sus familiares. La fiscalía tiene conocimiento de esto y decide investigar a la madre de Miguel por el delito de "pornografía con menores"

¿Cómo fiscal encargado Usted considera que la madre de Miguel cometió el delito del que se le acusa, sí o no y por qué? ¿Estarían cometiendo éste delito sus familiares?

Segundo Caso

Lucas joven universitario estudiante de sicología en ocasión de la elaboración de su tesis sobre la pornografía, le causa curiosidad las revistas de desnudos que con

regularidad se encuentran en las droguerías, con esta inquietud adquiere uno de estos magazines donde encuentra fotografiadas muchachas de diecisiete años de edad en la portada de la revista que curiosamente él conoce. Al darse cuenta de ésta compra es detenido por la autoridad competente quien lo acusa del delito de "Pornografía con menores". Lucas lo llama a Usted como abogado.

¿Incurrió Lucas en el tipo penal descrito en el artículo 218 del Código Penal, sí o no y por qué? ¿El propietario de la droguería incurre en éste mismo tipo penal?

21 TURISMO SEXUAL

Art. 219. Turismo Sexual . El que dirija, organice o promueva actividades turísticas que incluyan la utilización sexual de menores de edad incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años.

La pena se aumentara en la mitad cuando la conducta se realizare con menor de doce años.

21.1 FUNDAMENTO DOCTRINAL

21.1.1 CONCEPTO

Debido a la novedad del tipo penal de "Turismo Sexual" que fue incluido en la normatividad penal colombiana con la expedición del nuevo Código Penal mediante la ley 599 del 24 de julio de 2000 los doctrinantes no se han ocupado aún de éste delito.

*Podemos decir respecto de éste nuevo delito que hace referencia a la "Trata de Blancas", guardando relación con el tipo penal contenido en el Artículo 215 del nuevo Código Penal (Trata de Personas) debido al **tráfico sexual** del que son objeto las personas (para el presente delito los menores de dieciocho años de edad), disfrazándolo de "actividades turísticas" que no tiene como fin el conocimiento de áreas diferentes a las que el menor normalmente habita; sino por el contrario la explotación económica sexual del menor aprovechando la distancia reinante de éste con su domicilio y la ausencia del control de sus padres o tutores.*

En la Cámara de Representantes se justificó la inclusión de este nuevo delito teniendo en cuenta la frecuencia con que éste tipo de modalidad delictiva se ha

venido presentando, en defensa de los menores de edad, con el fin de adecuar la ley con los nuevos comportamientos criminales, así dijo la Cámara: "Justificación. Se incluye este artículo con el fin de sancionar este tipo de actos que se presentan con frecuencia y que afectan a los menores de edad que se ven objeto de estas prácticas que son ocultadas bajo la presentación de actividades de turismo."²³³

21.2 ANALISIS DEL TIPO

Tabla 25 Análisis del Tipo Turismo Sexual

ELEMENTOS	DESCRIPCIÓN
Clasificación	1. Tipo de mera conducta. 2. Tipo de lesión 3. Tipo de conducta instantánea 4. Tipo mono-ofensivo
Bien jurídico tutelado	La libertad y dignidad humana.
Sujeto Activo	Indeterminado y singular
Sujeto Pasivo	Persona de uno u otro sexo menor de dieciocho años.
Conducta	Verbo determinador compuesto alternativo: Dirigir, organizar o promover.
Punibilidad	La pena oscila entre tres (3) y ocho (8) años. Si la conducta se realiza con menor de doce años la pena aumentará a la mitad.

²³³ GACETA DEL CONGRESO, No 510. Op. cit., p. 7.

21.3 FUNDAMENTO DOCTRINAL

21.3.1 Bien Jurídico Tutelado

La libertad sexual y la dignidad humana

21.3.2 Sujetos

- **Sujeto activo:** *Puede ser persona de uno u otro sexo.*
- **Sujeto pasivo:** *Persona menor de dieciocho años de uno u otro sexo.*

Tabla 26 Edades del sujeto pasivo

ARTÍCULO	Recién nacido a 14 años	De 14 a 18 años	De 18 en adelante
Art. 219. Turismo sexual.	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX	

21.3.3 Conducta

Este tipo penal consiste en dirigir, organizar o promover actividades turísticas que contemplen en dicha promoción u organización la utilización de los menores en actividades sexuales.

Las conductas dirigir organizar y promover no ofrecen mayor dificultad en su entendimiento, mientras que la "utilización sexual" nos obliga a decir que ésta hace referencia a la manipulación del menor en cualquier tipo de practica sexual, sin que se tenga como elemento indispensable la mediación de fuerza que el sujeto pasivo ofrezca en el momento de realizar el acto dañino por parte del agente.

"El Diccionario de Autoridades" de la Real Academia de la Lengua Española nos ofrece las siguientes definiciones de los verbos dirigir, organizar y promover.

Dirigir: "Enderezar, llevar rectamente alguna cosa hacia otra, ó hacia algún paraje"²³⁴. Otra definición del mismo Diccionario dice: "Vale también guiar, dar las señas, ó mostrar el camino a alguno, para que vaya donde desea, sin errar no torcer ni torcer".²³⁵ También se entiende por éste verbo: "Significa también gobernar, regir, dar las ordenes y disposiciones que se deben observar en algún intento para acertarlo o conseguirlo".²³⁶

²³⁴ DICCIONARIO DE AUTORIDADES. Real Academia de la Lengua Española. Tomo II, Editorial Gredos, Madrid España, 1979. p. 293.

²³⁵ *Ibid.*, DICCIONARIO DE AUTORIDADES. Tomo II. p. 293.

²³⁶ *Ibid.*, DICCIONARIO DE AUTORIDADES. Tomo II. p. 293.

Del verbo organizar podemos decir: "Disponer el órgano para que esté acorde y templado".²³⁷

Del último verbo rector de el delito de "turismo sexual", promover, encontramos la siguiente definición: " Adelantar alguna cosa, procurando hacer que llegue a su perfección"²³⁸

Este tipo penal no exige el ánimo de lucro en el sujeto activo por lo que no se constituye en un elemento para su tipificación, requiere que se realicen actividades turísticas sin ningún tipo de requerimiento especial que incluyan, como la misma norma indica la "utilización sexual del menor".

La conducta sexual que debe realizar el menor para la conformación del delito no se especifica por b que se entiende que éste puede realizar cualquier actividad que contenga carácter sexual sin importar cual fuere ésta, en la medida que altere la formación sexual natural del menor.

²³⁷ Ibid., DICCIONARIO DE AUTORIDADES. Tomo III. p. 54.

²³⁸ Ibid., DICCIONARIO DE AUTORIDADES. Tomo III. p. 400.

21.4 CASOS

Primer caso

Alfredo profesor de secundaria del colegio "El Pirata" ubicado en el municipio de Melgar organiza una excursión a la ciudad de Girardot con lo alumnos de cuarto grado en la cual se hace una caminata de un municipio a otro durmiendo una noche en este último.

Estando en Girardot, Alfredo, a petición de unos alumnos aventajados en el campo libidinoso, decide dirigirse con un grupo de éstos a un lugar de lenocinio que el conoce debido a que su cuñado trabaja ahí.

Pasado un tiempo los alumnos comienzan a ingerir bebidas alcohólicas que les hacen realizar actos sexuales con las meretrices que trabajan en este lugar.

La madre de uno de estos alumnos tiene conocimiento de éste hecho y acusa al profesor de haber cometido el delito de "turismo Sexual" contemplado en el artículo 219 del nuevo Código Penal. El Profesor se defiende diciendo que las excursiones del colegio no son organizadas por él ya que están contempladas en el "pensum" del Instituto, y que una excursión no es una actividad turística.

¿Siendo Usted el fiscal asignado al caso encuentra que se esta cometiendo el delito en cuestión, sí o no y por que?

Segundo caso

Lucas, Enrique y Judas mayores de edad planean un viaje a Cartagena para las vacaciones de diciembre en el que incluyen a sus hermanos de diecisiete años de edad.

Después de hacer las cotizaciones del caso hacen el itinerario que incluye la visita a las ciudades de Bucaramanga, Cartagena y Santa Marta conociendo sus lugares históricos, museos y sitios de interés, por el precio de quinientos mil pesos suma que deben cancelar todos los muchachos para poder ir al paseo.

Estando en Cartagena Judas les propone a sus amigos contratar a unas prostitutas con el fin de divertirse un rato, Enrique se opone, advirtiéndoles que no incluyan en ese plan a su hermano Marcos (de diecisiete años de edad) mientras que a Lucas le parece divertido.

Al otro día Enrique tiene conocimiento que la lujuriosa fiesta se llevo a cabo con la participación de los hermanos de Lucas y Judas (de diecisiete años de edad); para

sorpresa suya, Marcos, su hermano, también asistió, enterándose que todos bailaron y tomaron hasta las cinco de la mañana con las lenocidas con las que realizaron actos sexuales.

Enrique le reclama a Judas y éste le responde que nunca obligaron a Marcos, por el contrario, le insistieron que no asistiera pero éste les advirtió que era bajo su responsabilidad.

Enrique denuncia a Judas y Lucas por el delito de "turismo Sexual" indignado por lo ocurrido no solo con Marcos sino con los hermanos de éstos.

¿Cometieron el delito contemplado en el artículo 219 del nuevo Código Penal Judas y Lucas, sí o no y por qué?

CONCLUSIONES

Es con investigaciones como la realizada en éste módulo, donde se brinda al estudiante de Derecho una nueva alternativa académica que permite compenetrar al estudiante en el tema tratado con mayor rigurosidad respecto de otros sistemas de aprendizaje. De ésta forma, se abre la puerta para que los estudiantes de promociones venideras reciban de compañeros de semestres superiores, con base en análisis del aprendizaje recibido por los discípulos que finalizan su proceso académico, investigaciones de grado como la presente, en la cual se recoge un método que permite optimizar las deficiencias e innovar sistemas educativos previamente discutidos a lo largo de la investigación en textos que sirvan para beneficiar a las próximas generaciones.

Precisamente en éste módulo sobre los “Delitos contra Libertad, Integridad y Formación Sexuales” se está contribuyendo, con el querer de La Universidad de La Sabana por medio de la Facultad de Derecho en alcanzar la “excelencia” en todas las actividades académicas de ésta Institución; debido al beneficio no exclusivo de quienes participamos en su elaboración, ya sea en la dirección o en su desarrollo, sino de quienes van a tener la oportunidad en el curso de Derecho Penal Especial

de aprovechar lo que aquí se ha realizado por medio del trabajo estricto y consagrado.

Monografías de grado consistentes en la construcción de módulos en los que se recopilen fundamentos doctrinales que brinden al lector diversos enfoques, a través de las distintas explicaciones conceptuales facilitadas por los tratadistas, permiten reunir en su sólo texto académico un compendio de posturas que benefician enormemente el aprendizaje de los distintos temas tratados.

Es precisamente uno de los grandes aportes anexos en éste trabajo el explicado anteriormente, el proceso investigativo de recopilar las mejores y más precisas ideas de los muchos autores aquí reunidos, permitirán dotar al estudiante de los elementos necesario para aferrar las nociones propuestas, acompañados del estudio jurisprudencial.

Se incluyeron de forma innovadora en esta Monografía principios expuestos en el Catecismo de la Iglesia Católica en relación con el tratamiento de la Dignidad Humana, así como en algunos otros temas, inserción que mantiene equivalencia con los preceptos dogmáticos expresados por la Universidad de La Sabana.

Como se desprende de la lectura de ésta investigación profesoral, no se está presentando un aporte en la ciencia del Derecho Penal, debido a que lo que se está favoreciendo es el estudio de la norma Penal por medio de la presentación de una pedagogía jurídica penal, en un módulo que contiene el estudio de los delitos sexuales.

El desarrollo de la Monografía de grado le facilitó a su autor tanto ratificar como aprender nuevos conceptos, de igual forma como permitirá a los futuros lectores, acrecentar los conocimientos penales, ya sea por que se está estudiando el Derecho Penal Especial por primera vez en el campo de los delitos sexuales, como para quienes, ya teniendo conocimientos en este tema quieran, ya sea reafirmar los conceptos poseídos, así como recibir nuevas contribuciones en este campo.

Herramienta de gran utilidad sin duda alguna se ha logrado al culminar éste proyecto, que puede ser utilizado tanto por catedráticos como alumnos; pensando en el uso del módulo por parte de los educadores una vez terminado éste, se incluyó una serie de acetatos que contienen tanto los cuadros de análisis de tipos y edades del sujeto pasivo iniciando con la descripción del tipo penal; también se incluyeron casos prácticos con el fin de poner en práctica los conocimientos aprendidos en el respectivo tipo penal estudiado, cada caso se elaboró cuidadosamente pensando en que suscitara discusión y análisis en los educandos.

Concluyo invitando, tanto educadores, como discípulos, al aprovechamiento de éste proyecto, exhortando a los estudiantes a trabajar en nuevos proyectos investigativos en el área del Derecho Penal para así en el futuro alcanzar un compendio de trabajos de grado que beneficien a las futuras generaciones de abogados, enriqueciendo la Facultad de Derecho de La Universidad de La Sabana.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA NACIONAL

ACEVEDO BLANCO, Ramón, *“Manual de Derecho Penal”*. Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1983.

BARRERA DOMÍNGUEZ Humberto y BARRERA MÁRQUEZ, Jaime Darío. *“Delitos Sexuales”*. Cuarta Edición, Ediciones Librería del Profesional, Santa Fe de Bogotá, 1998.

GACETA DEL CONGRESO, No.280, Santa Fe de Bogotá, D.C., viernes 20 de noviembre de 1.998.

GACETA DEL CONGRESO, No. 510, Santa Fe de Bogotá, D.C., viernes 3 de diciembre de 1.999.

GARCÍA GARCÍA, Edgar y FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro. *“Tratado de Derecho Penal Especial”*. Tomo I, Editorial Irazu, Bogotá, 1.989.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. *El Delito Sexual. El Aborto.* Estudios de Derecho Penal Especial. Editorial Jurídica Bolivariana, Santa Fe de Bogotá. 1994.

HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. *“El Concepto de Persona y los Derechos Humanos”*. Universidad de La Sabana. Bogotá, 1991.

HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. *“La Persona y sus Derechos”*. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 2000.

LONDOÑO JARAMILLO, Jairo. *“Derecho Penal Especial II”*. Segunda Edición, Ediciones Abogados Librería, Pereira, 1.996

MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Lisandro. *“Derecho Penal Sexual”*. Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1977.

PABON PARRA, Pedro Alfonso, *“Manual de Derecho Penal”*. Quinta Edición, Editorial Leyer, Santa Fe de Bogotá. .

PACHECO OSORIO, Pedro. *“Derecho penal Especial”*. Tomo II, Editorial Temis, Bogotá, 1972.

PÉREZ, Luis Carlos. *“Manual de Derecho Penal”*. Sexta Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1.977.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *“Derecho Penal”*, Sexta Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1.998.

SOLÓRZANO NIÑO, Roberto. *“El Delito Sexual. El Aborto”*. Estudios de Derecho Penal Especial. Editorial Jurídica Bolivariana, Santa Fe de Bogotá, 1994.

TOCORA, Luis Fernando. *“Derecho Penal Especial”*. Séptima Edición, Ediciones Librería Del Profesional, Santa Fe de Bogotá., 2.000.

DOCTRINA EXTRANJERA

CARRARA, Francesco. *“Programa de Derecho Criminal”*. Cuarta Edición Tomos IV y VIII, Editorial Temis, Bogotá, 1.986.

DICCIONARIO DE AUTORIDADES. Real Academia de la Lengua Española. Tomo II y III, Editorial Gredos, Madrid España, 1979.

GARONA, José Ignacio. *“El Delito Sexual. El Aborto”*. Estudios de Derecho Penal Especial. Editorial Jurídica Bolivariana, Santa Fe de Bogotá, 1994.

LOPEZ BOLADO, Jorge Daniel. *“El Delito Sexual. El Aborto”*. Estudios de Derecho Penal Especial. Editorial Jurídica Bolivariana, Santa Fe de Bogotá, 1994

MELENDO, Tomás y MILLÁN PUELLES, Lourdes. *“Dignidad: ¿Una Palabra Vacía?”*. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona España, 1996.

LEGISLACIÓN

DECRETO, Ley 100 de 1980 *“Por el cual se expide el Código Penal”* en: Diario Oficial 35461.

DECRETO, 1410 de 1.995 *“Por el cual se dictan normas tendientes a restablecer la seguridad ciudadana”* en: Diario Oficial 41975.

LEY 360 de 1997. *“Por la cual se modifican algunas normas del Título XI del Libro II del Decreto Ley 100 de 1980, relativo a los delitos contra la Libertad y Pudor Sexuales, y se adiciona el artículo 417 del Decreto 2700 de 1991 y se dictan otras disposiciones”* en: Diario oficial 42978

LEY 599 de 2000, "Por la cual se expide el Código Penal" en: Diario oficial 44097.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. "Constitución Política de Colombia Comentada y Concordada". Cuarta edición, Editada por el Concejo de Santafé de Bogotá. Santa Fe de Bogotá, 1999.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-063 del 17 de febrero de 1994. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Medio Magnético, C.D., Corte Constitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-620 del 14 de diciembre de 1995. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Medio Magnético, C.D., Corte Constitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-285 del 5 de junio de 1997. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. Medio Magnético, C.D., Corte Constitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-476 del 25 de septiembre de 1997. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Medio Magnético, C.D., Corte Constitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU-062 del 4 de febrero de 1999. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Medio Magnético, C.D., Corte Constitucional.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia 28 de febrero de 1.990. Magistrado Ponente Edgar Saavedra Rojas. Jurisprudencia y Doctrina.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, 24 de abril de 1995. Magistrado ponente Dídimo Páez Velandia. Relatoría Corte Suprema de Justicia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia 8 de mayo de 1.996. Magistrado Ponente Fernando E. Arboleda Ripioll. Relatoría Corte Suprema de Justicia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia 18 de septiembre de 1.997. Magistrado Ponente Dídimo Páez Velandia. Relatoría Corte Suprema de Justicia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, 17 de abril de 1.997.

Magistrado Ponente Juan Manuel Gómez Fresneda. Relatoría Corte Suprema de Justicia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia 8 de marzo del año 1.988. Magistrado Ponente Guillermo Duque Ruiz. Jurisprudencia y Doctrina.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia 27 de abril del año 2000. Magistrado Ponente Jorge Aníbal Gómez Gallego. Relatoría Corte Suprema de Justicia.