

✓

“ DE LA RELACION CARNAL CONTRA NATURA,

CUMPLIDA EN ALGUNA DE LAS CIRCUNSTANCIAS
DEL ART. 316 DEL CODIGO PENAL, COMO CONSTI-
TUTIVA DEL DELITO “DE LOS ABUSOS
DESHONESTOS”.

Por el Dr. Gustavo Gómez Velásquez.

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

A la misma sanción estará sujeto el que tenga acceso carnal con un menor de catorce años de edad, o con una persona a la cual haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia” —Art. 316 del C. Penal.

*“...En la misma sanción (seis meses a dos años de prisión) incurrirán LOS QUE consumen el acceso carnal homosexual. CUALQUIERA QUE SEA SU EDAD”.
Art. 323, inciso segundo, del C. Penal.*

PLANTEAMIENTO

El acceso carnal contra natura, entre personas de igual o distinto sexo, empleando violencia física o moral, o con menor de catorce años de edad, constituye el delito definido y sancionado en el Art. 316 del C. Penal, o más bien de “Abusos Deshonestos”? Art. 323, inciso segundo.

TRES UNANIMES INTERPRETACIONES JUDICIALES:

“El homosexualismo lo considera el inciso segundo del Art. 323 del C. P. como un acceso carnal; de modo que quien ejecute ese acto sin consentimiento de otro y empleando la violencia física o moral, comete el delito de violencia carnal previsto en el Art. 316 de la misma obra. Tanto más cuanto el texto del artículo que se acaba de citar emplea esta frase genérica: “El que someta a otra persona al acceso carnal...” *Es decir, no distingue entre hombre y mujer para la comisión de este delito, lo que quiere decir que abarca los dos sexos.* Esta es precisamente la opinión de autorizados expositores y al parecer también de los redactores de nuestro Código Penal, *consignado expresamente en las actas de los trabajos preparatorios de ese estatuto*”. (Auto de 2 de mayo de 1.945—Jurisprudencia—Pag. 463—cita de Angel Martín Vásquez—Tratado de Derecho Penal Colombiano Doctrina y Jurisprudencia = Págs. 211 y 212=).

(...) El Art. 316 del C.P. al decir “acceso carnal” se refiere en este título no solo a la conjunción normal de los dos sexos, sino también al concubito per anum con hombre o mujer. Esta idea, *expresada por uno de los miembros de la comisión que elaboró el Código, está de acuerdo con la doctrina penal positivista*, para la cual la materialidad del delito de violencia carnal consiste en la introducción del aparato genital masculino en el genital femenino, o en la apertura anal del mismo o diferente sexo; vale decir, en la penetración física del órgano viril en cualesquiera de aquellas regiones corporales. Así lo explica Mario Manfredini, *Delitti contro la moralità pública*, etc., en Florián Tratado de Derecho Penal, volumen IX. Respaldan esta tesis los tratadistas de medicina legal Alejandro Lacassagne y Attilio Ascarelli. Además, el Art. 316 dice: “el que someta a otra persona”, y no el que someta a una mujer. Por lo demás, el inciso segundo de esa disposición establece la violencia presunta; con presunción juris et de jure, cuando el acceso carnal se consuma en un menor de catorce años de edad” —(Justicia— t. 11, nums.— 118 a 121 —Pag. 742— citada por Ortega Torres— Código Penal y Código de Procedimiento Penal = Séptima Edición —Pag. 225— Tribunal Superior de Bogotá—(...))

Y firalmente, el H. Tribuna! Superior de Medellín, en sentencia de marzo 21 de 1949, dijo:

(. . . .) “El doctor Lozano manifiesta que ha empleado la expresión “acceso carnal” porque la encuentra más adecuada y al propio tiempo la que expresa la idea en forma menos burda y de mayor respeto por el lenguaje. Con dicha expresión quiere significar el acto carnal que tenga lugar por alguno de los esfínteres; de tal manera abarca algo más que la cópula. . . .”

“Cuál fué entonces la *opinión predominante* sobre el significado que en la ley penal colombiana debía darse a la expresión aludida? *La Sala no vacila en afirmar que fue sustentada en su exposición por el doctor Lozano quien actuó como ponente en el título relacionado con los delitos “contra la libertad y el honor sexuales”.* Así se comprende, si se examinan las mismas actas para constatar como efectivamente se hace que la ponencia fue aprobada sin variación alguna. Pero todavía puede recurrirse a otros argumentos distintos que sacan avante esta conclusión: en el capítulo correspondiente a los delitos denominados “abusos deshonestos” el inciso segundo del Art. 323 expresa que incurrían en la misma sanción contemplada en el primer inciso, “os que consumen el acceso carnal, homosexual cualquiera que sea su edad”. Indudablemente que entre varones es imposible que se verifique ese acceso carnal sin la penetración a que se refiere. Luego la comisión si aceptó la tesis mencionada, o sea que dentro de esa expresión se comprende tanto el acceso carnal normal como el anormal. Por consiguiente los funcionarios encargados de interpretar el significado de ese término contenido en el Art. 316 de C. P., no pueden variarlo caprichosamente para reducir su alcance exclusivamente a la copulación normal. Si no fuere suficiente lo anterior para demostrar realmente que acceso carnal verificado por vía anal con un menor de 14 años, por ejemplo, como acontece en el caso a estudio, es una violencia, bastaría también observar que sería inconsecuente el legislador si supusiera o aceptara que la infracción delictuosa cometida en esta forma era la perteneciente a la corrupción de menores, sancionando con más pena a quien yaciera normalmente con un menor a quien tuviera la conjunción anormal con el mismo. Indudablemente que denota mayor peligrosidad, por su relajamiento moral, quien ejecuta la acción delictuosa de la manera

últimamente mencionada, que quien la verifica en armonía con las relaciones sexuales normales. En ambos casos existe *un atentado claro y terminante sobre los atributos de la libertad y del honor sexuales* de los menores que figuraron en condición de sujetos pasivos....”—(....)

IMPORTANCIA:

El controvertido tema, que no se nos hace tan simple y fácil como algunos sostienen, no admitiendo discusión en contrario y reproduciendo sin el debido análisis recordadas exposiciones de autores extranjeros, comporta apreciable trascendencia e interés. Baste, a este final respecto, destacar la notable variación de la pena imponible si se acepta el hecho como “violencia carnal” —DOS A OCHO AÑOS DE PRISION, con un factible aumento “hasta de una cuarta parte” Artículo 317— o como “abuso deshonesto” = SEIS MESES A DOS AÑOS DE PRISION—, y, además, las repercusiones en el campo de la hermenéutica jurídico —penal, pues una interpretación discriminada con exegético criterio de artículo por artículo, destroza la interdependencia y coordinación que entre los mismos debe existir, y desconoce, abiertamente, el instituto penal que a cada uno comprende y regula. Sanción, en sus mínimos y máximos, e institución, se resienten y afectan desmedidamente.

Enseñan nuestros comentaristas de derecho penal, con el tímido y superficial disenso de Gustavo Rondón, (1) que la verificación de una relación carnal contra natura, en sujeto pasivo por debajo de los catorce años de edad, o lograda mediante el empleo de violencia física o moral, estructura la comisión de una “violencia carnal”.

Aceptan sí, de manera uniforme, y porque alguna situación debe regular el Art. 323, inciso segundo, del C. Penal, la aplicación de esta norma para la señalada clase de conjunciones, cuando media consentimiento en su ejecución y la edad está por encima del límite antes indicado.

Consignamos el respeto y admiración que nos merecen expositores de tanta valía y autoridad como Angel Ma-

(1) Derecho Penal Colombiano - Pags. 185 y 189.

tín Vásquez (2), Antonio Vicente Arenas (3), Luis Carlos Pérez (4), Antonio Arcila González (5), para no citar sino unos cuantos, pero no participamos de tan acogida como tradicional forma de pensar y, por el contrario, afirmamos, por convicción que trataremos de exponer, que cualquiera sea la edad del accedido o los medios empleados, el acceso carnal homosexual, para usar la locución del C. Penal, estructura un "abuso deshonesto".

Las decisiones extractadas constituyen, para nosotros, una desacertada apreciación del discutido asunto. El motivo de ésto lo encontramos, y nos referimos particularmente al pronunciamiento del H. Tribunal Superior de Bogotá, en el excesivo apegamiento a tesis de tratadistas extranjeros, en especial italianos, los que si bien aciertan al comentar su propia legislación, no pueden acogerse, integralmente, para servir de pauta de interpretación a nuestros textos legales. Debiera tenerse más presente "que la manera corriente de comparar artículos de las distintas legislaciones, puede conducir a erróneas conclusiones, si no se descubre primero el sistema legislativo particular a que pertenecen (6), I a lo anterior se ha legado en relación al controvertido punto: se ha identificado una disímil institución y homogenizado legislaciones heterogéneas. Ocurrencia tanto más lamentable cuanto que lo exigible es armonizar nuestras disposiciones, aún a riesgo de resultar una legislación sin parentescos o apretados vínculos con otras, de acuerdo con su propia naturaleza, contenido y orientación (7).

Que los verdaderamente positivistas, exageren sus afirmaciones doctrinales, pase! Pero que lo hagan, con do-

(2) Op. c. - Tomo III - Doctrina y Jurisprudencia - Págs. 159 y 160.

(3) Comentarios al C. Penal Colombiano - Parte Especial - Títulos XII - XIV - 1.947 - Pág. 37.

(4) Derecho Penal Colombiano - Parte Especial - Volumen II Págs. 327 - 329 y 359.

(5) El Delito Sexual en la Legislación Colombiana - Págs. 112 y 113 Edición de 1.947.

(6) Enrique Martínez Paz, director del Instituto Argentino de Derecho Comparado. — Prólogo al C. Penal Alemán - Finzi - Núñez. XV.

(7) Códigos Penales Ibero-americanos - Tomo I, Págs. 184 y 185. Jiménez de Asúa.

ble resonancia, los que presumen de tales y apenas son, como justamente apostrofara Jiménez de Asúa, “admiradores del último figurín científico”, ya no es para tolerancias. Esto lo decimos al recordar que uno de los argumentos del H. Tribunal Superior de Bogotá, para apoyar la tesis que negamos, consiste en afirmar que la misma “está de acuerdo con la doctrina penal positivista”. Y punto en boca... al menos para los superados tiempos en que el virtual (8) y eufórico bautizo de nuestro estatuto penal como “positivista”, cerraba toda crítica y solo tenían aceptación las instituciones apadrinadas por la mencionada escuela o se originaban en autores que se decían pertenecer a ella. Baste decir, por ahora, que la cuestión es tan “positivista” como “clásica”, pues estas dos tendencias de la ciencia penal no han constituido el punto en referencia en asunto de substancial diferenciación. Y puede ser más clásica que positivista, ya que el ponente del artículo, profesor Lozano, consultó, como él enfáticamente lo reconoce, el criterio de Carrara para su redacción. = (9).

Se sigue olvidando la sensata voz de Mario García Herrero, que escribía: “La legislación penal colombiana ha sido el fruto de una desorganizada labor legislativa, al mismo tiempo que de una suma de conocimientos teóricos y anárquicos, y extranjeros a nuestra realidad nacional; unas veces porque en su preparación han tomado parte técnicos de nacionalidad distinta sin contacto alguno con la idiosincrasia de nuestro pueblo y con nuestros problemas sociales, y otras porque en las comisiones autóctonas sus miembros han usado de erudita preparación antes que de criterio positivo, real y propio de lo que es el complejo social colombiano” (10). Y Jiménez de Asúa, luego de ligero elogio, estima que nuestro ordenamiento penal sustantivo, “se resiente de imprecisión jurídica o de confusión positivista” (11).

No menospreciamos el C. Penal Colombiano vigente. Lo encontramos, en concepto general y salvo irreducti-

(8) Jiménez de Asúa - Op. C. - Tomo I, Pags. 146, 192, 193, 195, 198.

(9) Acta Nº 221, - Trabajos Preparatorios del Nuevo C. Penal.

(10) Citado por Jiménez Asúa - Op. C. Pag. 144

(11) Op. C. Pag. 145.

bles posiciones filosóficas, digno de admiración y hasta de elogio. Sostenemos que la ineficacia a él atribuída no encuentra especial o prevalente causa en su redacción, sino en la aplicación parcial y fraccionada— si a tanto se llega!— que se ha hecho de sus normas y a la gran mayoría de postulados que no han tenido la ejecución exigible (12). Estamos convencidos, en síntesis, que necesita de racionales mejoras pero no de total sustitución; que se requiere estimarlo en equilibrada y consciente forma y procurar conocerlo más profundamente en lo que es. Pero respeto y consideración no equiva'en a valuación superlativa e infatigable defensa. Porque pretendemos desconocer esta absoluta perfección, conviene indicar, aunque con paso ligero, algunos de sus puntos débiles, ambiguos o incorrectos, al menos en el título a que corresponde el tema tratado; así se demostrará, principalmente a sus irrestrictos reverenciadores, que no es posible negar objeciones basándose tan solo en el intocable e integral acierto, precisión y buena fortuna que se supone en dicho ordenamiento.

DEFICIENCIAS:

Determinarlas a lo largo de todo el articulado, no sería afán dificultoso y de escaso resultado. Pero baste a este precario análisis, señalar su existencia en los capítulos I, II, III, IV, y V del Título XII.

(12) "Por fin, observa Mario García Herrero, que el Código no es más que un paso verbal en el progreso...." Por qué olvidar que un Código precisa, como los seres humanos e irracionales, una larga etapa de existencia para no frustrar su destino? No es har-to sabido, que el C. Penal, como todas las leyes, solo vive si se aplica? Ignora alguien, que sólo es largas épocas de existir, los artículos del C. Penal se llenan de realidad por el proceso de subsunción....?" "Por desgracia, la mayor parte de los pueblos ibero americanos avanzaron más en el papel que en práctica.. Esto, es uno de los grandes males de la legislación iberoamericana que, por afanes de literal progreso y por influjo del positivismo compone Códigos que no responden a sus normas de cultura y a sus posibilidades económicas...." Jiménez de Asúa Op. C. - Págs. 146, 183 y 189, respectivamente.

A). El vasto alcance del llamado delito imposible, no es suficiente para sancionar, en la requerida y exacta forma, el evento que Humberto Barrera, admitido por Luis Carlos Pérez (13), encuentra impune.

B). El Código superó la arcaica y antitécnica concepción de negar protección a la mujer “depravada, moralmente relajada o de vida deshonesta”, sujeto pasivo de un atentado contra su libertad sexual (14). Plausible y acertado criterio, debido a fuente clásica, igualmente advertido en el Proyecto Concha, pero con posibilidad de sufrir relativa desvirtuación si se aplica, en todo su claro rigor, el Art. 321 del mencionado estatuto.

En efecto, bien puede ocurrir que una “meretriz o mujer pública”, condiciones de difícil y hasta caprichosa determinación y constitutivas de degradación extrema, por obra de una violencia carnal fallezca, no dejando tras de sí una persona que represente el carácter de querellante legítimo —Art. 286 del C. de P. P.— Tendríamos, entonces, un hecho de innegable gravedad que no permite su investigación y sancionamiento por ausencia de la llamada “condición de procedibilidad” —querrela—. Por esta indiscutible posibilidad, la declarada orientación del C. Penal puede reducirse y traicionarse con lamentable resultado. Superior acierto y calificada previsión contaron en el Proyecto Concha, pues en su Art. 284, se dijo:

“En los casos de los artículos que preceden, no se instruirá sumario sino por acusación formal de la parte agraviada o de quien la represente legalmente; pero tal queja no se admitirá sino dentro del plazo de un año, contado desde la ejecución del hecho, si la queja es del mismo ofendido, o bien contado desde la fecha en que el representante del ofendido tuvo conocimiento del hecho, si es de éste quien presenta la queja.

Pero la instrucción se hará de oficio en los siguientes casos:

(13) Derecho Penal Colombiano - Tomo II - Parte Especial - Págs. 359 y 360.

(14) Carrara - Programa Nros. 1526, 1528, 1529. Edición Depalma, 1947, dirigida por Sebastián Soler.

a). — CUANDO EL HECHO HAYA CAUSADO LA MUERTE DE LA VICTIMA....”

C).— Carrara, con magistrales perennes argumentos (15), abogó por el “principio dispositivo como regulador del ejercicio de la acción pena!” en infracciones con las cuales se ofende la “pudicia individual” o, en términos de nuestro estatuto, “contra la libertad y el honor sexuales”.

Tan prudente como sabia tendencia, recogida por los Códigos Penales de Italia y de la Argentina =Artículos 512 y 72=, y baste la referencia, se echa de menos en el patrio ordenamiento, excepción de lo atinente a la “meretriz o mujer pública”.

No constituye exagerada crítica sostener que la tutela jurídica, a este respecto, se ha expandido indebidamente y que sus escasos y discutibles beneficios no compensan los reales e inmodificables perjuicios que suele ocasionar. Desacertada se nos hace la orientación acogida por nuestro legislador, bien contraria por cierto a la admitida en el Proyecto Concha —Art. 284— (16).

D). A igual razón o situación debe corresponder idéntica disposición. Pero junto grullada jurídica que olvidó o quebrantó deliberadamente nuestro legislador al formular el Art. 321 del C. Penal .

El sustantivo “persona”, usado en Art. 316, que para la casi totalidad de los comentaristas comprende los dos sexos, y aquí su valioso argumento para rechazar la apreciación que sustentamos, no se mantiene invariable en el articulado restante. Y esta mutación, que debiera persuadir de un propósito de fijar o restringir el alcance de la significación de tal vocablo, viene a respaldar nuestro personal punto de vista. Pues bien: El aforismo que encabeza el anterior aparte, lo desconoce el Art. 321. Esta disposición circunscribe el término “persona”, para reconocer la atenuación consagrada y la querella exigida, a “meretriz o mujer pública”. Y surge la omisión: no se considera la posibilidad, para establecer idéntico tratamiento, de que el sujeto pasivo de una violencia carnal sea varón, que, por su relajada conducta sexual, esté a igual o,

(15) Carrara - Programa N° 1557.

(16) La Reforma Penal en Colombia - Tomo II - Pag. 438.

mejor, a más bajo nivel moral que la “meretriz o mujer pública”.

Y no se diga que el evento imaginado rebasa el límite de lo posible y constituye alentadora utopía. No podemos menos de preguntarnos: no se encontrarán “varones” de tan relajado vivir, prostituidos a quienes Uribe Cua'la (17) clasifica como pertenecientes “al sub-grupo de los homosexuales cínicos y desvergonzados”? Escapará nuestro medio, absolutamente, a los degradantes sucesos que Manzini relaciona (18) y que atribuye a “a la riqueza acrecentada, el alcoholismo, el cocainismo, el lujo, el refinamiento, la insaciable sed de placer, la inescrupulosidad de la cultura moderna, su clasicismo dominante y la holgazanería de los ricos”, entre otros muchos factores? La feliz ocurrencia sería que no existiesen, pero no en vano se corrompen las costumbres, se olvidan antiguos moldes de dignidad y prosperan las circunstancias anteriormente anotadas. En todo caso, es dable repetir con Carrara cuando comentaba asunto de mayor trascendencia y perjuicio: “Pero qué deberá decirse frente a' silencio de la ley cuando la hipótesis se realice....? (19).

E). Como consecuencia de lo anterior, advertida la incompleta tendencia del C. Penal, no deja de causar crítica el no exigirse también quere'la de parte en eventos como los planteados en el precedente acápite.

F).— La sanción, en sus graduaciones, indica escala de gravedad en los eventos reprimidos. No se desatenderá esta norma, en 'a que tanto se refleja 'a carrariana teoría de las fuerzas del delito, estableciendo igual pena para las muy diversas infracciones contempladas en los artículos 319 y 326 del C. Penal?

G).— La inducción de menor de catorce años a la prostitución, por su evidente gravedad y nocivos resultados, individuales y sociales, no está debidamente sancionada —Art. 327—. La pena establecida, mayor para infracciones de menor entidad —Artículos 214 y ss.—, es inadecuada, con todo y su significativa intensidad.

(17) Cuestiones Médicos Legales y Criminológicas - Pag. 64.

(18) Delitos contra la Libertad y el Honor Sexuales” - Pag. 19.

(19) Op. C. - Nº 1504.

Para propiciar y obtener la relativa eficacia de ciertas normas, que incorporan conceptos o exigencias de difícil concreción y de expedito eludir, es necesario complementarlas con otras, aparentemente desaconsejables. Búscase con este recurso que las hábiles evasiones de una, la más importante en los efectos perseguidos, al menos encajen en la otra, la secundaria o que juega papel de integración.

Nuestro código reprime la inducción de "*mujer honesta*" a la prostitución o comercio carnal. Creemos que por un doble aspecto, se echa de menos la inducción, al menos a la prostitución de persona que carezca de la señalada condición moral-social —Artículo 327—. En efecto si la honestidad es noción deducible de la "notoria buena fama en la sociedad en que se vive, aunque esa fama no corresponda a la realidad" (20) y se niega su existencia de comprobarse que una mujer "*acostumbraba a tener salidas nocturnas en compañía de hombres, a concurrir a lugares de reputación equívoca, a estar fuera de su casa a altas horas de la noche, a mudar, con sugestiva frecuencia, de amigos y compañeros*" (21), fácilmente se comprende cuan cómodo resulta a un peligroso y hábil proxeneta —si todos no ostentan esta viciosa capacidad— escapar a su merecida sanción. Si concurriera lo que hemos dado en llamar o asignar e un carácter de norma complementaria o de integración= inducción a la prostitución de mujer inhonesta=, el evento previsto no sucedería o se obstaculizaría más su aparición. Pero mientras tanto la ineffectividad de la norma seguiría siendo su distintivo!

Además, y este el otro aspecto de la cuestión, hubiera sido conveniente, y continúa reclamándola, establecer la siguiente importante diferencia porque propugnan la gran mayoría de los tratadistas: si el sujeto pasivo no está prostituido sino corrompido —inhonesto— inducirlo al comercio carnal o la prostitución debiera sancionarse, claro está que con menor pena, como infracción penal y exigirse, para no incurrir en censurables exageraciones, la correspondiente querrela de parte legítima. A la sociedad puede no

causarle perjuicio la in honestidad particular; pero inducir a la prostitución, uno de los llamados "equivalentes del delito" (22), sí la afecta sensiblemente.

La verdad de lo anterior se evidencia en el caso que Carrara propone: una joven fácil e inexperta puede entregarse sucesivamente a muchos amantes, que la vayan abandonando unos después de otros, sin que pueda afirmarse por ésto que es una "prostituta" (23) pero sí deshonesta. Cómo negar la necesidad y trascendencia de tutelar, en el ejemplo propuesto, su inducción a la prostitución?

Merece censura y sanción, desde el punto de vista social, moral y jurídico, quien realiza dicha inducción en persona honesta. Y también, aunque en menor grado, cuando ésto ocurra con persona deshonesta, pero no prostituida.

H).— "El que someta a otra persona" = Art. 316 = constituye frase indicadora de que "sujeto activo de este delito puede ser cualquiera persona" (24).

La transcrita expresión forma un todo inseparable con esta otra: "al acceso carnal", locución que Lozano y Lozano encontró "la más adecuada".

Esta segunda parte puede reducir el ámbito de la indeterminación del sujeto activo de la infracción, en cuanto a su sexo. Así tenemos que la tímida imposibilidad planteada por González de la Vega y Antonio Vicente Arenas (25), basada en el aspecto biológico —psíquico de la cuestión, adquiere mayor tonalidad al desentrañar la acción que exige el acceso carnal.

Ernesto J. Ure ha dicho, y este su comentario tiene vigencia por la comunidad de expresiones empleadas por

(22) "Criminología" - Constancio Bernaldo de Quirós - Seg. Ed. - Pag. 168.

(23) "Derecho Penal Colombiano" - Parte Especial - Volumen II - Pag. 371. En esta misma página, y en la 372, se menciona las características que califican a la "prostituta". Y en que N° 1.530 del Programa se hace mención del mismo asunto.

(24 y 25) Tratado de Derecho Penal Colombiano - Tomo III - Angel Martín Vásquez Pag. 159; Medicina Legal - Balthazard - Pag. 434 e idéntico caso: "Los Delitos de Violación y Estupro" - Ernesto J. Ure Pag. 46. Con velada crítica a esta posibilidad: A. V. Arenas Op. C. Pag. 33 y 34 y González de la Vega, Derecho Penal Mexicano - Tomo III - Pag. 160.

la legislación colombiana —“*el que someta a otra persona al acceso carnal...*” —y la argentina— “...*el que tuviere acceso carnal con otra persona...*—, que: al estudiar la llamada violación inversa, Soler, García Zavalía, Juan F. González y Mal'lo aunque por distintos caminos, llegan a la respuesta negativa, que comparto por entender, que sujeto activo de este delito debe ser el que cumple también la parte activa de! acceso carnal, es decir el que con su miembro accede, penetra, en la cavidad del otro copulante. En el mismo sentido —y antes que yo—, se expidió Soler argumentando con el sentido de la expresión “tener acceso carnal”. Quien tiene acceso es el que penetra. Se dice también que el sujeto pasivo tiene acceso carnal, pero en el sentido de que lo ha sufrido”. Y más adelante agrega: “La víctima debe ser, entonces, la que yace con el hombre, de suerte que la hipótesis inversa =mujer sobre varón= queda al margen de la disposición comentada...” Para seguir sosteniendo: “En el segundo caso judicial, el juez de aquel Tribunal y, como el anterior, penalista de primera agua, doctor Peña Guzmán, adhiere a la respuesta negativa, basado en el significado lógico del acceso coincide con el penetrar, entrar, que, con referencia al acto sexual, solo puede cumplir el hombre. La mujer puede tener acceso, agrega, sólo en el sentido de ser sujeto pasivo, porque ella nunca accede, sino que es accedida. “Y concluye: “Y aún en el caso excepcional —más propio de la imaginación que de la realidad— que una mujer pudiera forzar a un varón, nos encontraríamos conque, por activa que hubiese sido la intervención femenina, nunca ella habría accedido, sino que sólo habría conseguido con violencia, soportar el acceso viril”. (26).

Y si lo anterior se comenta de la legislación argentina, que trata de “*tener*” acceso carnal, qué no se podrá decir de la colombiana, en la cual se hace mención de “*someter*” al acceso carnal. Extraña contraposición, difícil de conciliar si se lleva la cuestión a su rigor, de “*someter*” quien solo es, simplemente, “*sometida*” y “*accedida*”.

Tal vez lo anterior está demostrando lo defensible de la tesis del comisionado Cárdenas, en la cual no se suele

(26) Op. c. - Págs. 44, 45, 47 y 48, respectivamente.

parar mientes, que advertía en la comentada expresión —“el que someta a otra persona al acceso carnal”— *una actividad única y típica del hombre sobre la mujer*. Pero con extraño desparpajo se afirma que no hubo opiniones diferentes a la de Lozano, para quien la mentada locución se presentaba como “la más adecuada”.

1º). — Pero descartemos la fuerza de los anteriores comentarios. Repudiamos el singular criterio de quienes niegan esta posible ocurrencia, contando solo con futuras vanidades y malentendidas vanaglorias, propias de corrillos de fabuladores sexuales, y no con la existencia de acrisolados espíritus que no recuerdan estas experiencias o prefieren relatarlas como fueron. (27).

Admitamos, pues, que la mujer, principalmente cuando se trata de una violencia “ope legis”, que concreta la más factible circunstancia, puede ser sujeto activo en esta clase de hecho delictuosos. Aceptemos esta posibilidad recordando nuevamente la perdurable enseñanza de Pisa: “Pero que deberá decirse frente al silencio de la ley cuando la hipótesis se realice y la parte querellante insista en un procedimiento criminal”.

Más la crítica que nos proponemos hacer no la encaminamos a respaldar incondicionalmente las puntualizadas observaciones. No. Está bien que nuestro Código se haya orientado a reconocer también a la mujer como sujeto activo de la violencia carnal; que uno de los comisionados se hubiese esforzado por hacer posible esta discutida tesis. Nuestra censura se expide contra la inconsistencia y variabilidad del legislador colombiano. No mantuvo su criterio de amparo: en la violencia carnal no distinguió para otorgar generosa tutela, entre hombre o mujer, pero sí lo hizo, injustificada y lamentablemente, en lo atinente al delito de estupro —Art. 319—. En éste ya dijo, en forma expresa, que solo el varón podía tener la condición de sujeto activo. Y preguntamos: esta infracción, que igualmente quebranta la “libertad sexual”, no será de más factible suceso, teniendo por sujeto pasivo a un varón, empleando a este efecto “maniobras engañosas o supercherías de cualquier género. . . . o con persona que padezca de alienación mental”, que permiten y propician la necesaria adecua-

ción fisiológica que la fuerza física o moral ahogarían en la violencia carnal?. Que otros respondan por nosotros!

BREVE COMENTARIO A LOS PLANTEAMIENTOS DE LOS HH. TRIBUNALES SUPERIORES DE BOGOTA Y MEDELLIN:

Apunta el primero como irrefutable argumento: "...esta idea —la de comprender acceso carnal el anormal y el normal— está de acuerdo con la doctrina penal positivista...". Esta afirmación, como ya lo anotamos en antecedente comentario, pretende cerrar todo debate al respecto, amparándose en lo que fué refinada actitud científica y es hoy, en un medio curado de trasgos positivistas, simple resabio nacional que consistía en considerar a dicha escuela como intocable sumum de sabiduría penal y la única dueña del molde de la verdad y del acierto. De ahí la necesidad y ajado recurso de atemorizar disfrazando nociones y conceptos de positivistas, cuando lo cierto es que nunca constituyeron punto de sustancial o mediano diferendo entre las doctrinas penales, ni siquiera cuestión de controversia.

Con relación a este tema, la cita en mención no tiene trascendencia alguna. La tesis discutida exige de más serios soportes dialécticos y no de alardes verbales. Le otorgamos relativa importancia, no por lo que en sí represente, sino por el intento que conlleva de imponer una ya renovada tendencia. Valga como elemental refutación recordar que el propio Carlos Lozano, para desengaño de pseudopositivistas, manifestó sin titubeos que, en la redacción de su ponencia, buscó inspiración en las enseñanzas de Carrara. Y además, las enérgicas reprensiones que Jiménez de Asúa, ha venido escribiendo, y ya las advertimos, sobre esta clase de dañinas y desuetas exageraciones. (28).

Con apoyo en Mario Manfredini se establecen dos situaciones: a) que acceso carnal también cobija la conjunción per anum; y b) que este expositor respalda las apreciaciones que Lozano sostuvo en la Comisión.

Bien lo primero, que es aserto indiscutible, al menos en la legislación italiana. (29). Falso lo segundo, porque Lozano dijo del homosexualismo, y en esto lo secundan Arenas y Pérez (30), que “es sin duda profundamente inmoral, pero quizás no puede erigirse en delito porque con tales actos no existe verdadera violación de ningún derecho” (31). Y Manfredini, de acuerdo con Manzini, asintió “sobre la conveniencia de reprimir —penalmente— por fin este vicio que deshonra a la humanidad” (32), inicial orientación del proyecto preliminar del actual C. Penal Italiano, rechazada por las Cámaras Legislativas “con la especiosa consideración de que ese torpe fenómeno no está difundido en Italia”.

Lo dicho nos permite concluir que no constituye valedero y atendible argumento el pronunciamiento comentado. Máxime al verificar cómo omitió correccionar el Art. 316 con el 323, inciso segundo, y no advertir la significación que esta disposición tiene en aquélla y la improcedencia de citar comentaristas de legislaciones que, en el punto analizado, responden a diversa modalidad y estructura, imponiéndose, por tanto, una diferente interpretación.

Es verdad que Lozano y Lozano afirmó que “acceso carnal”, para él, significaba “acto carnal que tenga lugar por alguno de los esfínteres”. Individual opinión que recuerda el Tribunal Superior de Bogotá, con inevitable honradez, como “*idea expresada por uno de los miembros de la comisión que elaboró el Código*”, la que no vacilaríamos en calificar de *triumfante* si el Art. 323, inciso segundo, no se hubiese aceptado. Pero el Tribunal Superior de Medellín, y Antonio Vicente Arenas incurre en igual despropósito y desfiguración histórica (33), refiriéndose al mismo asunto y sosteniendo similares conclusiones a su par de Bogotá, no vaciló en preguntarse y responder: “*Cuál fue entonces la opinión predominante sobre el significado que en la ley penal colombiana debía darse a la expresión aludida?* La Sala no vacila en afirmar que *fué la susten-*

(29) Ernesto J. Ure - Op. c. - Pag. 53.

(30) Antonio Vicente Arenas - Op. c. Págs. 96 y 97 - Luis Carlos Pérez Op. c. Tomo II - Pag. 358.

(31) Acta N^o 221 - Comisión P. del C. P.

(32) Giuseppe Maggiore - Op. c. - Volúmen IV - Pag. 59.

(33) Antonio Vicente Arenas - Op. c. - Pag. 37.

tada en su exposición por el doctor Lozano.... Así se comprende, si se examinan las mismas actas para constatar como efectivamente se hace que la ponencia fue aprobada sin variación alguna...."

Aseverar que tal fue la "opinión predominante" ,es una audacia pero fundamentar esta desbocada deducción en las propias Actas de la Comisión, traduce inaudita osadía y palpable alteración de la verdad histórica!

Escribió Manzini: "La interpretación de la ley es el proceso lógico dirigido a descubrir y precisar la voluntad manifestada en la norma jurídica en los casos en que puede ofrecer duda sobre esa misma voluntad. La ley, o mejor, el derecho objetivo como manifestación de la voluntad soberana orientada a regular la actividad de los particulares y de los órganos públicos, constituye una entidad autónoma (separada de la voluntad de los sujetos que la produjeron) y dotada de fuerza obligatoria propia. *Cuando se habla de la voluntad del "Legislador", se hace referencia a la voluntad objetivada en la norma jurídica, y no a la voluntad de los que formularon esa misma norma. Aún en los casos excepcionales en que la regla de derecho se debe a un solo sujeto, la voluntad expresada en la norma puede no identificarse con la de quien emitió dicha norma. El "Legislador", de ordinario, es la personificación imaginaria del conjunto de voluntades concurrentes, y a veces parcialmente discrepantes, que tomaron parte en la formación de la ley. La voluntad del "Legislador", por otra parte, aún cuando es unívoca, puede ser diferente de la voluntad de la ley, por nuevas normas jurídicas posteriores, por conexión de la ley de que se trata con otras leyes ya existentes, por innovaciones introducidas en las relaciones sociales, por haber la fórmula traicionado el pensamiento etc....* Se comprende, por tanto, que la correcta interpretación debe tender, no a descubrir lo que quisieron los autores aparentes de la ley ("autores", las más de las veces, por mera ficción constitucional), *sino la voluntad de la ley misma, considerada como entidad objetivada e independiente. Y en todo caso, siempre es preferible esta relativa abstracción, tomada de la verdadera e innegable realidad, a la manifiesta ficción del alegórico "Legislador".* (34).

Y más adelante agregó: "En cuanto a los trabajos preparatorios, a los que en general se les da excesiva importancia, conviene proceder con mucha cautela y con atenta crítica, teniendo presente que lo que importa determinar es 'a voluntad de la ley no la de las diversas personas que concurrieron a formarla, y que se trata de elementos que a menudo autorizan las mas disparatadas conclusiones". (35).

Ya se otorgue el exacto y tradicional valor que se concede a los llamados "trabajos preparatorios" (36), ya se recurra "a la voluntad objetiva de la norma jurídica" propugnada por Manzini, y Carnelutti la conclusión admisible, que deviene en favor de la demostración que nosotros pretendemos, es la misma: Lozano y Lozano no triunfó con su particular apreciación.

En la discusión del título comentado, intervinieron tres de los cuatro comisionados: Lozano, el ponente, Cárdenas y Rey. No participó Escallón.

Pues bien: Lozano expuso el concepto ya transcrito: Cárdenas disintió categóricamente, anotando "algunas ideas que se apartan de las expuestas en el anteproyecto", entre ellas: "...la violencia ejercitada para lograr acceso carnal. no puede tener lugar *sino entre el hombre y la mujer*, cuando hay el propósito de realizar la cópula. *Todas las demás violencias de carácter carnal de un hombre sobre otro hombre*, de una mujer sobre otra mujer, o de un hombre sobre otra mujer, para cometer un acto distinto a la cópula, deben *denominarse impudicias, deshonestidades*, o corrupción en algunos casos". Y consecuente con este su planteamiento propuso, y se aprobó contra el parecer de Lozano, lo siguiente: "En la misma sanción —seis meses a dos años de prisión— incurrir los que consumen el acceso carnal homosexual, CUALQUIERA que sea su edad". Y en ésto recibió decisivo apoyo de Carlos V. Rey. (37).

Existieron, pues, dos criterios esencial y abiertamente contrapuestos: el de Cárdenas-Rey, y el de Lozano. Esta, en su fiel medida, la realidad de las Actas de la Comisión Preparadora de C. Penal!

(35) Op. c. - Torno I - Pag. 152.

(36) La Ley y El Delito - Jiménez de Asúa - Pag. 113 y 114.

(37) Acta N^o 221 - T. Prep. del C. P.

Se impone una conclusión bien diferente a la presentada por Antonio Vicente Arenas y el H. Tribunal Superior de Medellín: la tesis predominante fue la de los dos primeramente citados.

Si nos atenemos a la razón del número, y no debe olvidarse que las decisiones se tomaron, cuando fue el caso, por mayoría, la enunciada deducción se nos presenta como incontrovertible. Y no es momento de hacer un *ca-lembourg*: Lozano y Lozano, también es un binomio; así se acepta por la duplicación de su ilustre apellido y su extraordinaria inteligencia.

Pero es más, y aquí la “voluntad objetivada en la norma”: la incorporación de lo que vino a ser el artículo 323, inciso segundo, terminó por consolidar la tesis de Cárdenas-Rey, y anular, por completo, el esfuerzo de Lozano. En el aparte que hemos denominado: “Título de incriminación o poder interpretativo de la rúbrica o epígrafe de títulos y capítulos” (38), ofrecemos, detalladamente, los fundamentos de la precedente aseveración. Seámos permitido anticipar, brevemente, que mal puede hablarse de delito *contra la libertad sexual*, en una relación carnal contra natura si aquella no existe por merecer sanción quienes la consumen, aún mediando previo, libre y mutuo consentimiento, CUALQUIERA sea la edad de los ejecutores.

El valor y atendibilidad de la opinión de Lozano decrece ante el contrario concepto de Parmenio Cárdenas y pierde toda influencia y consideración al examinar el texto y alcance del Art. 323, inciso segundo, que concretó el total y definitivo disenso de Cárdenas y Rey de las nociones propugnadas por Lozano.

Afirmar que predominó la opinión de este último, es, repetimos, imaginaria y gratuita manifestación. Es desatender el real contenido de las actas y colocar en desigual e injusta condición a quienes fueron, en el derecho penal y en otros campos de la inteligencia, dignos y calificados pares de ese soberbio y malogrado talento que fué Carlos Lozano y Lozano!

Manifestar que “la ponencia fué aprobada sin *variación alguna*”, es cerrar los ojos ante una objetiva y casi

(38) La Ley y el Delito - Pag. 113.

ofuscante realidad. En definitiva es no querer entender la significación y trascendencia del Art. 323, inciso segundo, el cual hace de nuestra legislación, en este punto, un estatuto completamente distanciado del italiano. Si tanto agradan los parentescos, búsquese por campo alemán.

NUEVAS RAZONES PARA IMPONER EL ARTICULO 323, INCISO SEGUNDO, SOBRE EL ARTICULO 316, EN ACTIVIDADES QUE ESTA ULTIMA DISPOSICION PARECERIA REGULAR:

Equipar el acceso carnal normal violento con el anormal idem, es dejarse llevar por un único criterio que no tiene la existencia y significación equivocadamente atribuidos: atentado contra la libertad sexual.

Ya tendremos oportunidad de ampliar la idea de que en nuestro código no existe libertad sexual para cópulas contra natura, de donde el quebrantamiento de aquella es simplemente aparente.

Existen otras circunstancias, fuera de la anotada y que tildamos de improcedente, que llevan a sancionar diferentemente y a distinguir las mencionadas conjunciones violentas.

Recordando a Carrara (39) podríamos afirmar que las dos precitadas formas de ayuntamiento, no conllevan idénticas consecuencias. Y estos diversos resultados, entre los cuales precisamos peligro de ulterior gravidez, mayor temor de deshonor, acentuada dificultad para un futuro matrimonio, obligan a separarlas y a evitar su confusión. Además, es sabido que una relación anormal, no asentida, no propicia —sino se tiene un respaldo orgánico o psíquico de extraordinaria fuerza— la repetición voluntaria de actos tales, como si es común y fácil evento cuando se trata de una amplexación violenta normal. El despertar de un goce apenas figurado en sus reales potencias, tan acorde con los instintos, la desaparición de controles materiales, complementarios de los éticos y sociales, la decepción, el desengaño o la injusta recriminación, etc., concurren poderosamente a allanar la aparición del suceso anteriormente enunciado.

(39) Programa Nº 1.487

Quienes admiten que acceso carnal —o conjunción, ayuntamiento, cópula, amplexión etc.— comprende el acto carnal realizado por cualesquiera de los dos esfínteres, asignan a esta expresión un “sentido lato”. Quienes lo niegan, se apoyan en el llamado, “estricto sentido biológico”.

Los primeros en virtud de la extensión otorgada al término, no pueden caprichosamente recortar su alcance y tendrán, con fatalidad inevitable, que admitir el cobijamiento de relaciones de menor significación, trascendencia y gravedad, entre ellas la “fellatio in ore”. El abuso inicial del vocablo conduce a otros mayores y lo que en un comienzo era forzada acomodación se torna en despropósito. Aquí la aguda observación, aunque menguada en el acierto por colacionar la relación perineal, que se le ocurrió al comisionado P. Cárdenas, cuando anotó: “Si la expresión acceso carnal” no se circunscribe a la cópula o ayuntamiento —relación normal entre hombre y mujer— entonces se corre el peligro de cobijar con esa disposición algunos actos de menor gravedad” (40), pudiéndose citar el que nosotros hemos señalado.

Al anterior respecto valga el afortunado y certero comentario de Reinaldo Pellegrini, catedrático de Medicina Legal en la Universidad de Padua, quien al comentar el Art. 519 del C. Penal Italiano, establece la distinción existente entre ayuntamiento carnal, en “estricto sentido biológico” y en “sentido lato”. De acogerse esta última orientación, la norma se desplaza en su aplicación hasta comprender la fellatio in ore, en razón de tratarse en esta y en la amplexión per anum, de “órganos no genitales y, sin embargo, relacionados con la sexualidad”. Con relación a esta posible “amplia extensión” de los conceptos, puede citarse a E. J. Ure, en su ya mencionada obra. págs. 16 y 17.

Fácil queda relacionar lógicas y persuasivas conclusiones, acordes en un todo con la interpretación que sostenemos: 1^a). Que si se sigue la opinión de Lozano, inexplicablemente calificada de “predominante”, no es dable negar la inclusión de la fellatio in ore, lo que sería una notoria exageración y comunizar actividades diversas en

(40) Acta N^o 221 Pag. 317.

naturaleza, importancia y gravedad. La prudente y juiciosa actitud de nuestros tribunales que la rechazan, patentiza la respetable influencia de las comentadas distinciones; 2^a) que ya por el criterio dominante de la Comisión, esto es, el de Cárdenas-Rey, ya que por innegable alcance del Art. 323, inciso segundo, sí se advierte una clara e indiscartable limitación del concepto "acceso carnal", referido a la conjunción normal, esto es, la introducción del órgano masculino en el conducto vulvo-vaginal; y 3^a) que se advierte, y ésto integra y refuerza la anterior deducción, una tendencia en nuestro estatuto de aceptar, para fijar el sentido y eficacia de la indicada locución, el denominado criterio "estrictamente biológico", desechando, por tanto, el "lato", hábil y artificiosamente llamado "jurídico". (42).

"...CUALQUIERA *que sea su edad*", reza la parte final del inciso segundo del Art. 323. El empleo de este pronombre indeterminado, doblemente destacado, unido al verdadero criterio que prevaleció en la Comisión, ya establecido, nos reafirma en la opinión de desconocer como "violencia carnal" una conjunción contra natura con menor de catorce años y tenerla por excepcional y sui generis "abuso deshonesto", aunque esta categoría no le corresponda con perfección, pero en ella está considerada.

Y si deviene el éxito en esa demostración, esta otra ganará igual suerte: también se estructura un "abuso deshonesto" en la relación carnal opuesta a natura y conseguida mediante el empleo de la fuerza, sea física o moral. Y esto último se dice porque Lozano, al considerar la "violencia impropia" o presunta, desatendió la crítica carriana al entimema del práctico Carpzovio: "velle non potuit ergo noluit" —si la persona es incapaz de consentir, por consiguiente disintió; y si se hizo con su disenso, fue violento (43). Y viceversa: demostrado que el medio violento empleado no muda el acceso carnal de "abuso deshonesto" a "violencia carnal" debe hacerse otro tanto cuan-

(41) Sexología 1955, Pag. 759.

(42) Carlos Fontán Balestra - Delitos Sexuales - Pag. 58.

(43) Programa Nros. 1490 y 1491.

do el congreso sexual se verifica con menor de catorce años, ya que este límite lleva por exclusivo fin fundar la ficción de la violencia.

Escribe Antonio Arcila González: “El inciso segundo del Art. 323 se refiere a aquellos casos en que no haya sujetos pasivos del delito por haberse entregado a él libremente, de tal manera que a ambas personas se les sanciona. Por eso dice la disposición: “los que consumen el acceso carnal homosexual” .

“Pero se dirá: es aquí donde se usa la pluralidad ficticia? A ello contestamos que en ninguno de los artículos que tratan del delito sexual se usa tal figura gramatical. Siempre se dice: “el que someta a otra persona al acceso carnal; el que tenga acceso carnal con un menor (violencia carnal); el que obtenga acceso carnal empleando maniobras engañosas (estupro); el que ejecute sobre el cuerpo de otra persona (abuso deshonesto); el que corrompa (corrupción), el que con ánimo de lucrarse, (proxenetismo), y así en cada uno de los delitos contra la familia”.

“Si se aceptara la tesis de los que interpretan el artículo en su forma literal, es decir, que en el caso contemplado existe abuso deshonesto y no violencia carnal, por decir el artículo “cualquiera que sea su edad”, tendríamos que el menor violado tendría también que ser sancionado, porque el artículo dice: “los que consumen el acto...”, y lo que se afirma del menor, debe decirse del mayor de edad, ya que también puede ser obligado al acto mediante la violencia, y es claro que si este elemento se operó, el sujeto violentado está exento de pena”. (44).

La cita recoge no pocos y graves desaciertos: a) desconoce la posibilidad de que pueda existir sujeto pasivo en esta determinada clase de delitos; b) confunde la “pluralidad ficticia”, que nada dice a la técnica jurídica, con el llamado delito “bilateral o recíproco”; c) niega la procedencia de medidas contra el menor —de catorce o de diez y ocho años?— que es accedido anormalmente con su asentimiento; y d) ignora que el C. Penal, en varios artículos consagra, al igual que en el caso en comento —Art. 323, inciso segundo—, el delito bilateral o recíproco.

(44) El Delito Sexual en la Legislación Colombiana - Págs. 112 y 113.

Sí existe el caso en el cual aparecen los denominados sujetos pasivo y activo. Y es en este evento en donde tiene operancia el pronombre indeterminado "cualquiera", que se lee en la norma trascrita.

Ese "cualquiera" no se predica, indudablemente, del o de los sujetos activos de la infracción en cuestión, pues éstos en todos los casos, deben tener lo que se llaman capacidad de derecho penal, esto es, que la prescripción conminativa pueda operar contra ellos. Esta indicada capacidad, en nuestra legislación criminal, está regulada en forma general y se presenta en los mayores de diez y ocho años —L. 83 de 1.946, Art. 1º, y Art. 41 del C. Penal.

Además, y está por sobrado decirlo, las normas penales, en su parte especial, nunca se refieren, cuando establecen límites cronológicos, a la edad de los sujetos activos que sí a la de los pasivos.

En algunos casos, enseña Manzini, la naturaleza del hecho importa una *pluralidad* de sujetos activos, esto es, un concurso necesario, que puede ser contrapuesto (por ejemplo, duelo), o congruente (por ejemplo, aborto provocado por terceros a la mujer que consiente, para citar un caso también aplicable a nuestra legislación). Y precisando en mejor forma este concepto, anota el autor en referencia, que "delitos bilaterales o recíprocos son aquellos cuya noción exige desde luego indispensablemente la intervención de varias personas, pero en los cuales el hecho es considerado, en lugar de unitariamente como en los delitos colectivos, bilateralmente, de manera que las varias personas operantes u omitentes se presentan como dos partes de una relación delictiva, y no como colectividad. Estas dos partes pueden ser opuestas entre sí (delitos recíprocos propiamente dichos), o bien, TAMBIEN ESTAR DE ACUERDO (delitos bilaterales propiamente dichos), como, por lo demás, ocurre también en las relaciones conformes al derecho. Las violaciones jurídicas cometidas por las dos partes *son distintas y separadamente imputables*, de manera que, a diferencia de los delitos colectivos, *el delito puede existir para la una parte, y no también para la otra, como cuando esta última resulta incapaz de derecho penal, o de otra manera no imputable.* (45).

(45) Tratado de Derecho Penal - Vincenzo Manzini - Tomo I - Pag. 636 y Tomo II Pag. 118.

Nadie repudia que el Art. 323, inciso segundo sanciona a los que consienten en una relación carnal homosexual. Esto la hace una infracción ajena al abuso deshonesto, porque éste, al igual que la violencia carnal reclama, sometimiento de la voluntad ajena: contra la libertad.

Pues bien: cuando dos personas consienten en tal ayuntamiento y ambas están por encima de los diez y ocho años de edad, tenemos un delito bilateral: las dos se consideran sujetos activos —pluralidad de éstos— y reciben adecuada sanción. (46). Aquí no cuenta, para nada, el pronombre indeterminado “cualquiera” de las tantas veces citada disposición.

Igual acción, pero uno de los sujetos ayuntados está entre los catorce y los diez y ocho años de edad. El indicado pronombre tampoco procede. Las dos personas conservan la condición de sujetos activos, pero uno de ellos, y es innecesario determinarlo, resulta “incapaz de derecho penal”, aunque inicialmente —Art. 30 de l. C. Penal— si se le consideró como capaz para recibir la aplicación de las medidas de seguridad “de que trata el Cap. II del Tit. II de este libro (el primero)”, y únicamente está sometida a la jurisdicción para menores y a las medidas de seguridad establecidas para éstos. —Art. 35 y ss. de L. 83 de 1.946—. Esto último indica cuán desalumbrado está Arcila González al aseverar la tesis que nosotros sintetizamos en el numeral tercero.

Finalmente: la acción supradicha, pero realizada con menor de catorce años. Dijimos que el legislador acogió, con respecto a éstos, el entimema de Carpzovio; “velle non potuit ergo noluit”. La persona con edad inferior a la señalada, nunca consiente. Prestará, en ocasiones, una “voluntad puramente animal carente de eficacia jurídica” (47); “carecen de todo discernimiento y de toda voluntad para disponer libremente de su cuerpo, y es claro que por ello mismo están imposibilitados física y moralmente para defenderse” (48); “Se supone, en tales casos, que por

(46) Idéntico caso plantea el Art. 386 del C. Penal. Esta disposición y la 390, refutan la tesis de Antonio Arcilao González señalada con el numeral 4º.

(47) Programa N° 1.490.

(48) Tratado de Derecho Penal Colombiano - Vásquez Abad - Tomo III Pag. 156.

razones psíquicas o físicas que las leyes especialmente determinan, el sujeto pasivo no está en condiciones de oponer una resistencia que habría existido, de no mediar esas razones impedoras. No existe, en realidad, relación exacta entre la función psíquica y la actividad física... se supone que la víctima carece de voluntad para el acto carnal, aún cuando se haya prestado a él buenamente, no siendo necesario para el caso otro elemento que la edad" (50).

Este será, entonces, el único evento en el cual sí existe un sujeto activo —el que consuma el acceso carnal homosexual— y un sujeto pasivo (51) —el que lo padece o "recibe el impacto del delito, el individuo que sufre la ofensa en su derecho"— (52).

Y aquí sí la efectividad, acatamiento y viabilidad de la frase "cualquiera que sea su edad". Es decir, cualquiera que sea la edad del sujeto pasivo. Rómpease, pues, la barrera de los catorce años por obra necesaria de ese promotor indeterminado y la violencia carnal, inevitablemente, tiene que ceder paso, porque es el exclusivo modo de atribuirle significación y actividad a este "cualquiera", al singular abuso deshonesto del acceso carnal homosexual o contra natura (53).

Así también se demuestra la sinrazón de Antonio Arzila González, y los que estén con él de pensar que la re-

(50) Delitos Sexuales - Fontán Balestra Págs. 50 y 51.

(51) Carrara, en este evento, hace expresa mención de sujeto pasivo. - Ver Programa N° 1.490.

(52) Elementos de Derecho Penal - Samuel Barrientos Restrepo Pag. 204.

(53) El subconsciente de Angel Marttn Vásquez, Pag. 153, controlado en sus afirmaciones posteriores - Pags. 159, 159 y 217, corrobora nuestra tesis. Con todo y su enmienda, que debilita, por falta de fundamentación y firmeza, el total valor de sus varias aserciones vamos a transcribir lo que dijo al impulso del primero: "Habrá también este mismo delito —abusos deshonestos— cuando se trata del homosexualismo, infracción que castiga el inciso segundo del Art. 32, PARA TODOS LOS CASOS SIN DISTINCION DE EDADES, SEXOS O PERSONAS" —Obra Citada—. Lo de sin distinción de edades, se tiene que referir al límite de los catorce años, único caso en el cual encuentra acción y explicación.

dación del Art. 323, inciso segundo, excluye la posibilidad de concurrir, en esta modalidad delictiva, un "sujeto pasivo".

"Ubi lex voluit; ubi noluit, tacuit". Los comisionados Cárdenas-Rey quisieron limitar la locución "acceso carnal" del Art. 316 a la conjunción sexual por vía vaginal; el legislador también lo quiso. Y los dos lo dijeron. Aquéllos en la discusión y análisis de las disposiciones que integran el Título XII, como atrás lo indicamos; éste, en el Art. 323, inciso segundo, como hace poco lo comprobamos.

TITULO DE INCRIMINACION :

Jiménez de Asúa enseña y predica con fray ejemplo: "Extraordinariamente importante es la fijación del poder interpretivo contextual de la rúbrica o epígrafe de título y capítulos. Cuando el tipo no se ha descrito, la rúbrica puede hacer imposible la subsunción de ciertos hechos. Por ejemplo, en los códigos como el español y el argentino, en donde no se define expresamente la violación de prostituta, ésta no puede incriminarse, a no ser como simple coacción, porque el título en que la violación se contiene dice: Delitos contra la honestidad. . . . No es posible incriminarla en España, ni en la Argentina, porque la prostituta no tiene honestidad y la rúbrica alude al bien jurídico que ese delito protege. . . ." (54).

(54) La Ley y el Delito - Pag. 113.

Estamos con Jiménez de Asúa, con todo el relativo desentimiento que puede encontrarse en Manzini en su tratado de Derecho Penal —Tomo II— Págs. 33, 34 y 35; y con las siguientes apreciaciones de Ernesto J. Ure: "Por otra parte en la violación de la prostituta no se ve la insalvable *contradictio in terminis* a la que se refiere Jiménez de Asúa fundado en la rúbrica del título descubre que el bien jurídico tutelado es la honestidad, calidad de que ciertamente está desprovista la mercenaria, conclusión errónea a la que se arriba como consecuencia directa de un pecado de racionalismo, tantas veces reñido con la realidad. El bien protegido, en el Art. 119, *cualquiera sea la palabra utilizada* para agrupar en el título las distintas figuras, es la *libertad sexual*. Esto es pacífico en la doctrina y en la juris-

Y espigando en nuestro estatuto, encontramos dos casos, uno indiscutible, y el otro evidentemente sujeto a controversia, en los cuales se advierte la conducencia de las afirmaciones de Jiménez de Asúa. El primero consiste: la inducción de persona deshonesto, que todavía no alcanza a ser halconero, al comercio carnal o a la prostitución, con ánimo de obtener lucro y satisfacer ajenos deseos, no constituye esta clase de proxenetismo, porque el mismo, en el caso planteado, exige de una condición inexistente —bien tutelado—: la honestidad de la inducida.

El segundo se perfila y aparece en lo que resulta ser finalidad de este capítulo, vale decir, que el acceso carnal homosexual, con menor de catorce años o mediante violencia física o moral, no estructura una violencia carnal, sino el abuso deshonesto del Art. 323. inciso segundo, del C. Penal.

Pasemos a los comentarios pertinentes: Convenimos con Antonio Vicente Arenas (55) que el citado artículo "es en nuestro código una peregrina especie de "abusos deshonestos" por cuanto no ataca la libertad sexual", pues cualquiera sea la edad de sus ejecutores y aún mediando consentimiento de los mismos, siempre dará lugar a su sancionamiento. En alguna parte tenía que incluirse pero el capítulo en el cual se le insertó no caracteriza esta delictuosa acción en atentado contra la libertad sexual". **ESTO DEBE TENERSE MUY PRESENTE!**

El concepto más aceptado de libertad sexual, en el orden jurídico —penal, la entiende como "el derecho de la persona humana a disponer libremente de su cuerpo en lo que a las relaciones sexuales atañe" (56) .

Ya puede hacerse el siguiente planteamiento: solo es dable hablar de "libertad sexual", en el referido orden y no en el ético —religioso, cuando la persona que la ejerce puede, a su albedrío, disponer de su cuerpo, eligiendo

prudencia nacionales, que no cuestiona que una prostituta puede ser sujeto pasivo de violación". Para no aparecer retardatorios decimos, hubo necesidad de salvar la torpe escogencia de la indicada rúbrica y omitir su consideración y validez. Bien por el esguince pero no quita un ápice a la gran verdad que escribe Jiménez de Asúa.

(55) Op. c. - Pag. 98.

(56) Op. c. - Antonio Vicente Arenas Pag. 32.

tanto la forma y condiciones de la relación sexual, como el sujeto con quien se verifica. Si legalmente le está vedado esta múltiple determinación, no posee libertad sexual. Esta no existe.

Decimos que un ayuntamiento por vía vaginal, obtenido por el empleo de la fuerza física o moral, constituye delito "contra la libertad sexual" —violen'cia carnal— porque la persona sometida en tal forma gozaba de plena libertad para negarse a la conjunción— guardar continencia, prescindir de este carnal deleite— o escoger a otro sujeto para llevarlo a cabo. De haber consentido a esa relación, las actividades de los sujetos activo y pasivo no podrían merecer sanción. Tenía, pues, libertad sexual, la que fue necesario quebrantar, dominar o desconocer.

Existirá libertad sexual en el varón, —y lo que de éste se anota también de la mujer, porque, ya lo veremos, no advertimos diferenciación de sexos en la aplicación del Art. 323, inciso segundo— para realizar un ayuntamiento contra natura? Moralmente el rechazo es enfático y sobran razones para su categórica repudiación. Analizando el punto por el aspecto jurídico - penal, se llega a idéntica conclusión: no existe libertad sexual en este comentado sentido. Y el argumento es de fácil expresión: si asintiera a tal conjunción, no escaparía por esto a la sanción penal, porque el Art. 323, inciso segundo, "peregrina especie de abusos deshonestos", que se desentiende del consentimiento prestado, tendría cabal aplicación.— De donde se reafirma el aserto: la ley, en forma por demás clara, indica que a este respecto no existe libertad sexual; que, a riesgo de ser sancionado, no puede escogerse esta clase de relación carnal.

Cómo calificar de violencia carnal, que se funda en un atentado a la libertad sexual, el acceso carnal homosexual obtenido por fuerza física o moral, si está vedado, con sanción inevitable, prestar consentimiento? Mal puede tomarse como delito contra la libertad sexual, concretamente "violencia carnal", la acción que no ataca este bien o interés jurídicamente tuteado.

Aparece, con todo su rigor, una palpable "contradicción in terminis" —el bien tutelado, que la rúbrica demarca, no se ha vulnerado por inexistente—, que no puede salvarse con el exclusivo propósito de forzar una conclusión, generosa en graves consecuencias de diversa índole. No es factible convertir en libertad sexual lo que la legislación no

ha tenido por tal, que, por el contrario, le ha negado esta esencial condición y categoría.

Ya se comprende la razón de que la rúbrica tiene trascendental importancia para excluir actividades que, aparentemente, se presentan como comprendidas en élla.

En el caso propuesto se estructura el singular y sui géneris "abuso deshonesto" del inciso segundo del Art. 323, que, no constituye, por más que aparezca en un capítulo de esta naturaleza, un delito contra la libertad sexual. El medio violento empleado, no es el supremo, decisivo y único factor de clasificación; no tiene la fuerza necesaria para conducir a la tipificación impugnada.

Maggiore, y como nos seduce su ortodoxo raciocinio ha dicho de la legislación italiana: "... podemos hablar de un derecho a la castidad o a la continencia —lo mismo la prostituta que la mujer más honesta tienen derecho a la continencia de los placeres sexuales, y por lo mismo, de oponerse a que, contra la voluntad de ellas, quiera plegarlas a su lascivia—, pero no de un derecho a la libre disposición de los órganos obscenos; a menos que se quiera legitimar, entre los hombres, el derecho a las licencias caninas" (57). Y esto lo anota respecto de un estatuto en el cual el homosexualismo consentido no es punible. Qué no hubiera escrito de nuestros comentaristas que pretenden, por encima de la ley, reconocer libertad sexual en actividades que ella tiene por delictuosas, con o sin consentimiento.

Detengámonos, ahora, en un posible contra argumento: el menor de catorce años no puede consentir. Si ésto es así, no tiene libertad sexual. De donde someterlo a un acceso carnal norma! no constituye violencia carnal, por carecer de la indicada libertad, lo que origina la bochornosa impunidad de este grave y delictuoso hecho.

Empecemos por componer las bases de la respuesta:

La disposición que da lugar al sofisticado planteamiento —Art.; 316, inciso segundo— tiene su explicación histórica. Dijimos en párrafos atrás que Lozano, ponente de lo que fué el título XII, manifestó que "tuvo en cuenta al redactar su anteproyecto las exposiciones del profesor Ca-

rrara". (58). Y en gran parte fué fiel, inteligentemente fiel, pero no en integridad. El inolvidable de Pisa, en su Programa, criticó con sostenida y enfática acerbía y "argumentos decisivos" (59), la llamada doctrina de la equiparación, consistente en asimilar "la violencia figurativa y la violencia verdadera. Los prácticos no encontraron "esa violencia verdadera ni en el sujeto activo, ni en acto de fuerza o amenaza usados con el fin de someter la voluntad ajena, sino en el sujeto pasivo y en ciertas condiciones del mismo, en virtud de los cuales fuese enteramente incapaz de conocimiento, como en las hipótesis de la mujer ebria y dormida, o tuviese un conocimiento incompleto y una voluntad puramente animal carente de eficiencia jurídica, como en las hipótesis de la mentecata y de la impúber" (60). Y consecuente con sus censuras (61), anotó: "...la equiparación de las dos imputaciones resulta repugnante a los principios. Me parece que el hecho de referir el caso del abuso de la mujer impúber y de la demente a los términos del *estupro con seducción presunta* en vez que a los términos de la *violencia presunta*, responde mejor por el lado, a la verdad de las cosas, y por otro lado, a las necesidades de una justa proporción de las penas".

(58) Acta N° 221 de las actas de comisión preparadora del C. P.

(59) Programa N° 1.492 y apunta Soler: "Hemos dicho que la figura de la violencia reviste dos formas fundamentales: la de la violencia verdadera y la de la violencia presunta. No debe darse a la expresión —violencia presunta— más alcance que de el de una designación contra cuya exactitud jurídica ya Carrara expuso argumentos decisivos. La Ley no contiene realmente una presunción de violencia sino que prohíbe in limine ciertas formas de acceso carnal por pura consideración a las condiciones del sujeto pasivo, a cuyo asentimiento o disenso no le acuerda ninguna revelancia jurídica. NO ES PRECISO AFIRMAR QUE EN ESTE PUNTO LA LEY (y también la colombiana); SIGUE EL FALSO PRINCIPIO QUI VELLE NON POTUIT, NOLUIT, QUE TAMBIEN SUELE ENUNCIARSE DICHIENDO QUE, EN ESTOS DELITOS, LAS EXPRESIONES "contra la voluntad" y "sin el consentimiento" SE EQUIVALEN Op. c. Tomo III, Pag. 346.

(60) Programa N° 1.490.

(61) Programa Nros. 1492 — 1516.

Lo dicho nos sirve para concluir que Lozano, la comisión y el legislador, acogieron la tesis carrariana en cuanto se refiere a un sujeto pasivo "que padezca de alienación mental" —mentecata era el término de su época— "o que se halle en estado de inconciencia" —la dormida o ebria— (62) e incorporaron estos eventos en el "estupro"— el "estupro con seducción presunta" de Carrara y no a la "violencia carnal" —violencia presunta—. Pero la desecharon en cuanto al menor de catorce años —impúber—. Respecto a esta última clase de sujeto pasivo persistieron en aceptar el entimema "velle non potuit ergo noluit", falso principio, según Soler, que se enuncia diciendo que, en estos delitos, las expresiones "contra voluntad" y "sin el consentimiento" se equivalen; o como sintetizó Carrara: "...si ellas son incapaces de consentir, por consiguiendo disintieron; y si el abuso de ellas fue cometido con su disenso, por consiguiendo es violento, y como tal debe ser castigado..." (63).

Ya puede, entonces, responderse a la objeción formulada: no se trata de desconocer —en el caso comentado, vale decir, con menor de catorce años— la libertad sexual de esta clase de sujeto pasivo, sino que la ley *finje* (64) que contra este sujeto pasivo se ejecutó, con el fin de dominar su voluntad contraria, una violencia, igual a la verdadera.

Además, considerando la falta de voluntad porque "existe incapacidad psíquica y jurídica para prestar su consentimiento," habría lugar a decir que, aunque conduzca a igual resultado, carecer de este requisito no supo-

(62) "Privada de sentido está la víctima en caso de inconciencia (ebriedad sueño)". —Soler Pag. 347— obra y tomo citados.

(63) Programa N° 1490; Y Maggiore dice: "Sin embargo a pesar de esta capacidad (la natural: emplear toda su fuerza los niños y los locos cuando no quieren tolerar algo que les disgusta), a lo menos en algunos casos, la ley no sólo *presume*, sino que *supone* violento, sin más acá ni más allá, el ayuntamiento carnal con aquellas personas, por el amparo especial que se les debe y por la mayor perversidad que muestra el que abusa de esos infelices. Se trata pues más que de una presunción juris et de jure, de una ficción verdadera y propia, en interés del orden jurídico" - Op. c. tomo IV - Pag. 62 y 63.

(64) Programa N° 1497.

ne inexistencia de la mal llamada "libertad sexual". La consecuencia es la misma, pero cabe su diferenciación.

Medítese en las dos siguientes hipótesis:

1).— Relación carnal normal con menor de catorce años de edad. El motivo de sanción, como violencia carnal, está en la ausencia de consentimiento, circunstancia que una ficción legal muda en que fue "contra su voluntad". Sobrepasada esta limitación cronológica, la ficción desaparece y ese asentimiento adquiere relevancia y significación jurídicas. Por el contrario: 2) en relación carnal contra natura, con menor de catorce años, concurre una doble razón de punición: a) ausencia de consentimiento —contra voluntad— y b). objeto ilícito en la conjunción, pues aun que fuera mayor de la anotada edad y hubiera asentido libremente, siempre se impondría la represión de tal acto. (65).

Y recavando en el argumento de la impropiedad e ineficacia del bien tutelado —libertad sexual—, que propicia la exclusión de un acceso carnal contra natura, usando de la fuerza, del delito de "violencia carnal", debe agregarse:

Un caso en la legislación italiana, insinúa el reparo que hemos anotado entre libertad sexual y acceso carnal homosexual, esto es, la inidoneidad del título consagratorio del bien protegido para comprender esta clase de anormales relaciones carnales cumplidas mediante fuerza moral o física. Se trata del evento en que el sujeto pasivo

(65) La afirmación de Antonio Vicente Arenas de que "nuestra ley penal establece aquí una presunción juris et de jure, o sea una presunción de derecho que no admite prueba en contrario fundada en que el menor de catorce años está incapacitado psíquica y jurídicamente para prestar su consentimiento en materia de relaciones sexuales" -Op. c. Pag. 43-, no interpreta cabalmente el antecedente histórico y doctrinal de la disposición colombiana Art. 316, inciso segundo —que por el contrario, fija la razón de fundamento para decir por qué estas personas "disintieron" Otro tanto debe decirse de las opiniones que al respecto repiten Angel Martín Vásquez - Tomo III Pag. 156, Op. c. - Ernesto J. Ure -Op. c. Pag. 30- y Antonio Arcila González; Op. c. Pag. 69.

de una violencia carnal es mujer casada. Esta, según el Art. 559 del C. Penal, consintiendo en comercio carnal extramatrimonial, incurre en delito de adulterio. Quiere esto decir que, para esta especie de contactos sexuales, no dispone de libertad sexual; sólo la posee respecto a su legítimo esposo a quien puede negar un “desahogo indebido y de manera ilícita”, o sea una “cópula contraria a la naturaleza o peligrosa para la salud del sujeto pasivo” (66). De donde, producida una relación carnal violenta, debida a terceros, no cabría, en buena técnica referir este suceso a mencionado título de incriminación por ausencia de libertad sexual en tal sentido.

Pues bien, para obviar este contrasentido no obstante que tal estatuto consagra un “objeto genérico de tutela penal” (67). —“De los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres”—, tan amplio, y un título específico— “De los delitos contra la libertad sexual”—, lo cual facilitaría una solución del problema planteado, se recurre a una noción complementaria que Manzini resume así: “El objeto de la tutela penal, en relación con los delitos contra la libertad sexual, es el interés del Estado en asegurar los bienes jurídicos de la moralidad pública y de las buenas costumbres, en cuanto dice relación a la *inviolabilidad carnal* de la persona, contra las manifestaciones ilícitas de los instintos lujuriosos ajenos” (68).

El innegable escollo de la no disponibilidad sexual de la mujer casada, fuera del matrimonio, que impide hablar

(66) Maggiore -Tomo IV- Págs. 59 y 60, Arenas Op. c. p. 48.

(67) Tratado de Derecho Penal -Manzini- Tomo II Págs. 35.

(68) El informe ministerial sobre el proyecto de C. Penal, insinúa el problema, aunque referido a la relación carnal contra natura, cuestión explicable si se tiene en cuenta que el proyecto, antes de ser estudiado por las Cámaras, consideraba esta acción como unible. De ahí que se dijera: “No he acogido la idea de sustituir la actual denominación del Capítulo I -contra la libertad sexual- por la de delitos contra la libertad carnal. En ocasiones, ciertamente, en relación con alguno de los delitos comprendidos en el Capítulo I, el bien jurídico lesionado puede no ser la libertad sexual, como en el caso de la violencia carnal cometida en una persona del mismo sexo...” cita de Manzini en su obra “Delitos contra la libertad y el honor sexuales” - Pág. 7.

propiamente de delito contra la libertad sexual, en una violencia carnal ejecutada en aquélla, se trata de salvar con el concepto, más extenso y con presupuestos relativamente comunes, de la inviolabilidad carnal. Lo que el primero deja escapar, el segundo lo recoge. Esta inteligente y benéfica solución bien puede, para enfrentarnos una poderosa refutación, acomodarse a nuestro estatuto. Pero debe advertirse que son nociones distintas, aunque de gran afinidad; que su amplitud no es idéntica y que cuando se expresa el primero no se sobreentiende el segundo (69).

Para nosotros “inviolabilidad carnal” comprende, como una de sus faces, la “libertad sexual”, sinónimo ésta de “disponibilidad carnal”; pero la segunda, por ser noción más restringida, y vamos a explicar el motivo, no alcanza a cobijar la primera. Y si lo menos no puede contener lo más, tenemos por deducción lógica que cuando se hace expresa mención de “libertad sexual”, concepto específico, vale decir, lo menos, no se hace referencia a “inviolabilidad carnal”, concepto genérico, esto es, lo más.

Cuando una persona, por prohibición de la ley, no puede disponer de su cuerpo en determinado sentido carnal, que asentir equivaldría a merecer sanción —vgr. . . . conjunción carnal homosexual o adúltera, en donde existen estos delitos—, se dice que no posee libertad sexual a ese respecto. De aquí la íntima correlación, o mejor, la identidad de los conceptos libertad sexual y disponibilidad carnal: existiendo disponibilidad se tiene libertad, pero faltando ésta surge la indisponibilidad sexual.

La inviolabilidad carnal puede excluir la libertad sexual y, ocurriendo, afirmamos su distinta acepción. Presenta dos aspectos:

1). El bien tutelado —inviolabilidad carnal— debe respetarse tanto por la persona en quien directamente se presenta como por terceros. Ni aquélla ni éstos pueden des-

(69) Comentaristas nacionales de tan merecida y aceptada nombradía como Luis Carlos Pérez -Op. c. t. II, Pags. 327 y 328- y Angel Martín Vásquez Op, c. t. III, Pag. 159, sin percatarse del manifiesto propósito de Manzini, amplían el ámbito del recortado, insuficiente y antitécnico concepto de “libertad sexual” para regular eventos como los anotados, identifican, “inviolabilidad carnal y libertad sexual”.

conocerlo. Se excluye, pues, oportunidad de disponer de él, lo que equivale, en definitiva, a la inexistencia de libertad sexual sobre el mismo. Asentir o nó en el quebrantamiento de esa "inviolabilidad carnal", apenas se tendrá en cuenta para decidir si existe o no pluralidad de sujetos activos. La mujer casada —donde se reprime el adulterio— o el varón accedido por vía anal— donde se sanciona esta especie de acoplamientos, aún voluntarios—, mediante el empleo de fuerza física o moral, son infracciones que no dan lugar a tipificar un delito "contra la libertad sexual", porque carecían de ella, pero sí constituye un delito contra la inviolabilidad carnal.

La legislación ha impuesto, en este acontecer, una abstención de placeres carnales —obligación de mantener castidad o *continencia*, acatando el respetable y elevado criterio de Maggiore— que no es dable desconocer ni por el sujeto en quien concurre más directamente la tutela —incidiendo la protección en beneficio de la sociedad, la forma predominante de moralidad y buenas costumbres— ni por terceros. No se trata, en esta forma, de libertad sexual y de ahí la diferencia sustancial de ésta con la mencionada inviolabilidad carnal.

2ª). El bien tutelado inviolabilidad carnal, solo debe respetarse por terceros. La persona en cuyo directo beneficio se establece, puede asentir libre y eficazmente. Se trata, entonces, de una verdadera libertad sexual, una facultad de disposición, que le permite escoger el otro sujeto de relación y, en relativo modo, dentro de los límites legales establecidos, la forma de la misma. Sojuzgando esa voluntad opuesta, se estructura un delito contra la inviolabilidad carnal, en su modo de ataque a la libertad sexual, porque estaba en ella el asentir lícitamente al congreso sexual o conservar esa inviolabilidad o derecho de abstención.

Concluyendo, tenemos: cuando se tutela específicamente la libertad sexual, no se incluye en esta noción el integral alcance del concepto que envuelve "inviolabilidad carnal" porque ésta puede llegar a un ámbito —el determinado en el numeral primero— que aquélla no le es dable comprender. Es factible sí, en ocasiones, coincidir y hasta confundirse, como en el evento relacionado en el numeral segundo del precedente aparte.

Se advierte, sin esfuerzo, que la indiscriminada e irreflexiva identificación entre “libertad sexual” e “inviolabilidad carnal”, reclama crítica y rechazo. Y cómo la aplicación de este último concepto para solucionar algunas dificultades técnico-jurídicas y notorios contrasentidos— Vgr. violación carnal de terceros en mujer casada, acceso carnal homosexual, cumplido en forma violenta, etc. —no mantiene la noción de “libertad sexual” —disponibilidad carnal—, sino que la desconoce y omite por completo.

El referir, como lo hemos sostenido, el acceso carnal homosexual ejecutado en alguna de las circunstancias de: Art. 316, al delito de “abuso deshonesto” —Art. 323, inciso segundo— y no al de “violencia carnal”, no conduce a plantear una inexplicable contradicción, con el argumento expuesto para arribar a esta conclusión, argumento que consistió en recalcar la ausencia de libertad sexual en relaciones carnales contra natura, libertad esta que sí requiere como presupuesto de tipificación la violencia carnal. Y no la origina por la comprensible razón de que el legislador, acatando el criterio de los comisionados, si bien incorporó tal acto en capítulo perteneciente a los reatos contra la “libertad sexual”, no quiso ni podía, subordinarlo a esta trascendental noción, ni menos exigir que por ella se regulara. Por el contrario, estableció su completa independencia, autonomía e insularidad y particularmente lo sancionó, porque en alguna parte debía quedar y el lugar escogido lo encontró *el menos inapropiado*, como “abuso deshonesto”, calificación que nosotros le otorgamos. Pero el accidental, secundario y prescindible factor de la ubicación, no vincula esta clase de hechos delictuosos al concepto de la libertad sexual, que de existir sí daría campo a la comentada contradicción. Valga a este respecto el que nadie ha dicho que un voluntario ayuntamiento homosexual, entre mayores, es infracción atentatoria de “libertad sexual” no obstante constituir un indiscutible “abuso deshonesto” y estar por tanto dentro de dicho título.

De ahí la lógica en afirmar que cuando un acceso carnal contra natura, en circunstancias del Art. 316, se tiene por “violencia carnal”, acudiendo a una infundada y esforzada interpretación, se está realizando un imposible e incurriéndose en evidente e imperdonable contrasentido: se está diciendo que el mismo desconoce y quebranta un inexistente objeto de tutela: la libertad sexual. Pero cuan-

do la misma acción se tiene por "abuso deshonesto", no se llega a la misma censurada situación; se está haciendo, por mandato del legislador, abstracción del concepto de "libertad sexual" y sancionándose la referida actividad como él lo ordena. No se presenta, pues, la aludida contradicción y el raciocinio no sufre contratiempos fatales.

APLICABILIDAD DEL ART. 323, INCISO SEGUNDO, AL ACCESO CARNAL CONTRA NATURA ENTRE HOMBRE Y MUJER:

"... La mujer sí puede ser sujeto pasivo de actos contra natura, pero como la disposición habla expresamente de acceso carnal *homosexual*, y esta palabra solamente se refiere a uniones carnales entre personas del mismo sexo, tenemos que la mujer no puede ser sancionada en ningún caso. *Esta es otra inconsecuencia del legislador*, porque sí hay acceso carnal, pero no es homosexual". (70). Y en idéntico sentido Luis Carlos Pérez cuando sintéticamente anota: "el acceso anormal entre el hombre y la mujer no es delictivo" (71).

Desatino imperdonable y extraña ceguera sería negar razón y fundamento a las apreciaciones transcritas que, por otra parte, expresa, la doctrina predominante, pacíficamente aceptada y aplicada, hasta donde llegan nuestras informaciones. Su argumentación se hace incuestionable cuando como ellos, reputados y meritorios profesores de derecho penal, solo se atiende al rígido sentido etimológico del adjetivo "homosexual" empleado por el Art. 323, inciso segundo.

(70) Op. C. - A. V. Arenas Pag. 99.

(71) Op. c. Tomo II Pag. 359, Angel Martín Vásquez no se pronuncia explícitamente sobre este punto. Su inexplicable afirmación "Habrá también este mismo delito -obeso deshonesto- cuando se trata del homosexualismo, infracción que castiga el inciso segundo del Art. 323, para todos los casos y SIN DISTINCION DE SEXOS O PERSONAS", funda idea, aunque incierta, de que se aparta de los citados autores y se acomoda más al criterio insinuado en el título escogido para este aparte del estudio.

Efectivamente: homosexual proviene del griego “homós”: igual o semejante; y del latín “sexus”: sexo (72). Por tanto, prescindiendo de toda otra consideración, y en este hermético aislamiento está el motivo de crítica y la para nosotros deficiencia de tan estrecha y rígida interpretación, la relación homosexual se contrae a la verificada por personas, pertenecientes a un mismo sexo, vale decir, varón con varón, y, mujer con mujer.

Veamos la interpretación *extensiva* que demanda y admite la citada parte del Art. mencionado. Conviene, a nuestro propósito, empezar diciendo con Manzini: “La interpretación, de la que se trata —interpretación extensiva de la norma—, se tiene, por el contrario cuando una norma jurídica es extendida, del caso o de los casos en ella previstos expresamente, a un caso no expresado en la misma, pero *que se debe comprender con mayor razón* (a fortiori). *No debe confundirse con la analogía* porque la extensión de que estamos tratando no ocurre por similitud de relaciones o de razones, sino *por necesidad de lógica*” (73).

Pues bien: el autor de la disposición analizada, Parmenio Cárdenas, manifestó un severo propósito de no dejar sin sanción algunos anormales actos carnales, *entre ellos los ejecutados por un hombre sobre una mujer* (74); además dijo: “que el C. Penal implica una defensa para la sociedad y el homosexualismo ataca en sus bases fundamentales la moral pública y social” (75) acompañándolo en este pronunciamiento Carlos V. Rey, quien agregó: “por lo menos peca —el homosexualismo— contra la estética personal y desdice y ofende la virilidad verdadera que la legislación debe exigir de los asociados”.

Las razones apuntadas, no parcamente censuradas por su escaso valor persuasivo naturalmente que pueden aplicarse, con fácil lógica, a la conjunción carnal, per anum, entre varón y mujer.

Estos antecedentes históricos, a los cuales nunca se hace alusión cuando se interpreta la controvertida norma,

(72) La etimología que señala el Diccionario de la Real Academia, yerra al considerar los dos términos como pertenecientes al latín.

(73) Tratado de Derecho Penal - Tomo I - Pag. 394.

(74) Acta N° 221.

(75) Acta N° 221.

tienen su valor e influencia y pueden conducir cómodamente a conclusión diferente a la sostenida por los comentaristas de marras.

Incluimos una ligerísima referencia a las generales, convincentes y afortunadas glosas de Manzini sobre este punto. Afirma él: "Este desinterés de la ley penal —alude a que los actos de inversión sexual (sodomía homosexual o no), no se encuentran incriminados por sí mismos... que es de fecha relativamente reciente, *constituye una exagerada aplicación o una falsa concepción de la distinción entre moral y derecho*, y un excesiva y dañosa indulgencia hacia el máximo y más degradante vicio sexual. Y en verdad, continúa, *nunca puede tenerse una invasión del derecho en el campo reservado a la ética, o a la libertad individual, cuando se incriminan hechos condenados por los principios más elementales de moral; está invasión solo puede temerse cuando se quieren reprimir hechos repugnantes sólo a la moral superior*. Ahora bien, es de esperarse que ninguno (a no ser uno de aquellos filo-pederastas que en nuestros tiempos no se avergüenzan de la más ignominiosa de las defensas) dude que la sodomía sea un hecho condenado por la moral social elemental, esto es, por aquella moral que ha servido como base de clasificación a nuestro legislador de 1.930. El vicio de que se trata *perjudica también a la estirpe, no solo porque degrada psíquicamente a quien es afectado por él, sino también porque pervierte el instinto sexual, y, de consiguiente, es nocivo a la procreación*". (76).

Entonces, cabe preguntar, la relación carnal contra natura por ejecutarse entre varón y mujer se desvincula de lo dicho por los comisionados Cárdenas y Rey, o se acomoda cabalmente a sus afirmaciones? Deja de quebrantar un "principio elemental de moral" o conserva esta condición? Anula ese trascendental "perjuicio a la estirpe", por degradación psíquica y perversión del instinto o, talvez, gana aumento?

Pero vamos al análisis concreto del discutible adjetivo:

Las raíces griegas y latinas utilizadas para formar palabras compuestas, no siempre conservan esa pureza y

(76) Delitos contra la libertad y el honor sexuales - Pags. 17 y 18.

limitación en el nuevo vocablo constituido. En no pocas ocasiones excede el ámbito de su acepción a ese original márgen. El adjetivo "homosexual" constituye uno de estos casos. En él se ha superado, o mejor, sobrepasado esa primigenia delimitación que consagraban los términos griego y latino que en él se fusionaron. De ahí que Tomás Cadavid Restrepo, perdurable autoridad en estos achaques lexicográficos, anote: "homosexual: invertido sexual". De donde, sin sutiles agudezas, homosexualismo se tiene por una inversión sexual. (77).

Y surgen tres interrogantes: la ejecución y ejecutores de una conjunción per anum, ya sea entre varones o entre varón y mujer, no califica a aquella de inversión sexual y a éstos de invertidos sexuales? No está en el orden natural de las funciones sexuales que el hombre se acople a la mujer por vía vaginal? Contrariar este evidente orden no es invertirlo y en esta inversión no radica el fundamento y razón de ser de la norma comentada? Ergo, inversión sexual y homosexualismo se congregan y armonizan, permitiendo, en la disposición citada, la sanción tanto del ayuntamiento contra natura entre varones, como entre sujetos masculino y femenino.

Además: el legislador no ha definido el valor y acepción que debe otorgarse al adjetivo homosexual. Debemos recurrir, para su entendimiento, al sentido "natural y obvio" —Art. 28 del C. Civil,— que se le otorga a tal vocablo de acuerdo con el uso general del mismo. El Diccionario de la Real Academia satisface plenamente este cometido, ofreciendo general aceptación, acierto y estabilidad a la mencionada dicción. De homosexual dice: sodomita; y de sodomía: "concúbito entre personas de un mismo sexo, o contra el orden natural". (78).

Arenas y Pérez olvidan la finalidad de la norma y el propósito de sus autores, el espíritu de la legislación y atendido, exclusivamente, al riguroso y cerrado sentido etimológico del vocablo, que, como lo anotamos, no es el único.

(77) Raíces Griegas y Latinas Pag. 120.

(78) Igual significado le concede Tomás Cadavid Restrepo - Op. c. Pag. 314.

De manera que el "homosexual" usado en el Art. 323, inciso segundo, comprende tanto el "concúbito entre personas de un mismo sexo"— y en ésto estamos de acuerdo con los dos citados autores —como el cumplido "contra el orden natural" —la otra fase del concepto en la cual encaja la relación entre hombre y mujer per anum. . . . Dedúcese, entonces, la procedencia de la disposición para comprender esta última clase de acoplamientos.

Y valga como remate la siguiente afirmación de V. Manzini: "d) Homosexualidad. *La persona sujeto pasivo del delito en cuestión, puede ser de uno o de otro sexo, en relación al sexo del sujeto activo, como ya lo hemos indicado. La homosexualidad no tiene una consideración específica, como no la tiene la sodomía, la cual puede ser o no ser homosexual*". (79).

DELITO TENTADO EN EL EVENTO DEL ART. 323, INCISO SEGUNDO:

"Communis opinio doctorum" es negar la posibilidad de un delito tentado en esta atípica forma de "abuso deshonesto". El subjuntivo presente que consigna la disposición se erige en el principal y casi único argumento para decidirse en tal sentido.

Brevemente esta es nuestra opinión:

La forma verbal empleada nada dice para desechar el instituto de la tentativa. Esta se vincula más a la naturaleza misma del delito que, al verbo rector usado. —Si-

(79) Delitos contra la libertad y el honor sexuales - Pag. 20. Para quienes (Rendón, Pag. 185 y Arcila González, Pag. 89, con distinto criterio Arenas, Pag. 66) el acceso carnal mencionado en el Art. 319, inciso 1º, sólo se refiere al ejecutado por conducto vaginal, se origina una aberrante situación de impunidad si se rechaza el sensato criterio que hemos expresado con relación al adjetivo "homosexual" "En efecto, supóngase una conjunción carnal per anum con mujer" "que padezca de alineación mental o que se halle en estado de inconciencia" o mediante el empleo de "maniobras engañosas o supercharias de cualquier género". No se tipifica el delito de estupro. No queda solución distinta que referir dicha acción al abuso deshonesto del Art. 323, inciso segundo, admitiendo así que el evento determinado en esta disposición no requiere de identidad de sexos.

milar, que no idéntica, inflexión verbal se observa en otras infracciones— Artículos 316, 319, 362, etc. sobre las cuales no se ha producido una negativa, siquiera velada, al respecto.

La causa del error que concreta la censurada apreciación, la encontramos en la falta de distinción entre los abusos deshonestos del Art. 323, inciso primero, y el sui generis de¹ inciso segundo.

Aceptamos como acertado juicio el siguiente de Antonio Vicente Arenas: “Este delito —el tipificado en e¹ inciso primero del Art. 323— se consuma de manera instantánea en el momento mismo en que se ejecuta sobre el cuerpo de la víctima cualquier acto libidinoso. Basta que el delito haya tenido un principio de ejecución para que deba considerarse consumado. En la violencia carnal los actos libidinosos son actos ejecutivos del delito; en los abusos deshonestos (teniendo en cuenta, aclaramos nosotros, la distinción supra indicada) son actos consumativos. Y si los abusos deshonestos, desde que tienen un principio, de ejecución, ya están consumados, es lógico que este delito no admite tentativa. Esta tesis es admitida de manera casi unánime por los autores y la jurisprudencia”. (80).

Pero no puede extenderse esta eficaz valoración al evento, definitivamente distinto, del inciso segundo. Baste decir que aquél —el del inciso primero— se refiere a “un acto erótico sexual *diverso* de¹ acceso carnal”. y este último —el del inciso segundo— a un “*acceso carnal* homosexual”.

Y quién niega con fortuna que en este último suceso se puedan distinguir, perfectamente, los actos ejecutivos de los meramente preparatorios o de los de consumación?; o que esta infracción excluya la posibilidad de un iter criminis suficientemente caracterizado? Y quien afirmará que se trata de un delito que se consuma con un solo acto libidinoso (quae único acto perficiuntur) o se le considere formal? Estos interrogantes, que denotan los criterios reconocidos para admitir o negar la existencia de un delito tentado, se resuelven en favor de la tesis que acogemos y defendemos.

Los que aceptan, y pocos quedan por fuera, la viabi-

(8) Op. c. Pag. 94.

lidad de la tentativa en el delito de violencia carnal, están obligados a reconocer igual posibilidad en los abusos deshonestos de que trata el Art. 323, INCISO SEGUNDO. Admitimos esta señalada ocurrencia y no obstante distinguir entre la violencia carnal y el abuso deshonesto para determinar a cuál pertenece una conjunción carnal contra natura con menor de catorce años o mediante el uso de fuerza física o moral, también tenemos por inquestionable tal conclusión. Mutatis mutandis podemos acoger, a este respecto, el siguiente comentario de Antonio Vicente Arenas: "Nos inclinamos en favor de la tesis que admite la tentativa de violencia carnal (tentativa del especial abuso deshonesto de inciso segundo del Art. 323), aunque en la práctica sea difícil probarla. En efecto, ya dijimos que en el delito de violencia carnal el dolo consiste en el *propósito de tener acceso carnal*. Por consiguiente, si este propósito se demuestra claramente, lo que en verdad puede ser difícil, el delito cometido no es el de abusos deshonestos (se refiere a los del inciso primero), sino el de tentativa de violencia carnal, si se principia su ejecución y se interrumpió por actos ajenos a la voluntad del agente. Pero si ese propósito (a nuestro caso el de acceso carnal homosexual) no logra demostrarse, entonces debe aceptarse el delito de abusos deshonestos (vuelve a remitirse a los del inciso primero). El problema se reduce, pues, a la prueba de si el agente tenía o no tenía el propósito de ejecutar el acto carnal. Aquí radica el elemento diferencial con los abusos deshonestos (fina! relación al inciso primero). Y siendo susceptible de prueba el propósito de tener acceso carnal (homosexual a nuestro propósito) consideramos que la tentativa es jurídicamente posible en el delito de violación (o de los abusos deshonestos del inciso segundo del Art. 323). Lo escrito entre paréntesis no es el del autor. (81).

Y tratándose de la tentativa de la referida especie de abuso deshonesto, pero consentido por sus ejecutores, también puede presentarse aquélla, aunque la dificultad probatoria en que tanto recalca Arenas ya toma visos de invencible imposibilidad. Y rechazándose, en este caso, la existencia de la tentativa, no queda el recurso de derivar el hecho al delito perfecto de que trata el inciso primero del Art. 323, por mediar consentimiento.

(81) Op. c. Pag. 52.