

SADO-MASOQUISMO: CONDUCTAS ERÓTICAS ENMARCADAS EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

Angélica Paola Domínguez Castelar¹

Ricardo Andrés Cano Andrade²

Liliana Álvarez Santacoloma³

RESUMEN

Los temas de índole social suelen ser nebulosos y complicados en cuanto a su discusión, pues el aun hoy en día son considerados “tabús” y vistos de manera tediosa por el auditorio debido a su alto contenido subjetivo y personal, lo que hace de su debate un proceso truncado que comúnmente no lleva a ningún lado.

El Derecho como parte inherente y necesaria en el hombre, debe suplir cada conflicto creado en la sociedad y garantizar una convivencia sana y amena entre los individuos. Ahora bien, cabe resaltar que el hecho de vivir en comunidad hace del control jurídico un constante dilema por el vaivén de pensamientos que surgen de la comunidad, sin embargo, este debe buscar la manera de garantizar a cada persona su libertad de conciencia y pensamiento; es por ello que surge

la pregunta ¿cómo garantizar la pluralidad de pensamientos sociales en un entorno que no limite la conciencia y respete por igual cada idea o creencia? Es precisamente esta pregunta la que ha puesto al derecho en situaciones jurídicas incómodas, pero vitales para el cumplimiento de una sociedad moderna y pacífica.

En base a lo dicho, es claro notar el conflicto de criterios presente en los casos de contenido sexual por su multiplicidad de criterios, en su mayoría religiosos y que pueden presentarse como un obstáculo, sin embargo el derecho debe virar a esa labor simbólica de la venda en los ojos, la cual representa imparcialidad en la decisión, y argumentar en base a los principios y valores de la ideología que impregna la carta. Como lo diría el difunto ex magistrado Carlos Gaviria Días (1997) “Nada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos,

1 Estudiante de pregrado, del programa Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena, integrante del Semillero de Investigación Theodor Viehweg, adscrito al Grupo de Investigación Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. E-mail: angie_9629@hotmail.com

2 Estudiante de pregrado, del programa Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena, integrante del Semillero de Investigación Theodor Viehweg, adscrito al Grupo de Investigación Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. E-mail: ricandres22@hotmail.com

3 Estudiante de pregrado, del programa Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena, integrante del Semillero de Investigación Theodor Viehweg, adscrito al Grupo de Investigación Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. E-mail: lilibrandy@hotmail.com

en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles.” (p.19), esta afirmación señala la clara posición que debe tener nuestro sistema judicial ya que el derecho es LAICO.

En base a esto, la historia ha visto el rechazo social a todo tipo de conductas eróticas basado en un criterio dogmático religioso, olvidando que este comportamiento es un hecho natural. Al pasar el tiempo principalmente en el siglo XVIII los estados con un despotismo basado en un sentido religioso toman todo tipo de expresión erótica como un delito, una deshonra y un pecado; que no puede pasar impune ante los ojos del Derecho de lo cual resulta lo mas de interesante el evaluar dicho erotismo ya que en si no se agrede a nadie, no daña a nadie e incluso no es del interés de nadie fuera de las personas implicadas en dichos actos. Esto último nos lleva a plantear estas preguntas: ¿Cómo, cuándo y por qué son delito y deshonra toda clase de expresiones eróticas? ¿Cuál es el criterio JURIDICO en el que se fundamenta dicho señalamiento?

INTRODUCCIÓN

El sexo visto como tabú no es un hecho que podamos llamar reciente, ya que data de antiguas civilizaciones que cimentaron el mundo tal y como lo conocemos y donde la influencia religiosa es su principal columna, allí es donde la complejidad surge y se

nos muestra de la forma como lo conocemos hoy. Es exactamente este el motivo de nuestro investigación, enfocar todo tipo de comportamiento erótico y sexual desde una perspectiva laica y juzgar su validez en el ámbito constitucional Colombiano con argumentos constitucionales adecuadas para este tema, enfatizando en la forma como el juez constitucional debería apreciar cada caso de naturaleza erótica alejándose de cualquier tipo de creencia religiosa y permitiendo así la realización del derecho.

Para ello tomaremos como punto de partida el concepto de democracia liberal y su participación dentro del sistema constitucional vigente, después haremos unas precisiones históricas referente al tema llegando así a enmarcar los criterios fenomenológicos y psicoanalíticos y poder adentrarnos en los criterios penales que podrían suscitarse en el marco del ius puniendi, finalizando así en un análisis dentro del sistema constitucional que emanan unas conclusiones parciales del proyecto.

JUSTIFICACIÓN

Es de suma importancia el estudio del tema porque el Derecho de Género y el libre desarrollo de la personalidad propugnan por la libre aceptación de las opciones eróticas de cada cual, La ponderación de derechos es clara en el sentido de que la libertad como libre disposición de uno mismo no se puede enfrentar a otros derechos válidos, argu-



mentado lo que fuere, dado que el interés de muchos no puede perjudicar a los de los menos. Desde su artículo 16 hasta el 20 la Constitución despliega todo su contenido laico, especificando de forma clara la libertad de conciencia que tiene cada individuo.

Una vez especificada el caso de ilegalidad que atente contra su propia vida y que el consentimiento del sujeto valida la conducta y la hace atípica, no puede el derecho en pos de un sentido religioso prohibir las libertades de cada persona pues no solo se violarían estas si no también su derecho a una vida digna, como ya lo habría expuesto el ex magistrado Carlos Gaviria en sentencia C-239/97: "... si el respeta a la dignidad humana, irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente al valor de la vida para sí... el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica vivir adecuadamente en condiciones de dignidad" (Carlos Gaviria, 1997, p.19). Cada persona es libre de vivir como mejor le parezca, siempre y cuando esté sujeta a los factores de tolerancia y respeto hacia los demás integrantes de la sociedad si libertad hace parte de su dignidad humana, en el sentido de elegir como vivir.

Esta Investigación es necesaria ya que busca que no solo los estamentos de la Universidad

de Cartagena, sino todos los sectores sociales reflexionen sobre el tema y el análisis histórico que se hace sirva de marco para sus trabajos, al igual que a la práctica de la docencia en las asignaturas de Derecho Constitucional y las relacionadas con ellas.

METODOLOGÍA

Esta es una investigación política—jurídica, aplicada, descriptiva, bibliográfica, explicativa y cualitativa, de corte etnográfico, sobre el contenido y alcance que implique el objetivo planteado; porque propone una solución a un problema actual, que es de la órbita de cada cual definir su erotismo dentro del libre desarrollo de la personalidad. Esto en razón a que el Estado en ejercicio del *Ius Puniendi* sanciona la práctica sexual que provoca durante ella estados próximos a la muerte como multiplicadores del placer y de la intensidad del orgasmo, o bien, conductas sado-masoquistas consentidas por la pareja.

DISCUSIÓN Y AVANCES

Para abordar el problema ¿Puede el estado en ejercicio del *Ius Puniendi* poder limitar y prohibir ciertas prácticas eróticas bajo el argumento de protección a la vida, al honor y la convivencia de la sociedad? De la investigación que origina objeto el presente avance, es imprescindible efectuar un análisis completo del tema escarbando en la historia y



ubicar así los antecedentes que han marcado las conductas eróticas. Es claro resaltar que el erotismo no es algo que podamos llamar nuevo, ni mucho menos actual, ya que es consustancial a la naturaleza humana y, precisamente, ella muestra el proceso tan difícil y accidentado que ha tenido, puesto que su adaptación social nunca ha sido posible en completa totalidad. Desde la antigüedad hasta hoy su análisis ha sido limitado por los conceptos de pulcritud, honor, virtud y testimonio, términos que no amedrantaron la literatura erótica de Egipto y Grecia en la antigüedad o los dramas eróticos que retaron el amor cortés de la edad media, pero si tropezaron con el concepto de erotismo y lo tildaron de vergüenza y deshonor.

1. QUE ES LA DEMOCRACIA LIBERAL

No debe olvidarse que en la concepción liberal el estado es el garante del contrato social y esto determina sus fines y que dicho “contrato” se enmarca en la Constitución y esta última solo adquiere sentido a través de la jurisprudencia constitucional. Esto significa que la democracia liberal se legitima por medio del derecho Constitucional y es así que el enfoque teórico más importante ante la crisis de legitimación producida por los totalitarismos fue la reconsideración de lo que debía entenderse por “Contrato Social” afirmándose que este debía ser un Modelo Heurístico útil para analizar los fundamentos raciona-

les de la interacción social, teniendo a esos fundamentos como “Reglas” que pueden ser voluntariamente aceptadas por todos. Los teóricos que más animaron el debate sobre que entender por “Contractualismo” fueron John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan, quienes identificaron tres temas centrales en esa añeja idea del Contrato Social: La de la justicia como criterio del mismo, la del contrato como discurso insertado en una teoría discursiva y la de que dicho contrato está basado en el presupuesto de que quienes lo celebran son individuos racionales que persiguen sus intereses. Esto es lo que muchos llaman “Neo Contractualismo”.

Podríamos resumir lo expuesto en la siguiente frase de Quintiliano (c. 95 a. C) “el verbo delinquir no ha nacido para el teólogo, que sigue diciendo pecar”; Aunque claro está, no se puede negar la complementación ético-moral al momento de expedir normas de naturaleza penal y constitucional, el problema recae en enfocarse únicamente en estos aspectos sin percatarse de las necesidades o preferencias de las personas, de tratar de imponer una visión subjetiva o meramente consuetudinaria por no decir conservadora, la cual en lugar de proteger a los sujetos termina violando los derechos de los mismos, es por ellos que se debe tener en cuenta los intereses previamente mencionados (consentimiento, libertad, honestidad y honor) al momento de darle a una conducta el carácter de ilícita y punitiva.



Los derechos fundamentales, que, en principio son derechos públicos subjetivos a ejercer frente al Estado, despliegan, además, una eficacia en las relaciones entre particulares, es decir, una eficacia frente a terceros (que no son poderes públicos). Esto no se discute. La cuestión es si estamos ante una eficacia directa o sólo ante una de carácter indirecto: es la cuestión conocida en la doctrina alemana como *Drittwirkung der Grundrechte*. El Tribunal Constitucional español no es claro a este respecto, pues unas veces parece afirmar que el derecho fundamental tiene directamente un efecto frente a los particulares, y en otros casos sostiene que el efecto es más bien indirecto, es decir, es el Estado el que está directamente obligado por el derecho fundamental, pero ello le obliga a dar efectividad a ese derecho también en las relaciones entre particulares, inter privados

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Para dar un análisis completo respecto al tema es necesario escarbar en la historia y encontrar diferentes antecedentes que marcaron las conductas eróticas. Es claro resaltar que el erotismo no es algo que podamos llamar nuevo, ni mucho menos actual, esta corriente viene de antaño y que en sus anales se encuentra el proceso tan difícil y truncado que ha tenido, puesto que nunca ha sido posible lograr una adaptación social completa e integral. Desde la antigüedad hasta la mo-

dernidad su pensamiento ha sido limitado por concepto de pulcritud, honor, virtud y testimonio, términos que quizás no amedrantaron la literatura erótica de Egipto y Grecia en la antigüedad o los dramas eróticos que retaron el amor cortes de la edad media, pero si lindaron el concepto de erotismo y lo tildaron de vergüenza y deshonra.

SADISMO

Muy a pesar de la frágil situación de la religión católica en la modernidad, conceptos como la virtud y el honor siguieron aferrados a la mente del hombre, lo cual aún mantenía cualquier resquicio de erotismo como motivo de vergüenza para cualquier individuo, pero a pesar de todo el siglo XVII verá nacer en la pluma de un marqués un movimiento que será esencial no solo para la liberación del pensamiento sexual en la raza humana, sino que por medio de él, la máscara de decencia y pulcritud caería, el idilio humano sería al fin revelado y las oscuras pasiones de cada individuo saldrían a la luz, algo totalmente maravilloso para el estudio de la sociología la cual descubriría que el ser humano es un ser de instintos y este instinto puede expresarse de diferente formas, pero todas estas formas contienen un común denominador entre ellas, el PLACER.

El marqués de Sade hombre de familia prestigiosa y famosa, da a relucir una ola literaria

que desataría pasiones ocultas en cada lector, y despertaría la atención de la iglesia francesa del momento para ordenar su captura y mantenerlo preso por más de 30 años, sin embargo ya la semilla ha sido plantada y el movimiento ha empezado a florecer, no hay nada que hacer para un sector de la comunidad que desea expresar su sexualidad de manera libre y sin reprimendas.

Ahora bien, cabe preguntar, ¿son justa todas y cada una de las acusaciones hechas al marqués? ¿Es tan malo y peligroso el sadismo? Simone de Beauvoir en su ensayo ¿hay que quemar a Sade? (1955) hace un acercamiento a la personalidad de este autor, Sade orientó sus particularidades psicofisiológicas hacia una determinación moral, es decir, que obstinado en plasmar sus singularidades, termino defendiendo gran parte de las generalidades de la condición humana, en aras de saber la cuestión de si es posible, sin renegar a la individualidad, satisfacer las aspiraciones a lo universal, o si es solo mediante el sacrificio de las diferencias que se logra integrarse a la colectividad.

Lo dicho anteriormente es de alta relevancia pues es vital no olvidar que se está hablando de un marqués, una persona influyente en la nobleza de ese momento, y el cual presentaba al auditorio la discusión que aun en los tiempos actuales se presenta, ¿Es requisito indispensable renunciar a la individualidad

de cada persona para ser aceptado en la colectividad?

Sade fue un hombre racionalista, que necesitaba comprender la dinámica interna de sus actos y los de sus semejantes, y solo lo consiguió mediante la afiliación a las verdades dadas por las evidencias. Por eso fue más allá del sensualismo tradicional, hasta transformarlo en una moral de singular autenticidad. Dice Beauvoir (1955) "Sade eligió lo imaginario, pues ante una realidad cada vez más desordenada (deudas, fugas de la justicia, amoríos) encontró en las imaginerías el único medio de centrar la existencia y hallar cierto grado de estabilidad." (p.14) La sociedad al privar al marqués de toda libertad clandestina, termino socializando su erotismo y haciéndolo famoso. Entonces la vida social de Sade siempre fue un plan erótico, que mediante su padecimiento se llevó a cabo.

Después de lo sucedido con Sade, otros escritores levantarán su voz para comenzar a sacar a la luz la ola literaria del erotismo. Hacia el siglo XIX surge una nueva corriente, el Romanticismo, que idealiza el dolor y el sufrimiento psíquico, así como el amor pasional. Esta nueva corriente lidiaba a menudo con las fronteras entre lo permisible y lo prohibido, aun sin llegar a la obscenidad de épocas anteriores. Gustave Flaubert por *Madame Bovary*, y Charles Baudelaire por *Las flores del mal*, llegaron a ser enjuiciados. Me-



nos controvertidas fueron otras obras clásicas del período, como *Cumbres Borrascosas*, *Jane Eyre* o *Anna Karenina*. Este subgénero concreto terminará derivando en lo que se conocerá como novela rosa.

Pero la literatura erótica más salvaje también continuó en el siglo XIX. El autor austríaco Leopold von Sacher-Masoch se hizo un lugar en la historia a partes iguales por el escándalo y el éxito generados en Francia de su obra *La venus de las pieles* (1870), en la cual sienta las bases de lo que más adelante se terminará conociendo como masoquismo, en honor a su propio apellido, consistente en ser azotado, hacerse atar y ser humillado por la pareja. Autores que siguieron su estela son Richard Brohmek y Fedor Essée, siempre con la mujer vista desde un punto de vista dominante y cruel, con la figura del hombre dominado y sumiso, movimiento que será relevante en el siglo actual y principal materia de nuestro estudio.

IMPACTO SOCIAL

La pluma del marqués de Sade sin lugar a dudas trajo un aspecto revolucionario en la forma de pensar socialmente hablando, sin embargo el estupor que causaría no podría pasar desapercibido; una sociedad llena de valores y principios religiosos no podía aceptar así porque sí, la nueva expresión artística mediante imaginación erótica de un marqués

francés, sin dar indicios de total desaprobación y comenzar una encrucijada para con este tipo de conductas. Ya desde aquí se empezará a ver esa persecución sustancial del derecho guiado por los consejos religiosos en contra de los pensamientos libres de cierto sector social.

Para enfocar bien el impacto social causado por la ola de pensamientos sexuales que comenzaría en el siglo XVII es necesario puntuar dos corrientes académicas que expondrían el porqué del impacto erótico que estaba surgiendo.

IMPACTO FENOMENOLÓGICO

Para comenzar es primordial especificar el comportamiento tan natural, que lleva cada persona consigo. El momento en el que el hombre atraviesa su etapa de pubertad, el cuerpo desarrolla por si solo hormonas que incrementan los deseos sexuales de cada individuo, es normal que el ser humano desde su juventud piense eróticamente, es algo inherente a él. Siendo así, la revolución erótica inicia en los caminos de Sade, pero desde tiempos antiguos, este tipo de pensamientos y practicas ya buscaban abrirse paso en la sociedad, ya en el Antiguo Egipto, se redactaron tratados acerca del sexo, en ocasiones meras recopilaciones de posturas sexuales, como por ejemplo en el papiro de Turín; Los primeros escritos de literatura erótica se remontan



a la Antigua Grecia, en torno al año 400 a. C, cuando el dramaturgo Aristófanes escribió la obra de teatro Lisístrata, incluso la Antigua Roma también es rica en este género literario, cultivado entre el siglo II a. C y principios del siglo I, a esta época pertenecen los Priapeos o Priapeya, una serie de poemas acerca del dios Príapo. Aparte de los acercamientos al género de autores como Marcial, Juvenal, Plauto, Catulo y Horacio, caben destacar El arte de amar, de Ovidio, El Satiricón, de Petronio y El asno de oro, de Apuleyo, como obras más relevantes de la época.

Como se puede notar el comportamiento erótico viene adherido al ser humano, pero que a su vez puede en el erotismo expresar deseos ocultos que implican anhelos oscuros o nebulosos, es decir; desahogar las más grandes intrigas mediante conductas sexuales. Beauvoir (1955) promulga una frase que abre campo a el estudio del cual nos referimos y es que "Sade al momento de asistir a los prostíbulos COMPRA EL DERECHO DE DESENCADENAR SUS SUEÑOS." (p.18) Y es que la erótica de Sade destaca la idea del cuerpo que goza, que reclama sus derechos y toma revancha de todas las abstracciones, morales, religiosas e ideológicas. Sade pone un pare a la conducta pulcra y decente y hace un llamado a la indecencia.

Impactó en todos los fenómenos sociales existentes, el dominio ya no es necesario, na-

cimos para el placer y vivimos en pos de él, puesto que no se puede separar en paz el mal del bien para entregarse alternativamente el uno al otro, es ante el bien, y aun en función de él, que es preciso reivindicar el mal. Que su actitud superior encuentra sus raíces en el resentimiento, Sade lo ha confesado en el siguiente texto:

"Hay almas que parecen duras a fuerza de ser susceptibles, ante la emoción, y llegan demasiado lejos, lo que se le atribuye de despreocupación y de crueldad es apenas una manera, por ellas solo conocida, de sentir más profundamente que las otras" (Sade, 1793, p. 63)

Es más que claro el mar de intenciones y sentimientos que llevan en si este tipo de conductas, definitivamente una manera de desencadenar los sueños, pero también es notorio como los deseos más ocultos salen a la luz de los cuales se resaltan dos, el poder y la sumisión.

Se puede inferir de la propuesta de Sade al cuerpo como medio de disfrute y goce, pero una propuesta como la de Sacher- Masoch, creador del masoquismo, muestra un amor que lleva consigo la disolución de si como una forma de ofrendarse a otro, al amo, como una forma última de amor que entraña una esclavitud voluntaria; porque te amo me entrego y me entrego porque te amo.



Sin embargo el otro extremo no es el de sumisión, sino lo contrario el poder, para Sade (1799) el poder es un derecho que debe ser conquistado para unos, el origen social les hará más asequibles el poder, mientras que otros deben alcanzarlo en una posición de desventaja, en fin lo importante es tenerlo. Es aquí donde se expresa el fin de las obras de Sade como diría Maurice Blanchot (1949) "Los personajes de sus obras han tenido la energía de elevarse por encima de los prejuicios, contrario al resto de la humanidad." (p.113) Algo revelador puesto que señala al poder como una decisión o conquista y no como un estado, el cual solo lo reclama aquel que es capaz de obtenerlo mediante su energía. Principio que será básico en el entendimiento de la mentalidad erótica.

IMPACTO PSICOANALÍTICO

Todo lo anterior podría relacionarse entre sí, como un estudio fenomenológico, pero la mente ronda de parte del psicoanálisis otros campos de comprensión tomando un lado más médico y menos ideológico; el cual, encabezado por Sigmund Freud, establece los comportamientos eróticos en pulsiones y destinos de pulsión.

Todo radica en el concepto de pulsión, entendiendo esto como todo tipo de impulso natural a obtener algo de una manera obsesi-

va, y aplicándolo a los términos de erotismo y sado-masochismo.

Para Freud (1919) la pulsión, la cual no es una necesidad biológica ni tampoco una enfermedad, es una fuerza constante cuyo fin es alcanzar la satisfacción a través de un objeto, el cual no era liado de manera natural a la pulsión. Dicha pulsión viene en pares y se refleja en el sado- masochismo. Freud lo enmarca en un proceso que se lleva a cabo en 3 tiempos:

1. Consiste en una acción violenta, en una afirmación de poder dirigida a otra persona como objeto.
2. Este objeto a quien estaba destinada la acción violenta es resignado y sustituido por la persona propia. Con la vuelta a la acción de la persona propia se ha consumado al mismo tiempo la mudanza de la meta pulsional activa en pasiva (de martirizar a ser martirizado).
3. Se hace necesario la búsqueda de un nuevo objeto, ajeno a la persona propia, que tome entre si el papel del sujeto.

Lo interesante en los diferentes escritos de Freud (1919) como por ejemplo en el ensayo "pegan a un niño", es la curiosidad que se despierta en el mismo al encontrarse con que el centro erótico del acto no se haya en atentar contra su integridad física, sino todo lo producido en su imaginación, lo cual Sade

ya había especificado con anterioridad. En base a esto Freud expone 3 elementos de fustigación pertenecientes al deseo erótico y son:

1. Papá le pega al hermano odiado
2. Mi papá me pega
3. Le pegan a un niño

Así Freud concluye que en base a los 3 elementos de una pulsión donde el sujeto pasa de espectador a sujeto pasivo y luego a simple espectador; se puede decir que la práctica erótica de esta pulsión, primordialmente expresada en el sado-masochismo, se encuentra sostenida por una ficción, por una fantasía donde todos los personajes imaginarios provienen de otro lugar, lo cual Freud denominó como "inconsciente", y Lacan (1960) denominaría como "el discurso del otro"

ACEPTACIÓN JURÍDICA

Podríamos entonces resumir este hecho histórico en la siguiente frase de Quintiliano (c. 95 a. C) "el verbo delinquir no ha nacido para el teólogo, que sigue diciendo pecar" Aunque claro está, que no se puede negar la complementación ético-moral al momento de expedir normas de naturaleza penal y constitucional, el problema recae en enfocarse únicamente en estos aspectos sin percatarse de las necesidades o preferencias de las personas, de tratar de imponer una vi-

sión subjetiva o meramente consuetudinaria por no decir conservadora, la cual en lugar de proteger a los sujetos terminará violando los derechos de los mismos, es por ello que se debe tener en cuenta los intereses previamente mencionados (consentimiento y libertad) al momento de darle a una conducta el carácter de ilícita y punitiva.

CONSENTIMIENTO

Ahora, en lo que a prácticas sadistas y masochistas se refiere, tenemos que tener siempre presente lo previamente tratado y agregar un nuevo factor a la fórmula, el consentimiento, Antes que nada debemos definir este término el cual, según la Real Academia de la Lengua Española, se entiende en materia jurídica por: "Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente." También podríamos definirlo en términos un poco más coloquiales como: "Autorización o permiso para que se haga algo"

Con la intención de ampliar esta noción y su aplicación podemos recurrir a aquel al derecho, romano, quienes en sus normatividad y gran pluralidad de principios rectores empleaban el siguiente principio "nulla iniuria est quae in volentem fiat" que se traduce aproximadamente a "no hay injuria si ha habido voluntad", entendiéndose injuria como un daño causado, entonces el consentimiento puede significar el elemento determinante



que permita trazar la línea que divida lo que es ilícito y lo que no lo es, entre lo prohibido y lo permitido podríamos decir también.

Entonces resultaría un tanto absurdo el afirmar que una conducta configura como delito cuando el sujeto activo tiene la autorización del sujeto pasivo poseedor del bien jurídico para que se le sea “afectado”, el teórico penal y criminólogo alemán Edmund Mezger (1944) apoya esta hipótesis cuando sostiene que el sujeto no actúa antijurídicamente cuando el poseedor del bien jurídico atacado presta de modo válido su consentimiento a la acción podríamos entonces afirmar que el consentimiento cumple una función exonerativa al impedir que la conducta sea tipificada como delito.

Se debe dejar algo muy en claro y es que para que dicho consentimiento sea procedente y posea alguna validez debe cumplir con ciertos requisitos los cuales poseerán carácter acumulativo:

La más importante es la capacidad la cual recae sobre el sujeto que otorga el permiso, uno de los métodos básicos para determinar la capacidad de una persona es mediante su edad, esta es la regla general ya que la edad y la madurez biológica o mental del individuo no siempre son directamente proporcionales, es por esto que no solo se debe tener en cuenta minoría o mayoría de edad del indivi-

duo, la cual varía acorde a la legislación, sino también observar el desarrollo psicológico o mental del mismo, es decir, definir su capacidad de conocer y de determinar, así que si se establece que el sujeto que ha autorizado la acción no es un inimputable de ningún tipo o nivel, se entenderá como plenamente capaz de tomar dicha decisión.

En resumen podemos decir que para que el consentimiento sea válido para la no cualificación de un delito como tal, debe expresarse oportuna y bilateralmente entre las partes quienes serán sujetos plenamente capaces para tomar esta decisión, libre de vicio alguno, de disponer de un bien jurídico de carácter disponible del cual sea titular uno de los involucrados.

LIBERTAD

Finalmente, abordamos un elemento supremamente esencial y es el derecho disponible, que se refiere a aquellos que no afecten o comprometan el interés público y la armonía social, podemos entonces decir que solo se puede operar de manera libre y autónoma con aquellos bienes jurídicos cuya titularidad esté en manos únicamente del individuo y que no se encuentre estrechamente ligada con los miembros de la comunidad.

La ponderación de derechos es clara en el sentido de libertad, no se puede pretender

enfrentar dos derechos validados argumentando el factor pluralidad puesto que por el interés de muchos no se puede perjudicar a otro. Desde el artículo 16 hasta el 20 la Constitución despliega en si misma todo su contenido laico, especificando de forma clara la libertad de conciencia que tiene cada individuo.

Una vez especificada el caso de ilegalidad que atente contra su propia vida y que el consentimiento del sujeto valida la conducta y la hace atípica, no puede el derecho en pos de un sentido religioso prohibir las libertades de cada persona pues no solo se violarían sus libertades si no también su derecho a una vida digna, como ya lo habría expuesto el exmagistrado Carlos Gaviria en sentencia c239/97:

“... el respeto a la dignidad humana, que irradia el ordenamiento es claro, la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente al valor de la vida para sí... el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica vivir adecuadamente en condiciones de dignidad” (Carlos Gaviria, 1997, p.19)

Cada persona es libre de vivir como mejor le parezca, siempre y cuando esté sujeta a los factores de tolerancia y respeto hacia los

demás integrantes de la sociedad, y esta no puede ser quitada ya que la libertad hace parte de su dignidad humana, en el sentido de elegir como vivir.

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

No hay duda alguna de que la realización de estas prácticas es un mero desarrollo de la autonomía de la voluntad, y que no le es concerniente a nadie fuera de los participantes juzgar o intervenir de manera no grata, pero, ¿Qué pasa cuando estos actos de eróticos de naturaleza fetichista alternativa, desembocan en la muerte de una de las partes? ¿Podría el Estado en ejercicio de su ius puniendi sancionar a la parte contraria que causó este hecho?, debemos tener en cuenta muchos factores para así lograr dar respuesta a estos interrogantes, para ello debemos plantearnos nuevas preguntas, ¿las partes involucradas gozaban de la calidad de ser mayores de edad? ¿Las partes estaban en pleno uso de sus capacidades mentales y físicas? ¿Estaban estas consientes de los hechos constitutivos de la acción? ¿Existía un consentimiento libre y bilateral? Todos estos son factores esenciales al momento de dar un veredicto, si en el acto estaba involucrado un sujeto pasivo con calidad de menor de edad el cual resulta afectado, nos enfrentamos a un tipo penal consagrado en el capítulo segundo del código penal colombiano, además de una posible circunstancia de agravación si se tratará de



una persona con capacidad psicológica limitada o retraso mental usando esta cualidad para aprovecharse de ella; si el sujeto activo realizó estos actos mediante el uso de fuerza, chantaje, engaño o cualquier otro medio se verá viciado el consentimiento y por ende la acción constituirá un hecho típico, antijurídico y culpable, y por ende punible.

Estos actos particulares tienden a crear dudas además de hacer saltos a conclusiones adelantadas acerca de un castigo a estas personas, simplemente por el hecho de ser una actividad censurada ante los ojos de la sociedad, pero la verdad es que la muerte por estas prácticas encajan más adecuadamente en la institución de las acciones a propio riesgo, solo si esta no posee vicio alguno es decir, si se cumplen todos los requisitos previamente señalados: capacidad de las partes, consentimiento libre y bilateral, conocimiento de los hechos constitutivos y las posibles consecuencias. Es entonces por esto que no podríamos penalizar estas desafortunadas consecuencias, debido a que estos sujetos están al tanto de los riesgos que contravienen estos actos pero aun así los asumen, este es el precio que pagan con tal de alcanzar el nirvana de su despertar erótico.

No podríamos penalizar estas acciones bajo la adecuación típica de homicidio preterintencional puesto que si bien es cierto que se cataloga un acto como preterintencional cuando se excede la intención del agente

así como lo señala la ley 599 del 2000 en su artículo 24, también es cierto que el sujeto debe tener como propósito inicial el cometer un delito determinado, lo cual no es el caso aquí, no podríamos alegar lesiones personales como delito inicial intencional el cual debido a un determinado desenlace resultara en homicidio puesto que NO EXISTIRIAN LESIONES PERSONALES debido al hecho de que la persona requiere y consiente que se le hagan heridas o laceraciones en su cuerpo, por ende no se le estaría causando un daño a su integridad física sino por el contrario, un placer solicitado.

Sin embargo en un caso de homicidio las cosas cambian, el hecho de presentar consentimiento de la practica nos lleva a buscar el fin de estas, el cual es el placer mediante la dominación u opresión, no la muerte, por ello resulta incoherente que dentro de una práctica que solo busca el placer se termine con la vida de alguien, por eso la finalidad de la práctica que es causar lesión que en realidad es placer es atípica para el *Ius Puniendi*, pero la muerte despierta una cantidad de factores a estudiar, ¿Por qué se dio? ¿Bajo qué condiciones? ¿Qué se estaba buscando? Eh incluso ¿Qué practica se realizó? Es indispensable aclarar que las practicas sado-masoquistas son prácticas estudiadas, no se deben realizar al arbitrio de cualquiera, ellas tienen su técnica y su forma, y resulta una imprudencia aventarse a su utilización sin un conocimien-

to previo. Ahora bien como ya hemos especificado anteriormente la figura de homicidio preterintencional puesto que ya se sabe no existen lesiones personales, ahora homicidio doloso tampoco existiría puesto que a pesar de que existe el previo conocimiento constitutivo de la acción tal como lo especifica el artículo 22 del código penal no existe voluntad de su realización, así que solo quedaría el homicidio culposo el cual podría encajar perfectamente siempre y cuando se demuestre la no intención, y la falta de previsión por parte del actor. Esto demuestra la complejidad del tema puesto que aun el sistema penal colombiano no es muy claro en su posición ante un caso que cada vez más toma fuerza y que próximamente sería uno de los temas más discutidos en los estrados judiciales.

CONCLUSIONES

En vista de los resultados arrojados hasta ahora por la investigación el grupo contesta las dos preguntas bases que aproximan con la respuesta de la pregunta problema y da como conclusiones parciales:

1. El Estado Colombiano como sistema laico y pluralista debe responder cualquier conflicto jurídico de manera liberal con aras de garantizar las libertades y dar el debido respeto a prácticas personales de cada individuo.
2. Colombia a pesar de llevar más de 20

años de haber constituido una ideología laica en el País sigue siendo atrofiado por ideales religiosos que truncan las libertades de otra minoría social.

3. El honor y virtud como conceptos deben ser entendidos en términos constitucionales laicos para garantizar la igualdad y garantizar las libertades a cada quien por igual.
4. Las prácticas eróticas violentas conocidas como sadomasoquistas deben ser entendidas desde el punto de vista del consentimiento como libre voluntad de disponer de su cuerpo, ahora bien no se debe perder de vista que el fin de estas prácticas no buscan la muerte, y su ejercicio lleva largos años de preparación, lo que da alas para que en un proceso penal se puedan levantar “posibles” cargos de delito en caso de HOMICIDIO por no prever los riesgos.
5. El juez constitucional debe estar en una posición neutral y asumir cualquier caso erótico desde la perspectiva liberal siempre con el cuidado de las autonomías y libertades de los implicados en el caso.

BIBLIOGRAFÍA

- Gaviria Díaz, Carlos. (1997) Sentencia C-239 de 1997. Bogotá Colombia: Corte Constitucional



- Morales, Gregorio. (1998) Antología de la Literatura Erótica. Madrid España: Editorial Espasa
- De Bouvier, Simone. (1995) ¿hay que quemar a Sade. Francia: Editorial Mínimo Transion Vision
- Sade. (1793) Aline y Valcour. Paris Francia: Editorial Girouard
- Revista en claves del pensamiento año IV. Num.8 Julio-diciembre Pág. 29-43
- Blanchot, Maurice. (1949) Lautreamont y Sade. Francia: Meridium
- Freud, Sigmund. (1919) Ensayo Pegan a un niño. Editorial Ciencia
- Lacan, Jacques. (1960) La ética y el psicoanálisis. Editorial Boock VII
- Mezger, Edmund. (1944) Política criminal en base Criminológica Editorial Lex
- Código penal Legis. (2014) Núm. 30 Art. 24
- Quintero, Alejandra. (2007) Tertulia erótica literaria. Colombia: Editorial El callejón de las palabras