

DELITOS CONTRA LA FAMILIA

Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez

Con esa denominación contempla el Código Penal, en el Título XIV, los delitos de raptó, incesto, bigamia y matrimonios ilegales, y la supresión, alteración o suposición del estado civil.

Otras legislaciones incluyen en este género de delitos el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, por abandono económico o moral, infracción que lamentablemente se echa de menos en nuestra ley penal.

El objeto jurídico protegido es la institución de la familia, en el orden social, moral y legal.

Examinemos aquellas figuras delictivas, siguiendo el orden del Código.

RAPTO (Cap. I)

Distinguen la doctrina y la ley dos formas de raptó: el propio, violento o fraudulento y el impropio o consentido.

El raptó propio consiste en arrebatar, sustraer o retener a una mujer, mediante violencia o ardidés, con fines libidinosos o de contraer matrimonio con la raptada.

Raptó impropio es el que se realiza sobre mujeres menores de edad, con su consentimiento y con los mismos fines del raptó propio (ejecutar actos erótico-sexuales o celebrar matrimonio).

El raptó propio está previsto en el art. 349, que dice:

“El que mediante violencia física o moral o de maniobras engañosas de cualquier género, arrebate, sustraiga o retenga a una mujer, con el propósito de satisfacer algún deseo erótico-sexual o de casarse con ella, estará sujeto a las siguientes penas:

“De seis meses a dos años de prisión, si la mujer fuere mayor de edad.

"De seis meses a tres años de prisión, si fuere mayor de diez y ocho y menor de veintiún años.

"De uno a cuatro años de prisión, si fuere mayor de catorce y menor de diez y ocho, o si estuviere ligada por matrimonio válido".

Si la ofendida fuere una meretriz, las sanciones contempladas en el artículo copiado se reducen hasta en la mitad, por disposición del art. 353.

Una variedad del rapto propio es el cometido en mujeres menores de catorce años, caso en el cual hay una especie de violencia presuntiva, como que es indiferente a los fines de la ley que se haya prestado o no el consentimiento al raptor. La ley penal le niega todo valor al asentimiento de la menor de dicha edad, presumiéndola absolutamente incapaz por falta de discernimiento. Al respecto establece el art. 351:

"El que con el propósito de satisfacer algún deseo erótico-sexual, arrebatase, sustraiga o retenga a una menor de catorce años, aun con su consentimiento, estará sujeto a la pena de uno a cuatro años de prisión".

Sujeto activo - El delito de rapto puede ser cometido por cualquier persona, hombre o mujer, entendiéndose, claro está, que ésta solamente puede ejecutarlo con fines deshonestos, ya que no es posible el matrimonio entre mujeres.

Sujeto pasivo - Víctima del rapto, en nuestro derecho, no puede ser sino la mujer. El hombre puede ser sujeto pasivo de un delito contra la libertad individual, *vr. gr.*, secuestro o detención arbitraria, pero en ningún caso de un rapto. La doctrina admite la posibilidad del rapto del varón, y cada día se acentúa más la tendencia a su consagración legislativa.

La mujer, en el evento del rapto propio, puede ser o no de vida honesta. Si se tratare de una meretriz o mujer pública, las penas señaladas en el art. 349 se atenúan en la forma prevenida en el art. 353, como antes se dijo.

Elemento objetivo de la infracción - Materialmente el rapto se consuma por el hecho de arrebatar, sustraer o retener a la mujer.

Arrebatar significa tomar por la fuerza a la ofendida y trasladarla contra su voluntad a otro sitio.

Sustraer quiere decir apartar o alejar a la mujer, mediante maniobras engañosas o fraudes, del lugar donde estaba (la casa propia o ajena, el colegio, la calle, etc.) llevándola a otro sitio.

Retener es mantener a la ofendida, empleando violencia - física o moral - o engaños, en un lugar determinado, al que ella fue voluntariamente.

Medios comisivos:

- a) - Empleo de violencia física (fuerza).
- b) - Empleo de violencia moral (intimidación).
- c) - Empleo de maniobras engañosas de cualquier género, incluyendo la promesa de matrimonio.

Si se trata de una menor de catorce años, se presume *ope legis* la violencia, como atrás se expresó. En otras palabras, su aparente consentimiento para estar con el raptor es irrelevante.

Elemento moral - El factor psicológico de este delito consiste en el propósito específico de saciar la lujuria con la raptada o de casarse con ella.

En el segundo caso, cuando se obra con propósito matrimonial, debería reprimirse el hecho más benignamente, por ser menos perversa la intención. Así acontece en algunos códigos, como el italiano. Sin embargo, nuestra ley equipara el fin lascivo al nupcial, para efectos de la sanción.

Si el objetivo propuesto por el agente del arrebato, sustracción o retención no es de índole sexual ni matrimonial, el acto puede caracterizar una infracción diversa, *p. ej.*, secuestro.

Perfección del delito - El rapto se consuma cuando se cumple la acción material del arrebato, sustracción o retención de la mujer, acompañada del elemento subjetivo de que se habló, independientemente de los atentados al pudor de que luego se pueda hacer víctima a la raptada. No es, pues, necesario "que el propósito lésbico final se cumpla", como dice Fontán Balestra.

El espacio que deba recorrer el agente con la ofendida, en el caso de arrebato o sustracción, o el tiempo que deba durar la retención, para determinar la perfección del rapto, no están determinados en la ley ni se podrían delimitar anticipadamente. En cada situación concreta debe el juez decidir ese punto con prudente arbitrio, teniendo en cuenta que es factible la tentativa.

Rapto impropio - Dice el art. 350:

"Si la mujer fuere mayor de diez y seis años y hubiere prestado su consentimiento para la sustracción o retención, las penas se reducirán hasta la mitad, de acuerdo con las proporciones señaladas en el artículo anterior".

El art. 350 habla de mujer mayor de diez y seis años, sin fijar límite máximo a la edad. No obstante, los comentadores están de acuerdo en que la mujer debe ser menor de veintiún años, pues a esa edad se eman-

cipa, sale de la patria potestad y adquiere plena libertad de comportamiento, aún para separarse de la familia; y si ésta es su voluntad, para irse con un hombre o para cualquiera otra finalidad, no puede haber acción punible ni, para el caso específico del rapto, objeto que pueda ser materia de tutela legal.

En la hipótesis del art. 350 - rapto consentido por mujer mayor de diez y seis años y menor de veintiuno - la mujer debe ser de vida honesta, pues si fuere una meretriz o mujer pública no hay lugar a imposición de pena alguna, al tenor de lo prescrito en la parte final del art. 353. Recuérdese aquí que en el rapto propio, violento o engañoso, la deshonestidad de la mujer es apenas una causal de atenuación (art. 353, parte primera).

El rapto consentido se castiga porque ofende el orden de la familia.

Vacío de la ley - Por una inexplicable omisión quedó sin represión el rapto consentido de mujer de edad comprendida entre los catorce y los diez y seis años. A falta de disposición legal expresa hay que concluir que el hecho así cumplido es impune, por cuanto el juez no puede crear normas o convertirse en legislador. En ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia. *Ver - Derecho Penal Colombiano - L.C. Pérez*

Causal agravante - Las penas fijadas para las diversas especies de rapto se aumentarán hasta en una cuarta parte, dice el art. 352, si el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o la impulse a depositar en él su confianza. Este es uno de los casos del art. 317, estudiado al tratar de los delitos contra la libertad y el honor sexuales.

Causal de atenuación - La infracción que se estudia se degrada por el arrepentimiento del sujeto activo, manifestado por la devolución de la raptada a su hogar o por el depósito que de ella haga en un lugar honesto, sin haberla ultrajado sexualmente. Al respecto establece el art. 355:

"En el caso de que el responsable de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, restituyere voluntariamente a la persona raptada a su hogar o la depositare en un lugar honesto, sin haber ejecutado acto alguno erótico-sexual, las penas se reducirán hasta la mitad, según los diversos casos".

Esa conducta del responsable es indicativa de menor peligrosidad, de ánimo reparador, y resta gravedad al delito, desde todo punto de vista.

Causal de impunidad - No hay lugar a imposición de sanción alguna cuando el autor del rapto contrae matrimonio con la mujer ofendida. Así lo dice el art. 354.

Para la exclusión de la pena es indispensable que el matrimonio se

celebre en efecto, con la conformidad o libre determinación de la mujer. Se quiere decir con esto que no basta la oferta del reo de unirse en matrimonio con la víctima. A ésta no se podría obligar en modo alguno a aceptar un ofrecimiento de esa naturaleza, pues ello equivaldría a irrogarle una nueva ofensa.

El matrimonio se comprueba mediante el acta legal de su celebración, de origen notarial o, en su defecto, eclesiástico.

La razón de ser de la impunidad, por el motivo anotado, la explicaron los Comisionados para la elaboración del Proyecto de Código diciendo que el matrimonio "tiene un alcance social decisivo, que casi cancela por completo los malos efectos producidos por el rapto".

El matrimonio del raptor favorece a los cooperadores del delito, pues, como expresa Fontán Balestra, el perdón por el matrimonio está contenido en una norma que responde a una concepción de carácter general, "que tiende a evitar la trascendencia y el escándalo en esta clase de delitos y que una vez subsanado el mal, dentro de lo humanamente posible, con el casamiento, ningún objeto tiene la prosecución de la acción contra los demás imputados, con idéntico escándalo. Piénsese que la víctima sería quien podría acusar a los codelincuentes de su esposo. Ello crearía una irritante desigualdad ante la ley, que no creemos pueda defenderse fundadamente". En el mismo sentido se pronuncia Carrara.

Querrela de parte - El rapto es uno de aquellos pocos delitos que no se pueden investigar oficiosamente, es decir, requiere querrela de parte legítima. Así lo estatuye el art. 356, que indica además las personas que pueden promover la acción penal y el plazo dentro del cual debe formularse la petición.

La ley deja a la prudencia y criterio de los perjudicados con el rapto el decidir si prefieren el silencio judicial, para evitar el escándalo, o el ejercicio de la acción represiva.

El rapto y los delitos sexuales - El rapto es un delito que ofende la organización de la familia y que se consuma, como ya se vio, con el arrebatado, sustracción o retención de la mujer, cúmplase o no el fin lujurioso perseguido por el culpable, pues basta que se tenga esa intención al momento de obrar.

Mas si a la ofensa a la familia se suma un ultraje concreto a la libertad y honor sexuales de la raptada, se está frente a otro delito, que puede ser violencia carnal, estupro, corrupción de menores o abusos deshonestos, según la índole de los actos eróticos realizados, los medios empleados y la edad de la persona ofendida, delito que concurre materialmente con el rapto. Esa es la opinión de los expositores, aceptada por la jurisprudencia colombiana.

INCESTO (Cap. II)

Un solo artículo se refiere a esta infracción, el 357, que reza:

"El que tenga acceso carnal o ejecute actos erótico-sexuales con un descendiente o ascendiente, aun ilegítimo, o con un afín en línea directa, o con un hermano o hermana, estará sujeto a la pena de prisión por seis meses a cuatro años".

Sujetos activos de este delito son únicamente las personas - hombres o mujeres - ligadas por los vínculos de consanguinidad o afinidad que la ley determina: ascendientes y descendientes, hermanos y afines en línea directa.

El derecho romano distinguía el incestus juris gentium, que era el que se cumplía entre ascendientes y descendientes, y el incestus juris civiles, que era el que se realizaba entre colaterales y afines.

El parentesco, para los fines de la ley, puede ser legítimo o natural. Los hermanos pueden serlo carnales (hijos de un mismo padre y una misma madre) o solamente por vía paterna o materna.

La ley protege, en consecuencia, tanto la familia que tiene raíz legal en el matrimonio como la familia de hecho.

Elemento objetivo - El incesto se materializa por la ejecución de la cópula o de cualquier otro acto erótico-sexual.

Factor subjetivo - Estriba en la intención de realizar el acto libidinoso, con conocimiento del estrecho y prohibitivo vínculo de parentesco. La ignorancia de esta circunstancia excluye la incriminación, conforme al art. 23, ord. 2º.

Es bilateral la infracción? - Asunto harto complejo y de difícil solución es el saber si el incesto es o no un delito bilateral, es decir, si requiere un sujeto activo doble y recíproco, o si puede ser cometido por una sola de las personas de la relación incestuosa.

La cuestión tiene especial importancia a efecto de determinar la posible concurrencia criminosa con los delitos contra la libertad y el honor sexuales, como que aceptando la primera tesis, la de la bilateralidad, el concurso delictual queda excluido, lo que no ocurre en el otro supuesto.

Algunos autores, de tanto renombre como Maggiore, Manzini, Soler y, entre nosotros, Luis Carlos Pérez, sostienen que para la existencia legal del incesto es preciso que los protagonistas de la conjunción carnal o acto sexual hayan obrado de consuno, consintiendo libremente en la práctica lujuriosa, pues que si una de las partes ha sido sometida con violencia o seducida con engaño se presentará entonces la violencia carnal, o el estupro, o cualquiera otro de los delitos contra la libertad y el honor sexuales, según las modalidades y circunstancias de los actos lúbricos, con

la agravación derivada del parentesco, que equivale al "carácter" a que se refiere el ord. 3º del art. 317 (en nuestra ley penal), y no existirá en tales casos incesto punible, como delito autónomo.

Esa doctrina no ha sido acogida por la jurisprudencia colombiana ni por la mayoría de los exégetas de nuestro Código (Antonio Vicente Arenas, Angel Martín Vásquez, Gustavo Rendón). Predomina entre nosotros la tesis de que para la conformación del incesto no es condición de la esencia la bilateralidad, esto es, la teoría de que puede cometerse dicha infracción por un sujeto único y concurrir idealmente, por lo tanto, con la violencia carnal u otro de los delitos de ese Título.

A nuestro parecer y sin ocultar el temor de equivocarnos, la última de las opiniones es la correcta. Ni la redacción o texto del art. 357, ni el ordinal 3º del art. 317 autorizan para concluir afirmando que el incesto es un delito bilateral. Si el carácter a que alude el ordinal 3º del art. 317 y que es agravante para los delitos sexuales se concretara a los vínculos de parentesco a que se refiere el art. 357, tal conclusión sería lógica porque no se podría hacer una doble imposición de pena por un mismo hecho. Pero comprendiendo, como en realidad comprende, el concepto "carácter" otras situaciones diversas al parentesco limitado y que es presupuesto del incesto, no es de recibo el argumento del "non bis in idem" de los partidarios de la bilateralidad. Querrá decir que si el agente del delito sexual tiene un carácter que haga presumir una particular autoridad sobre la víctima o un depósito de confianza, por razón del parentesco, vr. gr., la calidad de padre, no se podrá agravar dicho delito con base en el ordinal 3º del art. 317 y a la vez incriminar por separado el incesto con fundamento en el art. 357. Esto es, para el caso y a nuestro juicio, debe primar la disposición especial, que es la que reprime el incesto. Así, si un padre somete a la hija menor de catorce años al acceso carnal, se tendrá un delito de violencia carnal (art. 316) y un delito de incesto (art. 357), concurrentes en forma ideal (art. 31), y el primero no podría calificarse con agravación por la causal del ordinal 3º del art. 317, por ser esa circunstancia imputable como infracción independiente, o sea el incesto.

Por otra parte, si se repara en la historia del art. 357 y en las razones expuestas por el Comisionado Dr. Lozano y Lozano para justificar la represión del incesto, se refuerza la tesis que venimos defendiendo de la concurrencia de este delito con los que atentan contra la libertad y el honor sexuales. Decía aquél en el seno de la Comisión:

"Se ha considerado indispensable la inclusión de esta especie delictuosa, pues dentro de la organización familiar actual es un acto capaz de causar alarma social y deplorables consecuencias biológicas para la especie. Dentro del deber en que se halla el Estado, de reglamentar y tu-

telar el ejercicio de la función sexual, es preciso atender a ciertas normas impuestas por la moral ambiente y por las enseñanzas científicas. El incesto, al violentar esas normas, constituye un acto antisocial que viola el mínimo ético necesario a la vida de la comunidad. Dada la gravedad de la materia nos parece posible entrar a discriminar cuáles formas de libidine podrían quedar excluidas de la represión. Ciertamente que la cópula sexual es la forma más grave del delito. Pero dada la degradación y corrupción que introduce en el hogar doméstico cualquier género de contacto sexual entre ciertos miembros de la familia, es preciso dejar a la prudencia del juez, dentro del amplio máximo y mínimo que se fija, la apreciación concreta de la pena, incluyendo en la definición de la infracción todas las formas de acercamiento de los sexos". (Acta N° 145, de Marzo 8 de 1.935).

Si el fundamento de la represión del incesto consiste, principalmente, en la degradación y corrupción a que se expone el hogar doméstico, y de otro lado en la ofensa a las reglas de la moral ambiente, con la consiguiente alarma social, tanta razón existe para la sanción del incesto recíprocamente consentido (bilateral), como para aquél en que una de las partes sojuzga o seduce a la otra, pues en ambos casos se pone en peligro la integridad del hogar y se suscita alarma, siendo ésta mayor, si se quiere, en el segundo evento.

Por último, los intereses tutelados por la ley con las sanciones para los delitos contra la libertad y el honor sexuales y para el incesto, son diversos: en los primeros se protegen la libertad y honor sexuales personales o individuales; en el segundo se trata de amparar a la familia, para evitar la lesión a su orden moral y jurídico, cuya conservación, como anota Cuello Calón, "requiere la abstención de relaciones sexuales entre personas ligadas por íntimos vínculos de sangre".

Nota final a este capítulo. - No todos los doctrinantes están de acuerdo en la naturaleza criminal de las relaciones incestuosas. Carrara, Groizard, Garraud y Mittermaier, que sepamos, se han pronunciado en contra de la punición legal del incesto. Y en algunos países, como son Francia, Bélgica, Argentina y Perú, se ha borrado esa figura de los Códigos Penales.

Sostienen los abolicionistas que el incesto es un hecho inmoral, en verdad, pero que no renúe los presupuestos intrínsecos de un delito, por falta de un interés particular o universal que justifique la intervención represiva del Estado.

Nosotros adherimos sin reserva a la juiciosa argumentación del malogrado Dr. Lozano, en pro de la incriminación legal del incesto.

BIGAMIA Y MATRIMONIOS ILEGALES (Cap. III)

La bigamia está contemplada en el art. 358. A otra clase de matrimonios ilegales se refiere el art. 359. En ambos casos se trata de celebración de matrimonios existiendo impedimentos insuperables que comprometen su validez.

Bigamia

Prescribe el art. 358:

"El que estando ligado por un matrimonio válido contraiga otro, y el que siendo libre contraiga matrimonio con una persona válidamente casada, a sabiendas de la existencia del vínculo, estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de prisión".

De acuerdo con esta disposición, incurre en bigamia (Bi=dos, Gamos=matrimonio) el que contrae nupcias estando unido por matrimonio anterior legítimo, con conocimiento de causa, y el que siendo libre - soltero, viudo o plenamente divorciado - celebra matrimonio con persona válidamente casada, a sabiendas. En consecuencia, en el delito pueden incurrir los dos contrayentes o uno de ellos.

Elementos de la bigamia:

- a) - Existencia de un matrimonio válido.
- b) - Celebración formal de un segundo o ulterior matrimonio, que será desde luego nulo absolutamente por el impedimento del ligamen anterior.
- c) - Conocimiento de la primera circunstancia, es decir, del matrimonio vigente, y voluntad dirigida a contraer un nuevo vínculo o a casarse con la persona así impedida, con prescindencia de cualquier otro propósito específico.

Los dos primeros elementos integran objetivamente la infracción (el factum), mientras que el tercero constituye su factor moral o doloso (el ánimus).

Primer elemento - Existencia de matrimonio válido. Matrimonio válido es el que ha sido contraído con la plenitud de las exigencias legales, sustanciales y formales, de modo que no pueda ser anulado. Puede ser civil o canónico, celebrado en Colombia o en el extranjero.

La validez del matrimonio anterior, a pesar de ser una cuestión civil, puede ser calificada por el juez penal, para el único efecto de la re-

presión, esto es, para decidir si existió o no el delito de bigamia. Pero si al tiempo de realizarse el segundo matrimonio se había demandado ya la nulidad del primero ante los jueces competentes (civiles o eclesiásticos, según el caso), el juez penal no puede llamar a juicio mientras no se haya decidido definitivamente esa cuestión. Pero la suspensión del proceso penal no puede exceder de un año, ni impide que se adelante la investigación. Si al cabo de ese término no se ha fallado el asunto por el juez civil o canónico, el juez penal adquiere competencia para resolver al respecto, pero simplemente con el fin de aplicar la ley penal (art. 21 del C. de P. P.).

La validez del matrimonio es una de las llamadas "cuestiones prejudiciales", materia que se estudia en el procedimiento penal.

El matrimonio puede no ser válido por adolecer de un vicio de nulidad absoluta, *vr. gr.*, por mediar entre los contrayentes un estrecho parentesco, o por haberse declarado judicialmente responsable a uno de los contrayentes de la muerte del anterior cónyuge. También puede no ser válido el matrimonio por la existencia de una nulidad relativa, por ejemplo, vicio de error o fuerza en el consentimiento, falta de capacidad para casarse, incompetencia del funcionario que presencie el acto.

Las nulidades relativas se sanan por hechos subsiguientes dependientes de la voluntad de la parte que pueda alegarlas, o por el simple transcurso del tiempo, en las condiciones de la ley.

Las causas de nulidad, absolutas y relativas, están señaladas en la ley civil y en el derecho canónico.

En los casos de nulidad absoluta no hay delito de bigamia si se celebran nuevas nupcias, háyase o no demandado judicialmente la anulación del primer matrimonio. Esta cuestión sólo tendría importancia procesal y se resolvería de conformidad con lo dispuesto en el art. 21 del C. de P. P. Un matrimonio afectado de una nulidad irreparable no puede llegar a tener validez. En esas condiciones faltaría, pues, para la integración del delito de que se trata, el primero de sus elementos.

Distinta es, a nuestro modo de ver, la situación que se plantea cuando el primer matrimonio adolece de una nulidad simplemente relativa, caso en el cual no puede negarse siempre la bigamia, como lo sostiene el profesor Luis Carlos Pérez, cuando dice: "Si estando pendiente la nulidad relativa, esto es, antes de quedar subsanada, los contrayentes pasan a otras nupcias, no existe bigamia".

Haciendo un paréntesis, conviene observar que si la nulidad relativa ha sido declarada judicialmente, antes del segundo matrimonio, es como si no hubiese existido el primero y lógicamente no puede haber bigamia. Y al contrario, si la nulidad se ha saneado, antes de la celebra-

ción del segundo matrimonio, por uno cualquiera de los motivos de la ley, es como si ella no hubiera existido y consecuentemente la bigamia es perfecta con las nuevas nupcias.

Siendo que la nulidad relativa se deja prácticamente a la voluntad de los contrayentes, y que hay que alegarla en plazos más o menos cortos, creemos que sólo podría negarse la bigamia cuando por lo menos se propusiese la demanda de nulidad del matrimonio dentro de los términos y condiciones que le dan viabilidad y aceptara luego, aunque ese reconocimiento en juicio viniera con posterioridad al momento de la celebración del segundo matrimonio. Sería esa una cuestión prejudicial, de las contempladas en el art. 21 del estatuto procesal.

Acogiendo la tesis del Dr. Pérez, según la cual "si estando pendiente la nulidad relativa, esto es, antes de quedar subsanada, los contrayentes pasan a otras nupcias, no existe bigamia", se podría llegar a incongruencias inadmisibles y contrarias al derecho y al texto del art. 358 del Código Penal. Supongamos este caso: Un individuo está ligado por un matrimonio al cual fue sin pleno consentimiento, por un error o con violencia (nulidad relativa), y lleva normalmente su vida conyugal, a pesar del vicio del vínculo. En esas circunstancias y sin pensar siquiera en demandar la nulidad del acto, resuelve casarse con otra mujer y así lo hace, con observancia en este segundo matrimonio de todas las solemnidades del contrato. Así las cosas, pasa el tiempo hábil que tenía ese contrayente para incoar la acción de nulidad del primer matrimonio, o se cumplen las condiciones que la subsanan. Reparada la nulidad, es como si no hubiese existido y, por lo tanto, el primer matrimonio hay que reputarlo válido desde el instante de su celebración, pues eso ocurre en todos los actos jurídicos en casos de posibles nulidades relativas no alegadas oportunamente. Con el criterio del Dr. Pérez, en la hipótesis referida no habría delito de bigamia, no obstante la existencia del matrimonio anterior válido; de que se contrajo un segundo matrimonio, y de que se obró maliciosamente, es decir, conociendo el impedimento. Esa solución sería contraria a la ley y pugnaría concretamente con lo prevenido en el art. 358 del Código Penal.

Continuando la explicación del primer elemento de la bigamia, es de anotar que si el agente procede a contraer matrimonio, en la creencia de que uno anteriormente celebrado aún existe, habiéndose en realidad extinguido por muerte del cónyuge, circunstancia ignorada por él, se tiene un delito imposible de bigamia, punible conforme al art. 18 del C. P. Esta es también la opinión de Antonio Vicente Arenas y Luis Carlos Pérez.

La misma solución - afirmación del delito imposible - debe darse a la situación creada cuando se contrae matrimonio en la errónea creencia de que el anterior era válido, no siéndolo.

Error esencial de hecho - El error de hecho disculpable, proveniente de buena fe y por motivos excusables, de que el primer matrimonio se disolvió por muerte del cónyuge, no habiendo ocurrido ésta, exime de responsabilidad, si se contrae nuevo matrimonio, de conformidad con lo estatuido en el ord. 2º del art. 23.

La declaración civil de muerte presunta no autoriza para casarse de nuevo, por cuanto que no disuelve el matrimonio. Esa circunstancia podría simplemente contribuir a la formación del error esencial de hecho, que es el que sirve de excusa absoluta.

o o o

Para finalizar los comentarios acerca del primer elemento componente de la bigamia, es oportuno apuntar que en otras legislaciones, como la española, no se exige para la tipicidad de este delito la validez del primer matrimonio, sino simplemente que éste no se hubiere disuelto legítimamente, lo que hace posible la configuración de la bigamia no obstante que el anterior matrimonio sea nulo o anulable, si no se ha hecho previamente a la celebración del segundo matrimonio la declaración judicial correspondiente. Quiere ello decir que en las leyes que hacen consistir la bigamia en el hecho de contraer segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior, se puede ser bigamo aunque el primer matrimonio no se hubiere celebrado válidamente, esto es, "sin haber estado casado legalmente", como dice Cuello Calón.

Segundo elemento - El acto que concreta materialmente la bigamia es el de contraer segundo o ulterior matrimonio, estando impedido o con persona impedida por la presencia de un matrimonio perfectamente legítimo.

El nuevo matrimonio debe ser contraído con observancia de todas las formalidades legales y sin otro vicio distinto del matrimonio anterior, pues si resultare afectado sustancialmente por otra causa no habría bigamia; se trataría de un delito imposible, a lo sumo.

Si se contraen varios matrimonios, habiendo uno anterior válido (poligamia o poliandria), habrá tantos delitos cuantos matrimonios ulteriores, concurrentes en forma real o material y punibles conforme al art. 33.

Tercer elemento - El factor psicológico de la bigamia es de orden doloso y radica en la voluntad orientada a contraer nuevo matrimonio, con conocimiento del impedimento propio o del cómplice por razón del matri-

monio vigente, sin referencia a ningún fin específico. En consecuencia, cualquier propósito perseguido por el bigamo, de índole sexual, venal, afectivo o sentimental, es ajeno al delito y apenas servirá como criterio genérico para la individualización de la pena dentro de los límites fijados en la correspondiente disposición.

Naturaleza de la infracción. - Momento consumativo. - Prescripción de la acción. - Tentativa.

El delito de bigamia es formal e instantáneo. Se consuma en el momento en que se cumple el nuevo matrimonio, no siendo necesaria la cohabitación, cópula o cualesquiera otra eventualidad. De ahí que pueda concurrir con el estupro, como se explicó al hablar de este ilícito.

Siendo la bigamia un delito instantáneo, como lo sostiene la opinión más generalizada, la prescripción de la acción penal debe contarse a partir del momento en que se formalizare el segundo matrimonio, aunque los efectos del delito se puedan calificar de permanentes.

Algunos autores, como son Manzini y los argentinos Fontán Balletra, Gómez y Oderigo, niegan la posibilidad de la tentativa en la bigamia. Pero muchos otros, entre ellos Carrara, González Roura, Soler y Cuello Calón, la admiten. Creemos que la razón está de parte de los segundos. A pesar de ser la bigamia un delito instantáneo, es factible distinguir en su iter criminis momentos o etapas, que van desde los actos preparatorios hasta los consumativos; y aún la ejecución supone en este caso cierta dilación, un acto más o menos largo, cual es la ceremonia del matrimonio, que puede ser iniciada y verse interrumpida o impedida por causa extraña al delincuente. Todo delito de iter criminis divisible admite el conato.

Concurso de la bigamia con la falsedad documentaria.

Frecuentemente el bigamo recurre a la falsificación de las pruebas de su estado civil (actas de nacimiento, etc.) para burlar al otro contratante y a los funcionarios que deben intervenir en el acto, o únicamente a estos últimos. En esos casos hay un verdadero concurso criminal de la falsedad en documentos y la bigamia, concurso que es real o material.

Matrimonios ilegales.

Matrimonios ilegales punibles, como claramente se desprende del art. 359, son los que se contraen a sabiendas de que existe un impedimento dirimente, que ha de ser distinto al de matrimonio anterior, pues en este caso la infracción específica sería la bigamia. La bigamia es una especie

de matrimonio ilegal, por cuanto que para el nuevo matrimonio media un impedimento dirimente, cual es el vínculo matrimonial anterior. Pero la ley da al hecho una distinta denominación jurídica, aunque sin consecuencias para la penalidad, por cuanto que la bigamia y los otros matrimonios ilegales aparejan la misma sanción: prisión de seis meses a dos años.

El art. 359 establece:

“A la misma pena (la señalada para la bigamia en el art. 358) estará sujeto el que teniendo impedimento dirimente para contraer matrimonio, lo contrae a sabiendas, y el que, a sabiendas, se casa con la persona impedida”.

Impedimentos dirimentes son los que impiden la celebración del matrimonio, bajo sanción de nulidad irreparable. En el derecho civil tales impedimentos están contemplados en los arts. 140 del código de la materia y 13 de la ley 57 de 1.887, y son, entre otros: la identidad de sexos, ser el varón menor de catorce años y la mujer menor de doce, la falta de consentimiento, ser reo de conyugicidio, la consanguinidad estrecha, la afinidad en línea directa y primer grado, la adopción y el matrimonio anterior. En el derecho canónico, que es el aplicable a los matrimonios entre católicos, se encuentran impedimentos dirimentes, dispensables algunos de ellos, en los cánones 1067 a 1080; entre esos impedimentos están la disparidad de cultos, la orden sagrada, la impotencia para la cópula, el conyugicidio y el adulterio, la afinidad y la consanguinidad en cierto grado, y la edad menor de catorce años en la mujer y diez y seis en el hombre.

Para la estructuración del delito en cuestión se requiere que el agente obre “a sabiendas” de que está impedido para la unión por uno de aquellos motivos, o que lo está la persona del contrayente. A sabiendas quiere decir con pleno conocimiento de lo que se hace y con conciencia de la ilicitud de la conducta.

SUPRESION, ALTERACION O SUPOSICION DEL ESTADO CIVIL (Cap. IV)

Estado civil es la posición o situación jurídica que las personas tienen con respecto a sus vínculos de familia. Los hechos o actos de los cuales surge (nacimientos, defunciones, matrimonios, legitimaciones, adopciones, etc.) se deben hacer constar en registros especiales - civiles o eclesiásticos - establecidos para ese efecto y destinados a su prueba legal.

En orden a proteger el estado civil nuestra ley penal sanciona, en el art. 360, a quien ocultare o cambiare un niño para suprimir o alterar su estado civil, y al que hiciere inscribir en los registros a un niño inexistente. Dice así la disposición:

“El que ocultando o cambiando un niño suprime o altere su estado civil o haga inscribir en los libros parroquiales o notariales un niño que no existe, estará sujeto a la pena de uno a cinco años de prisión”.

Sujeto activo de esta infracción puede ser cualquier persona.

Sujeto pasivo del reato es el niño cuyo estado civil se suprime o altera, entendiéndose por niño el que no ha cumplido siete años, de acuerdo con el art. 34 del Código Civil.

Nuestra ley no contempla en este artículo la supresión o alteración del propio estado civil, ni el de terceros mayores de siete años. Las maniobras tendientes a ese fin pueden constituir otra clase de infracción, *vr. gr.*, falsedad en documentos.

La acción típica del delito consiste en el ocultamiento o cambio maliciosos de un niño, de tal modo que se suprime o modifique su estado de familia. También se incurre en el ilícito por la inscripción en los libros notariales o parroquiales de un niño que no existe.

Ocultar un niño es para el caso impedir que se conozca la verdadera condición de familia que le pertenece.

Cambiar un niño es sustituirlo o ponerlo en lugar de otro.

Suprimir el estado civil es impedir su prueba por la no inscripción o denuncia del nacimiento ante la autoridad competente, dejando a la persona sin filiación cierta.

Alterar el estado civil es darle al individuo una situación de familia que no es la verdadera. Esto ocurre cuando se hace una falsa declaración en la inscripción, acerca de la filiación que al niño corresponde.

La suposición del estado civil se tiene cuando se hace anotar en los libros correspondientes a un niño que nació muerto, o que murió al nacer, o que nunca existió.

El delito en cuestión se perfecciona por el hecho de suprimir, alterar o simular el estado civil, por medio de la ocultación, cambio o suposición de un niño, independientemente de cualquier fin específico y de que se ocasione o no perjuicio.

Causas de atenuación. - El art. 361 prevé como motivos degradantes de la infracción:

- a) - El fin de favorecimiento del niño, sin usurpación de los derechos de otro.
- b) - La salvaguardia del honor propio o de un allegado.
- c) - La evitación de un grave e inminente peligro para el niño.

Tal artículo dice:

“La pena anterior se reducirá hasta en la mitad en los casos siguientes:

“1º) - Si la alteración del estado civil tuviere por objeto favorecer a una persona, sin pretender que ocupe el lugar de otra cuyos derechos se usurpen.

“2º) - Si el responsable de cualquiera de los delitos previstos en el artículo anterior lo cometiere, con el propósito exclusivo de salvar su honor o el de su mujer, su madre, su descendiente, su hija adoptiva o su hermana, o para salvar al niño de un grave e inminente peligro”.

En dichas hipótesis no sólo se justifica la atenuación de la sanción sino que debería ampliarse el arbitrio judicial, facultando al fallador incluso para otorgar el perdón judicial o eximir de responsabilidad, por la bondad del motivo determinante.