

señalar inequívocamente cuál es el Tribunal competente para conocer del juicio contencioso.

En cambio, cuando la Nación es la demandante rige la regla general del FORUM DOMICILII REI y corresponde conocer de la acción que el Estado intenta contra un particular al Tribunal de la vecindad del demandado.

En ambos casos se atiende a la más fácil defensa de los intereses del demandante y del particular demandado.

Cuando un Departamento es demandado, conoce del juicio el Tribunal Superior del mismo, y si en el Distrito Judicial hay varios, el de la capital.

Así, si se intenta una acción contra el Departamento de Caldas por un particular, vecino de Bogotá, Medellín, Cali o Manizales, el Tribunal Superior competente para conocer del juicio es el de la última capital.

Cuando el Departamento comparece como actor, se sigue el principio general del fuero del demandado, y por lo tanto, conoce del negocio contencioso el Tribunal Superior que corresponda a la vecindad del reo.

Si el Departamento de Antioquia demanda a un vecino de Bogotá para que se declare en sentencia la obligación de pagar una cantidad líquida de dinero, conocerá del juicio ordinario o del ejecutivo, el Tribunal Superior de Bogotá.

El art. 157 del C. J. que rige la competencia en materia penal, en asuntos no atribuidos al Senado, la Corte Plena y sus Salas, se puede considerar como modificado o adicionado por los arts. 55, 56 y 57 de la Ley 94 de 1938, o sea, por el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo el art. 158 del C. J. se entiende reformado o complementado por los arts. 50 y 53 de la misma Ley 94 de 1938, los cuales, dicho sea de paso, presentan en la práctica, al determinar la competencia, mayores problemas que el precepto primitivo, el que adoptaba un criterio más firme, seguro y claro en cuanto a dicha materia.

Porque es más fácil saber, cuando se investigan a la vez varios delitos que corresponden a diversas jurisdicciones, cuál es el funcionario de mayor categoría, para concluir que a él le corresponde el conocimiento de ambos hechos criminosos, como lo reza el art. 158, que ponerse en la labor de determinar cuál es el delito más grave, que es el criterio adoptado por el actual Código de Procedimiento Penal.

DERECHO PENAL COLOMBIANO

Por el Dr.

Gustavo Rendón G.

(PARTE ESPECIAL)

DELITOS CONTRA LA FAMILIA

TITULO XIV

Marcada significación se ha atribuído en la organización de la sociedad a la familia, considerándosela como institución en que no sólo las relaciones de parentesco, sino intereses morales y afectivos, profundamente arraigados por obra de la tradición y las costumbres, vinculan a sus elementos de manera estable, para la realización de fines comunes, materiales o espirituales.

En su sentido propio, la familia es el grupo de personas, derivadas de un mismo tronco y unidas por el parentesco, pero a este concepto se agrega ya para una cabal interpretación sociológica, la influencia modeladora de las tradiciones y costumbres, incorporadas a su organización, que hacen de la familia una institución o estructura, distinta a sus miembros, acreedora dentro de las relaciones sociales a ciertos fueros, y considerada como depositaria de un patrimonio moral que mantiene unidos a su miembros.

Jurídicamente la familia se funda entre nosotros en el matrimonio monógamo, única forma de unión legalmente reconocida, pero ello no obsta para que se admita la existencia de la familia que se ha formado u originado de una unión fuera del matrimonio, es decir, sin sujeción a él, desde el momento mismo en que la ley reconoce el parentesco natural y funda derechos y obligaciones familiares al respecto.

La ley penal en esta materia tutela, dentro de su órbita, los intereses sociales y morales de la familia, intereses que son distintos jurídicamente a los de las personas que la integran, atribuyendo a ciertos hechos consecuencias específicamente nocivas para esa institución, por cuanto amenazan su fundamento mismo (el

matrimonio), afectan su estabilidad o lesionan su prestigio moral.

Los delitos contra la familia son regularmente infracciones formales, que no requieren para su integración el cumplimiento material de las finalidades que el agente se propone al ejecutar los hechos, y que traen como consecuencia general, cuando los propósitos son alcanzados, el concurso formal de delitos, dado que fuera del daño a la familia, propiamente dicha, otro daño recae sobre la persona directamente sometida a la acción del delito.

Este es un problema que en sus aspectos principales toca con los delitos contra la libertad y el honor sexuales. Entre los hechos que atentan contra la familia están incluidos delitos de naturaleza sexual, como el rapto y el incesto (la bigamia en algunos casos), que por la influencia dañosa que ejercen sobre la familia, se estiman como delitos contra esta institución, pero que apreciados concretamente se imponen en primer término como delitos contra la libertad y el honor sexuales, cuyo sujeto pasivo es la persona directamente ofendida en su libertad o en su honor.

Como son distintos los intereses de la familia, en su sentido institucional, que los de sus individuos, y de carácter especial los delitos que contra ella se producen, resulta cierto que en los casos en que la infracción ofende intereses familiares y personales, hay una doble violación penal integrante de un concurso formal o ideal de delitos. Esto no ocurre en todas las legislaciones penales porque en muchas los delitos contra la familia, entre ellos el incesto y el rapto, son clasificados entre los contra la honestidad, atendiendo a la finalidad inmediata de tales delitos. En cambio, el C. P. colombiano da un contenido propio a los delitos contra la familia, que no excluyen las demás infracciones resultantes de los hechos, como podremos verlo al estudiar en particular el rapto, el incesto y la bigamia.

Son delitos contra la familia en nuestra ley penal, los siguientes: **Rapto, incesto, bigamia y matrimonios ilegales, y supresión, alteración o suposición del estado civil.** Cada uno de ellos quebranta el orden familiar en campos diferentes, algunas veces relacionados en forma concreta con un determinado grupo familiar y otras con la institución de la familia, entendida en su concepto abstracto de institución social.

Analizaremos ahora cada uno de los delitos enunciados.

— RAPTO —

En su acepción común se entiende por **rapto** el hecho de llevarse o de sustraerse de su domicilio, con propósitos deshonestos, a una mujer empleando violencia o maniobras engañosas. Legalmente el delito de rapto no se limita al hecho definido, haciendo más amplio el concepto, tanto en lo relativo a la acción física del delito, como en cuanto a los medios y finalidades. Así, hay rapto violento, rapto por seducción o engaño y rapto consentido o consensual; hay rapto con fines deshonestos y rapto para contraer matrimonio, y desde el punto de vista de la acción física, hay rapto por sustracción, por retención y por arrebató, acciones éstas de distinta significación.

Elementos del delito de rapto

En una forma general, pues son distintas las especies de este delito, podemos enunciar los elementos constitutivos de la infracción, advirtiendo desde ahora que al examinar en concreto todas las modalidades que ofrece, señalaremos las modificaciones que se provocan en sus elementos integrantes.

Sujeto Activo. Si se parte de la base de que el rapto es un delito cometido siempre para satisfacer un deseo erótico-sexual o contraer matrimonio con la ofendida, se comprenderá que el agente propio del ilícito es el hombre, aunque tratándose de la primera finalidad enunciada —satisfacer un deseo erótico-sexual— podría ser la mujer sujeto activo del rapto. En el segundo caso nó, puesto que el rapto recae únicamente sobre la mujer.

Sujeto pasivo. Es siempre la mujer quien puede resultar ofendida directamente con el rapto. No existe el rapto de varón, lo

que lleva a la tesis de que hechos que en su acción física o material aparentan las condiciones del rapto, pero de los cuales es víctima el hombre, sólo podrían constituir delito contra la autonomía personal y no contra la familia.

No todos encuentran explicable que el rapto sólo recaiga sobre la mujer y que no se considere en igualdad de condiciones el hecho cometido con las mismas finalidades sobre un varón, que en realidad puede ser víctima de la acción material del rapto y de sus finalidades libidinosas, especialmente si se trata de menores. Sin embargo, la limitación que la ley hace al sexo femenino encuentra su explicación jurídica y racional en la naturaleza misma de los intereses que resultan afectados con el delito de rapto. No puede perderse de vista que, formalmente, este delito no es contra la persona, sus derechos o sus prerrogativas; es contra la familia en su integración moral, su organización y sus costumbres, y es evidente que en estos aspectos el daño es propio cuando el miembro de esa acción del rapto es una mujer.

De acuerdo con esto, aunque directamente sobre la mujer recae el delito, en un sentido jurídico estricto el verdadero sujeto pasivo, lesionado con el hecho, es la familia.

En sí mismo el rapto no es un delito que necesariamente ataque el pudor de la víctima, si bien puede resultar contra ella, por los fines que el agente se ha propuesto, una ofensa a su honestidad. Tampoco es delito que esencialmente ataque la autonomía o libertad personal puesto que hay rapto consensual. Lo que lesiona y afecta es la familia.

Explicando este problema afirma el Dr. Diego (hijo) en su libro titulado "El Rapto", lo siguiente:

"Tanto en el rapto violento como el consensual, la sociedad recibe un daño, una de sus bases se perturba, la familia que ve la desaparición de una hija experimenta una conmoción que la lacera porque tiene la conciencia de que uno de sus miembros más delicados marcha a la desgracia, ha tomado un camino que no garantiza su moralidad futura, y el buen orden y sana marcha de esa institución que es base de la patria se encuentra alterada siempre por ese hecho, sea cual fuere el fin de la sustracción y las ofensas individuales y problemáticas que recibe el pudor de la que se ha

dado en llamar ofendida. El rapto en cualquiera de sus formas ataca el orden de la familia".

Es, pues, la familia verdadero sujeto pasivo del rapto y la ofensa recae contra ella porque el daño que se causa a uno de sus miembros lo recibe socialmente la institución.

Propósito. Este elemento es el que caracteriza el delito de rapto y el único que sirve para distinguirlo de otras infracciones, que atentan contra la autonomía personal, como el secuestro. Es impropio, jurídicamente, hablar de rapto si no existe el propósito específico que la ley le asigna a este delito. Por lo tanto no consideramos acertado afirmar, como lo hace el autor que hemos citado, que se comete rapto "sea cual fuere el fin de la sustracción", dado que la individualidad del delito depende, precisamente del fin erótico sexual o matrimonial del agente. De no ser así, se confundiría el rapto con el secuestro, con ciertas formas de extorsión, etc., en las que no cabría suponer afectado el orden familiar, moralmente considerado.

Respecto del elemento intencional cabe distinguir dos finalidades del rapto:

- a).—Satisfacer un deseo erótico-sexual, y
- b).—Contraer matrimonio con la raptada.

La primera finalidad conlleva un propósito manifiestamente deshonesto del agente que pretende realizar con la raptada, consintiéndolo ella o no, actos erótico-sexuales, bien sea el acceso carnal u otro cualquiera, pues no es preciso que se trate siempre de realizar la cópula.

Porque el agente procede con ese ánimo hay delito de rapto, cumplida la acción física de sustraer, retener o arrebatarse a la mujer, lo que quiere decir que no es necesario que los fines se realicen o, más claramente, que hay rapto, ejecute o no el raptor los actos eróticos propuestos.

Esta forma de rapto es denominada por algunos autores, en atención a sus fines, **rapto libidinoso**.

El carácter formal que adquiere el delito, por razón de no ser necesario que el propósito se cumpla, es el fundamento jurídi-

co para admitir el concurso ideal de delitos, cuando los hechos erótico-sexuales ejecutados sobre la raptada son a su vez infracciones penales, en cualquiera de los casos de los ya estudiados como delitos contra la libertad y el honor sexuales (violencia carnal, estupro, abusos deshonestos, corrupción de menores, etc.).

Para este efecto precisa hacer las siguientes distinciones:

1a. — Se comete el delito de rapto, pero porque el agente desiste o no logra llevar a término los actos propuestos, no se produce ningún hecho erótico-sexual sobre la ofendida. En este caso hay delito de rapto, pues como ya lo expresamos, el delito no depende del logro de la finalidad.

2a. — Se comete el delito de rapto y el agente criminal satisface las finalidades erótico-sexuales propuestas, pero estos hechos, bien por la víctima prestar su consentimiento para ellos o por otra causa jurídicamente apreciable, no alcanzan a integrar delito contra la libertad y el honor sexuales. En este caso, aunque los actos libidinosos no constituyan delito, subsiste el delito de rapto.

3a. — Se comete el delito de rapto, ya sea con el empleo de medios violentos, por seducción o con el consentimiento de la raptada, y se logran las finalidades erótico-sexuales pretendidas por el raptor, pero en condiciones de tal naturaleza que, independientemente, del rapto, esos hechos asumen caracteres delictuosos. En ese caso, fuera del rapto, como delito contra la familia, surge una infracción distinta, de que es ofendida inmediata y directa la mujer raptada, que va a lesionar su libertad u honor sexuales. Supongamos, por ejemplo, que el raptor obtiene el acceso carnal violentando a su víctima. El rapto no sería el único delito, pues a éste habría que agregar la violencia carnal, lo que convierte a aquél en medio del delito contra la libertad sexual. El raptor seduce a la ofendida, con engaños o con promesa de matrimonio. En este supuesto habría rapto y estupro. Lo mismo puede decirse en relación con los abusos deshonestos y la corrupción de menores.

Pero aunque en los casos enunciados el rapto es medio para la comisión del delito sexual, propiamente dicho, debe tenerse presente que los medios de ejecución del primero no se incorporan necesariamente al delito fin, ya que es posible que éste ocurra en

condiciones distintas a las del rapto. Así, ocurrido un rapto violento, esa violencia no se incorpora al hecho sexual que se realice, que bien puede ser consentido por la ofendida, no obstante el modo como se la arrebató o sustrajo de su hogar. Quiere decir lo anterior que el delito contra la libertad o el honor sexuales se estructura independientemente del rapto y que para nada influyen los elementos del segundo en el primero.

Cuando ambos hechos —el rapto y el acto sexual— son delitos de por sí surge un concurso ideal o formal de delitos. Depende de la naturaleza del concurso de que uno de los delitos —el rapto— es infracción puramente formal, que se convierte en medio del otro delito, directamente lesivo de un derecho personal (libertad u honor), puesto que, desde el punto de vista del agente, el hecho es uno, como una es la finalidad que se propone. Pero ambos delitos tienen su propia integración legal: el uno como ofensivo de la persona y el otro como lesivo de la familia, intereses que son completamente distintos para los efectos legales.

Todo lo anterior se relaciona con el rapto cometido con un fin libidinoso.

Respecto del rapto cometido para contraer matrimonio con la mujer raptada es de observarse que el hecho fin no es, como en los casos anteriores, un hecho ilícito. Por ello celebrado el matrimonio no hay lugar a sancionar el rapto.

Por sus propias características el rapto destinado a obtener un matrimonio, no es un hecho que se cometa contra la voluntad de la mujer, puesto que difícilmente podría obligársela a contraer. Por lo general el delito va encaminado a crear una situación de hecho, a provocar el asentimiento de una familia opuesta al matrimonio, que por otro medio sería para el agente imposible conseguir. Es, pues, una coacción a la familia, para imponerle un matrimonio que voluntariamente no acepta para uno de sus miembros.

Aunque la finalidad no es deshonesto el delito de rapto existe, y de no llevarse a término el matrimonio, se sanciona. El matrimonio viene a servir para eximir de responsabilidad al agente, en las mismas condiciones que en los delitos contra la libertad y el honor sexuales.

Distintas modalidades presenta el delito de rapto, de las cuales vamos a ocuparnos, lo mismo que de los medios de ejecución, otro de sus elementos estructurales que permite distinguir las especies de esta infracción.

En primer término, desde el punto de vista de la intención del agente, hay que distinguir el **rapto libidinoso** y el **rapto para contraer matrimonio**, especies éstas cuyas características anotamos al estudiar el elemento propósito.

Desde el punto de vista de la acción del agente y modos de ejecución del hecho, el rapto puede ser **violento**, **por seducción** o **consensual**, de una parte, y **por sustracción retención** o **arrebato** de la ofendida.

Por las condiciones de la raptada se hacen distinciones en razón de la edad y honestidad.

Siguiendo el orden de nuestro código vamos a estudiar estas diversas formas.

Art. 349.—“El que mediante violencia física o moral o de maniobras engañosas de cualquier género, arrebate, sustraiga o retenga una mujer, con el propósito de satisfacer algún deseo erótico-sexual o de casarse con ella, estará sujeto a las siguientes penas....” (a continuación se señalan las penas según la edad de la raptada).

El rapto a que se refiere la disposición transcrita comprende las siguientes formas: Libidinoso y para contraer matrimonio; violento y por seducción, y por retención, sustracción o arrebato de la mujer.

Rapto violento.—Ocurre cuando el agente lleva a término el delito empleando la violencia física (fuerza) o la violencia moral (intimidación). Estos medios tienen en cuanto al rapto la misma significación e igual alcance que los atribuidos a los delitos contra la libertad y el honor sexuales, por lo que es inútil entrar en más explicaciones al respecto.

Conviene insistir sí en la consideración de que la violencia del rapto no se comunica al hecho libidinoso que el agente realice porque se trata de un medio de comisión cuya operancia se refiere propiamente al rapto. De suerte que el acto sexual que se consume —caso de consumarse— se ajustará para su apreciación penal a las circunstancias en que se cumpla y de las cuales pueda depender su carácter delictuoso.

Rapto por seducción.—En este caso el delito se comete empleando el agente con relación a la ofendida maniobras engañosas de cualquier género, como las que corresponden al delito de estupro, inclusive la promesa formal de matrimonio. En esta clase de rapto, si los deseos sexuales del agente se cumplen, puede ocurrir que los medios engañosos empleados para el rapto obren igualmente para la víctima acceder a los deseos del raptor, lo que daría lugar a que se consumara el delito contra el honor sexual, a más del rapto. Pero puede suceder, también que el engaño no sea sino para el rapto, no para el acto sexual, y en ese caso, salvo condiciones propias de la ofendida, sólo habría delito de rapto.

Formas materiales del rapto.—Tradicionalmente y en su acepción gramatical el rapto se ha entendido como la acción de sacar, sustraer o robar a una mujer de su casa o domicilio, con fines deshonestos o matrimoniales, significación un tanto constreñida en su objetividad y que necesariamente no concuerda con la concepción legal del delito, que en su estructuración material se cumple en una de las siguientes formas:

a).—**Arrebatando a la ofendida**, acción que es propia para indicar el rapto violento, como que el apoderamiento presupone que el agente quita o toma con el empleo de la fuerza. No es preciso para que haya delito de rapto que la mujer arrebatada se encuentre en su casa, domicilio o habitación, pues este concepto locativo no tiene mérito alguno desde el punto de vista jurídico. La mujer puede estar en su casa, fuera de ella o en domicilio extraño y en todos esos casos puede ser raptada, al quedar bajo el dominio del agente y fuera de la tutela de su familia;

b).—**Sustrayéndola**, acción que entraña el hecho de llevar, separar, apartar a la víctima del lugar donde se encuentra, sea o no su domicilio o residencia;

c).—**Reteniéndola**, medio que es propio para hacer que la

persona permanezca en un lugar, a disposición de otra, cohibiéndola para apartarse de ella.

Las dos primeras formas entrañan un concepto en cierto sentido positivo del delito en cuanto indican que la raptada es trasladada por el raptor de un lugar a otro. En cambio, la tercera no supone traslación, sino permanencia o conservación de la víctima en sitio impuesto por voluntad del raptor.

Edad de la raptada

La edad es tenida en cuenta para el delito de rapto, tanto cuando se trata de las formas que ya hemos analizado como con relación al rapto consensual.

Veremos, de acuerdo con el artículo 349, cuyo examen haremos, la influencia de este factor para determinar la penalidad:

Mayores de edad.—Si la raptada es mayor de 21 años y el delito se ha cometido empleando violencia o por seducción, sea para satisfacer un deseo erótico-sexual o contraer matrimonio, la penalidad es de seis meses a dos años de prisión, la menor que el artículo señala, atendiendo al factor que comentamos.

Menores de 21 y mayores de 18.—Se impone una penalidad mayor (seis meses a tres años de prisión).

Menores de 18 y mayores de 14.—Siguiendo la escala ascendente la penalidad se agrava (uno a cuatro años de prisión).

Todos estos casos hacen relación al rapto definido por el artículo 349.

Rapto de mujer casada

Es este un caso que nuestro código coloca en el último inciso del artículo 349 equiparándolo, para efectos de la penalidad al rapto de menores de 18 años y mayores de 14. Esta situación especial nada tiene que ver en la edad de la ofendida sino con su estado civil.

Nuestro código exige que la mujer se halle ligada por matrimonio válido, es decir que se trate de persona legítimamente casada, conforme a derecho.

El considerar el rapto más grave en estas condiciones depende de circunstancias muy notorias apreciadas justamente por la ley en casi todos los países. El hecho vulnera no sólo intereses familiares, sino el honor conyugal y sus consecuencias son más perjudiciales que las del rapto común.

Será preciso para esta forma especial de rapto que el agente proceda a sabiendas del estado civil de la ofendida?—La disposición no lo dice, pero tratándose de una circunstancia personal que da al hecho una agravación, que lo califica y lo individualiza, entendemos que se requiere el elemento a sabiendas, y por lo tanto, de no existir, el delito debe considerarse en la forma común.

RAPTO CONSENSUAL

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 en la mitad, de acuerdo con las proporciones señaladas en el artículo anterior”.

El rapto consensual cuya admisión hace la doctrina penal teniendo en cuenta que son los intereses de la familia y no los de la persona particularmente considerada los que se lesionan, lo consagra nuestro Código en la disposición transcrita, que en la forma como aparece redactada no corresponde a la fórmula que adoptó la Comisión de Reformas Penales.

El artículo se ha venido interpretando como la consagración de una forma especial de rapto que sólo produce efectos penales cuando la raptada es mayor de diez y seis años y menor de veintiuno, edad esta última en que se adquiere por la persona la plena capacidad y cesa el sometimiento legal a la patria potestad. La mujer soltera, mayor de edad, que consiente en separarse de su casa para seguir a un hombre, o que accede a permanecer a su lado, voluntaria y libremente, no puede decirse que haya sido raptada, pues-

to que su misma capacidad le permite obrar de manera autónoma.

Por qué se refiere el artículo 350 a las mujeres mayores de diez y seis años y no comprende a las menores de esta edad y mayores de catorce?. Esta es una situación de conflicto legal que proviene de error en la redacción definitiva de la acotada disposición porque en materia de raptor consensual el pensamiento de la Comisión fué el de sancionarlo cuando la víctima era menor de edad en general o mujer casada, cualquiera fuera su edad.

Así, el artículo que originalmente se discutió en el seno de la Comisión establecía:

“Si la mujer casada o menor de edad hubiere prestado su consentimiento para el arrebato, sustracción o retención, las penas se reducirán hasta en una mitad, de acuerdo con las proporciones señaladas en el artículo anterior”.

El doctor Lozano al explicar el raptor consensual y el alcance de la disposición presentada, expresó:

“Respecto de los menores de catorce años, se establece de acuerdo con el sistema adoptado para todos los casos de delitos contra el pudor, la presunción de la invalidez de su consentimiento, y, por tal razón, se aumenta la pena, por la máxima necesidad de protección que tienen los incapaces. Y el raptor de la mujer casada se equipara a esta hipótesis, pues en tal evento hay violación de varios derechos, y, muy especialmente del que corresponde a la potestad marital, siendo también mucho más escandaloso desde el punto de vista social este género de delito.

“No existiendo el medio violento o fraudulento, la mujer mayor de edad y soltera que se presta a huir con un hombre ejecuta un acto de espontánea determinación, que hace desaparecer su carácter criminoso a la conducta de este último, y, por lo tanto, lo pone fuera del alcance de la sanción penal. No así cuando se trata de mujer casada o menor, porque en esta hipótesis, si bien el consentimiento implica una circunstancia atenuante específica, no pueden dejar de tutelarse los derechos familiares ofendidos. Por esto se ha señalado para estos casos una sanción menor”.

El doctor Cárdenas se opuso a la disposición presentada por

el doctor Lozano manifestando “que el caso allí contemplado no es verdadero raptor, y que si ya se estableció que no hay pena para la mujer que verifica el coito, teniendo más de diez y seis años, cómo va a imponérsele sanción por el solo hecho de dejarse raptar”. El proponente replicó al doctor Cárdenas afirmando “que la hipótesis contemplada es de verdadero raptor y que la víctima del hecho es el marido. En cuanto a la pena, se impone porque la mujer que está en esas condiciones debe también estar sometida a una potestad, bien sea la del padre, o bien la del tutor o curador, y el quebrantamiento de esa tutela, mediante una fuga o un raptor, debe ser reprimido por la ley penal”.

El artículo, después de las anteriores explicaciones, fué aprobado así:

“Si la mujer casada o menor de diez y seis años hubiere prestado su consentimiento para la sustracción o retención, las penas se reducirán hasta en una mitad, de acuerdo con las proporciones fijadas en el artículo anterior”.

Es evidente, por lo tanto que el artículo 350 está errado en la apreciación del raptor consensual y que en lugar de decir mayores de diez y seis años, debería referirse a menores de esa edad, como fué el criterio de la Comisión, la que si en un principio trató de hacer extensiva la infracción a los menores en general, aceptó posteriormente las razones del doctor Cárdenas. Y es evidente también que el artículo quedó incompleto por haberse omitido el caso de la mujer casada, sin consideración a la edad, porque en este aspecto fué muy claro el pensamiento de los redactores del Código.

Todo esto explica que ahora se reconozca el error contenido en el artículo 350 y la incongruencia que ofrece su texto comparado con el artículo 351. En síntesis, correctamente la disposición que comentamos, debió comprender el raptor consensual de las mujeres menores de diez y seis años y de las casadas.

Art. 351.—“El que con el propósito de satisfacer algún deseo erótico-sexual, arrebate, sustraiga o retenga a una menor de catorce años, aún con su consentimiento, estará sujeto a la pena de uno o cuatro años de prisión”.

El rapto de una menor de catorce años se considera por la ley penal, en atención a las condiciones propias de la edad, como un hecho en el que el consentimiento de la ofendida es absolutamente inoperante para restarle gravedad al delito. Por ello el artículo 351 colocá en igualdad de condiciones el rapto violento, por seducción o consensual, cuando se trata de una menor de esa edad, presumiéndose, lo mismo que en los delitos contra la libertad y el honor sexuales, que la víctima es incapaz de consentir.

Conforme a esta presunción de la ley se deduce que no hay en realidad rapto consensual tratándose de una mujer menor de catorce años, lo que es lógico dentro del criterio seguido por nuestro código al respecto.

El artículo 351 es siempre el aplicable para el rapto de menor de catorce años, pues el 349 no comprende sino a las mujeres mayores de esta edad.

También es característico de esta especie de rapto una exclusiva finalidad libidinosa, no comprendiéndose el caso del propósito de contraer matrimonio, dado que la mujer menor de catorce años no puede válidamente casarse, conforme a derecho. Aunque legalmente esta situación es clara y no cabría suponer el rapto con el fin de contraer matrimonio, en la práctica puede ocurrir, bien por ignorancia del agente y de la raptada que ha consentido o por error o engaño en cuanto a la edad de la mujer. En el primer caso el hecho no se acomodaría al artículo 351, que exige una finalidad libidinosa, puesto que el ánimo de contraer matrimonio no admite esa calificación, ni tampoco se acomodaría al texto del artículo 349, porque este no comprende sino el rapto de mujeres mayores de catorce años. En cuanto a los casos de error o engaño sobre la edad de la raptada el problema encuentra solución porque hay lugar a aplicar el último artículo citado.

Calificación del rapto

Como circunstancia de agravación del delito de rapto, en todas sus formas, nuestro código únicamente señala, por medio del artículo 352, la misma formulada para los delitos contra la libertad y el honor sexuales, contenida en el ordinal 3o. del artículo 317.

Puede observarse que otras circunstancias tomadas para la calificación de los delitos sexuales, no obran en el rapto, lo que se explica, de una parte, por tratarse de un delito contra la familia y no contra la persona, y de otra, porque de resultar afectada ésta en su honestidad o en su pudor, antes que ser ello motivo de agravación, origina un delito distinto en concurso con el rapto.

Causas que eximen de responsabilidad, la modifican o atenúan en el rapto

El Código contempla casos especiales que eximen de responsabilidad al agente del delito o la modifican favorablemente, dependientes ellos de las condiciones del sujeto pasivo, en cuanto a su moralidad, de la naturaleza del hecho en relación con esas mismas condiciones, del desistimiento del raptor o de su matrimonio posterior con la raptada.

Examinaremos estos diversos casos:

Deshonestidad de la ofendida

Art. 353.—“En el caso de que la mujer raptada sea meretriz o mujer pública, las penas señaladas en el artículo 349 se reducirán hasta en la mitad, y no se impondrá sanción alguna al responsable cuando se trate del delito previsto en el artículo 350”.

No es requisito para el delito de rapto que la víctima sea honesta, de acuerdo con las disposiciones que hemos venido comentando, pero si se atiende a la naturaleza del ilícito y al interés cuya defensa se pretende (la familia) resulta impropio admitir que este delito pueda recaer sobre una meretriz o mujer pública, ya que la prostitución de por sí hace suponer que la mujer está desvinculada de la familia, si no materialmente, por lo menos desde un punto de vista moral. De ser ello así, como tiene que serlo, no alcanza a comprenderse en qué forma la familia sería lesionada con el rapto, cuando de antemano la conducta de la mujer ya ha ocasionado

nado el daño a sus relaciones y ha sido, seguramente, repudiada de su seno.

En el supuesto del rapto de una mujer pública y siendo inadmisibile en un sentido propio el daño a la institución familiar, el hecho no debería integrarse como delito mientras los actos ejecutados con la raptada no integraran de por sí una infracción penal diferente, como sería la lesión a su libertad sexual. Hay que entender que la ofensa a la familia en el rapto depende del mérito moral de ella, pero directamente producida sobre uno de sus miembros capaz de dar ese mérito y que ha vinculado su patrimonio moral al común de los que forman la familia. De esta suerte, aunque la ley diga lo contrario, es inadmisibile, en nuestro concepto, el rapto de mujer pública.

Nuestro código se limita a considerar en un grado más benigno la responsabilidad del rapto, cuando se trata del hecho previsto en el artículo 349, o sea el rapto cometido con violencia o por seducción. Nada dijo sobre el caso del artículo 351, referente a menores de 14 años, posiblemente por estimar que la prostitución es impropia o excepción en las mujeres menores de dicha edad. Aunque en tesis general puede admitirse el supuesto de la Ley, prácticamente puede presentarse el caso y resultaría aberrante la sanción del acotado artículo, que no admite modificación de la penalidad.

Matrimonio con la raptada

Art. 354.—“Tampoco se impondrá sanción alguna al responsable de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, si contrajere matrimonio con la mujer ofendida”.

El código coloca el rapto en iguales condiciones a las de los delitos contra la libertad y el honor sexuales, por lo que respecta al matrimonio como fórmula para desagraviar plenamente a la perjudicada. Esto aunque el rapto es delito contra la familia y nó contra la persona, porque en realidad al daño a aquella depende de ésta, como miembro de la institución.

El mérito que se da al matrimonio, tratándose del rapto, a-

fianza nuestro criterio sobre la necesidad que hay de que la víctima tenga condiciones de indoneidad moral, ya que si la familia ha de darse por satisfecha con el matrimonio del agente con la raptada es porque, resarcida ésta en su patrimonio moral, indirectamente la familia recupera o conserva su dignidad. De no ser honesta la raptada esto no podría ocurrir por lo que ya explicamos anteriormente.

El rapto, según lo que dispone el artículo 349, puede ocurrir procediendo el agente con él ánimo de contraer matrimonio, circunstancia que no le resta nada a su carácter delictuoso. Pero si el matrimonio se contrae, tanto en este caso como en el rapto libidinoso, no hay lugar a responsabilidad.

Lo dicho al hablar de los delitos contra la libertad y el honor sexuales en relación con el matrimonio posterior del agente, es aplicable al rapto, pero para éste la fórmula hay que tomarla en un sentido más estricto por cuanto en todo caso la exención obra únicamente si en efecto el matrimonio se contrae.

Desistimiento del raptor

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 depositara en lugar honesto, sin haber ejecutado acto alguno erótico-sexual, las penas se reducirán hasta la mitad, según los diversos casos”.

Este artículo, como el anterior, presta especial mérito al daño que la raptada puede sufrir en su pudor, honestidad o libertad sexual, puesto que es ese daño el que más directamente puede afectar la organización familiar. Por ello, si el raptor desiste, no del rapto, sino de sus propósitos erótico-sexuales, manifestando ese desistimiento al restituir voluntariamente a la raptada, o depositarla en lugar moralmente adecuado, su responsabilidad se atenúa considerablemente.

Dos factores son importantes en relación con este artículo:

restitución voluntaria de la raptada o su depósito, y no haberse ejecutado acto alguno erótico-sexual. Si esto último parece dar a entender que se trata únicamente del rapto libidinoso, conviene aclarar que para la atenuación, lo mismo da que se trate de dicha especie o de rapto para contraer matrimonio.

En contrario a este causal de atenuación de la responsabilidad, la situación jurídica del agente puede hacerse más grave si los hechos cometidos como finalidad del delito se integran a su vez como infracciones. Ya observamos ésto al hablar del concurso del delito que puede presentarse con la violencia carnal, el estupro, la corrupción de menores, etc.

La acción penal en el rapto

Art. 356.—“Contra el responsable de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, no se procederá sino a solicitud de la persona ofendida, de quien la represente legalmente o de quien compruebe un interés legítimo en su protección y defensa. La solicitud debe presentarse ante las autoridades dentro de los seis meses siguientes a la comisión del delito”.

Tres son las cuestiones que para su estudio ofrece esta disposición, a saber:

- a).—Exigencia de querrela de parte.
- b).—Legitimidad del querellante, y
- c).—Término para iniciar la acción.

Exigencia de querrela de parte

“La acción penal es siempre pública”, de acuerdo con lo que dispone el artículo 9o. del Código de Procedimiento Penal, lo que quiere decir que en nuestro sistema procesal no hay, propiamente acción privada. Pero para ciertos hechos, por mandato expreso del

C. P. la acción requiere petición o querrela de parte para ser iniciada, no pudiéndose proceder de oficio, ni a petición de persona no interesada.

Con todo, la querrela de parte no modifica el carácter público de la acción, pues formulado el denunció y acreditada la identidad del querellante, la autoridad procede a instruir el proceso en las mismas condiciones de una investigación oficiosa. (Arts. 15 y 16 del C. de P. P.).

De acuerdo con el criterio de nuestro C. P. muy pocos delitos reclaman la petición de parte para la investigación, y todos los que están sometidos a este requisito representan infracciones que, por sus características o naturaleza del interés que vulneran, no afectan notoriamente el orden social. Tal ocurre, por ejemplo, con la calumnia, la injuria y ciertos delitos contra la libertad y el honor sexuales en que resulta ofendida una mujer pública.

Los delitos contra la familia son apreciados generalmente por la ley penal como graves en sus consecuencias para el orden social, atribuyéndose a la familia una función importante en la estructuración de la sociedad. De los delitos contra la familia únicamente el rapto requiere querrela de parte, excepción que se explica por consideraciones especiales atañederas a los mismos intereses de la familia.

El rapto es un hecho ofensivo moralmente para la familia, cuyo respeto y prestigio pueden amenguarse con el escándalo que produce. En la defensa de ese patrimonio moral es claro que la ley debe dejar a los interesados la iniciativa para recurrir a las autoridades. Si la propia familia acepta el hecho indiferentemente, o lo calla para evitar el escándalo que la investigación necesariamente acarrea, esa determinación debe respetarse y no imponerse oficiosamente la instrucción del proceso, ya que el delito, fuera del ámbito familiar, no alcanza a causar daños socialmente considerables.

Legitimidad del querellante

Aunque el delito de rapto afecta, de acuerdo con lo establecido por el código, la familia, el artículo 356 considera a la raptada como ofendida, lo que no es propio. Es cierto que en algunas

formas de raptó el daño recae directamente y en primer término sobre la mujer, dándole aparentemente las condiciones de víctima u ofendida, pero ello no obsta para que el delito haya de considerarse siempre como ofensivo de los intereses familiares. Ocurre también que en ciertos casos la raptada no es ofendida en forma alguna, lo que ocurre, por ejemplo, en el raptó consensual.

Teniendo en cuenta estas características del delito el derecho a querellarse debió ser reglamentado considerándose la institución familiar y nó la mujer, como ofendida. No siempre podrá querellarse la raptada, pues si ha prestado su consentimiento sería impropio denominarla ofendida, pero en cambio sería legítimo el denuncia presentado por los padres, hermanos, representantes legales, etc.

De acuerdo con el artículo que comentamos puede procederse a solicitud de la ofendida (raptada), de su representante legal o de quien compruebe un interés legítimo en la protección y defensa de aquella. Ese interés legítimo no puede tomarse en un sentido amplio y sin limitaciones precisas dentro de la ley, ya que para definir correctamente la legitimidad de la personería en esta materia está el artículo 286 del C. de P. P. que establece qué personas pueden querellarse: "la persona ofendida o perjudicada con el delito, su cónyuge o sus hijos, sus padres o sus hermanos, el guardador por su pupilo y, en general, los representantes legales de los incapaces....".

Término para iniciar la acción

Los delitos que para su investigación requieren querrela de parte tienen como término para la presentación del denuncia un año "contado a partir del día en que el querellante tuvo conocimiento de la infracción", de acuerdo con el artículo 287 del C. de P.P.—Este término no rige para el delito de raptó, cuya acción reglamenta especialmente la disposición que comentamos, según la cual la solicitud debe presentarse dentro de los seis meses siguientes a la comisión del delito.

Se observa que la querrela por raptó tiene que presentarse en un plazo de seis meses, contados nó a partir de la fecha en que se tiene conocimiento de la comisión del delito, si no de la fecha en

que la infracción se cumplió, lo que hace más precario el término todavía. Esta disposición especial para el raptó, que bien pudo extenderse a los casos del artículo 321, tiene, en nuestro concepto, como fundamento la presunción muy aceptada de que si en el lapso fijado por la ley no se ha denunciado el delito es porque los interesados no dan gravedad a lo ocurrido o tienen el propósito de guardar reserva sobre el particular.

Para la aplicación correcta de la disposición en lo referente al plazo hábil u oportuno de querellarse, así como para los efectos de la prescripción de la acción penal, de acuerdo con los artículos 105 y 106 del C. P., interesa fijar la naturaleza del delito de raptó. Mucho se ha discutido si esta infracción es instantánea o sí, por el contrario es continua o permanente, es decir, que no tiene momento propio de consumación, por extenderse ésta a todo el tiempo que perdura la situación ilícita creada por el raptó.

Quienes sostienen que el delito es instantáneo se fundan con todo acierto en que el hecho queda consumado al realizarse la acción que jurídicamente integra el raptó, sin que para atribuirle esta naturaleza pueda influir la consideración de que los efectos del delito perduran mientras subsiste la situación contraria a derecho creada con el ilícito. Los que le dan carácter de delito continuo o permanente tienen para la clasificación la razón de que el hecho no se consuma en un momento dado, sino que la consumación persiste mientras dura la acción del raptó.

Parece más ajustado a derecho considerar este delito, por su naturaleza, instantáneo, ya que la consumación no depende de la persistencia de la acción criminal sino del cumplimiento de actos propios del raptó, clasificación que no se opone a la aceptación de que pueden ser permanentes los efectos del delito; no el delito mismo.

Esto es de suma importancia, pues clasificado como instantáneo el raptó, el término para la prescripción de la acción penal y la querrela empiezan a contarse desde la fecha de comisión del delito, aunque por mucho tiempo sus efectos se hayan prolongado. En el caso contrario el término sólo empezaría a contarse una vez cesaran los efectos de la infracción.

Otro problema relacionado con el que estudiamos es el re-

lativo al concurso del rapto con otro delito, lo que ocurre cuando se presentan hechos lesivos de la libertad o el honor sexuales. En estos casos debe tenerse presente que la exigencia de querrela de parte sólo hace relación al rapto, no a la infracción que concursa, salvo que para esta también se requiera y que el término de los seis meses no pueda extenderse al delito contra la libertad o el honor sexuales. Del mismo modo, caso del concurso, si no ha habido querrela por rapto, la acción se contrae al delito investigado o denunciado, pues el funcionario no puede de por sí adelantar oficiosamente la acción relativa al rapto.

INCESTO

Art. 357.—“El que tenga acceso carnal o ejecute actos erótico-sexuales con un descendiente o ascendiente, aún 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”.

El incesto en su significado más general se ha definido como “el acceso carnal habido a sabiendas entre personas que no pueden casarse entre sí por razón de parentesco de consanguinidad, o afinidad, o espiritual o legal”, pero en su acepción jurídica actual las relaciones de parentesco que determinan el delito son más limitadas, a la vez que más comprensivos los hechos sexuales que lo constituyen.

Naturaleza del delito

Admitiéndose universalmente el carácter delictuoso del incesto, las legislaciones penales no concuerdan en los fundamentos de la punición, ni en la naturaleza del derecho que tal delito lesiona. En muchos códigos el incesto es considerado como circunstancia calificadora o agravante de los delitos sexuales; en otros se les clasifica entre los delitos que atentan contra la honestidad, tomándosele como forma especial de estupro; algunos lo colocan como atentado contra la moral pública, por su carácter escandaloso o corruptor, y, por último, varias legislaciones lo consideran como delito contra la familia, como ocurre en el C. P. nuestro en vigencia. En el anterior (código de 1.890) se le denominaba corrupción y estaba incluido entre los delitos contra la moral pública.

No obstante la diversidad de criterio adoptados para clasificar legalmente el incesto, fundamentalmente el delito se ofrece como una lesión de marcada significación jurídica y moral a los intereses de la institución familiar, dado que las relaciones de orden sexual, por su propia naturaleza y los vínculos que originan, quebrantan y destruyen las bases de autoridad, respeto y moralidad que la sustentan socialmente. Ciertamente es que muchos tratadistas fundamentan la represión del incesto más en consideraciones eugenésicas que morales, alegando que de las uniones sexuales entre consanguíneos surge una descendencia degenerada, con grave peligro para la especie.

Algunos penalistas, entre ellos Carrara, no son partidarios de que al incesto se le sancione como infracción específica, estimándolo como simple agravante de otro delito tesis ésta que de aceptarse a una absoluta impunidad de no poderse atribuir al hecho sexual, por sus condiciones, carácter delictuoso. Otros avanzando más en el criterio de la no punición, sostienen que en las relaciones incestuosas en que ha habido consentimiento, no siempre hay lesión familiar y que sería más perjudicial moralmente el escándalo del proceso tratándose de un hecho que no tiene condiciones de ilícito penal.

Elementos del delito

Los siguientes elementos integran el delito de incesto, de acuerdo con el artículo 357 del C. P.

a).—Acceso carnal o acto erótico-sexual.

En nuestro Código el incesto no se consuma únicamente por la realización del acceso carnal, como ocurre en muchas otras legislaciones, sino que comprende igualmente los hechos erótico-sexuales, diversos de la cópula, tales como los constitutivos de abusos deshonestos o corrupción de menores.

b).—Sujeto activo.

Como el incesto es delito contra la familia fundado en la ejecución de actos sexuales por personas comprendidas dentro de cierto grado de parentesco, por consanguinidad o afinidad, la determinación del sujeto activo del delito depende de las condiciones

de las personas que participan en la relación carnal o de las circunstancias en que pueden cumplirse los hechos.

Se trata de una relación incestuosa consensual en la que los partícipes son ambos capaces de consentir y el hecho se ha cumplido en circunstancias que no entrañan de manera alguna violencia, intimidación o engaño, resultan autores del incesto ambas personas, puesto que cada una de ellas al ejecutar el acceso u otro acto erótico-sexual está incurriendo en el hecho constitutivo del incesto.

Pero, si en la relación incestuosa uno de los partícipes ha obligado a la otra persona o la ha engañado por cualquier medio, o esa persona por su menor edad no estaba en condiciones de prestar consentimiento, la responsabilidad se radica en el que ha intimidado, forzado o engañado, convirtiéndose en sujeto activo de la infracción. Por esta razón cuando el hecho incestuoso aparece un delito de violación, de estupro, de corrupción o de abuso deshonesto, la víctima no es responsable de incesto y el agente de estos hechos incurre en una doble violación de la Ley, como autor del delito contra la familia y de un delito contra la libertad o el honor sexuales, dando lugar a un concurso formal de delitos.

c).—Sujeto pasivo.

Ya dijimos que el incesto ofende directamente la familia, verdadero sujeto pasivo de este delito, en que los partícipes de la relación carnal pueden responder en igual grado por la infracción. Pero precisa tener en cuenta que cuando una sola persona se hace agente del delito por lo que atrás expresamos, la víctima inmediata es la persona ofendida por ser ella de una manera directa el sujeto pasivo del delito sexual que se cometa en su contra.

d).Dolo.

Para la existencia del delito es indispensable que el agente proceda de manera intencional a la realización de los actos sexuales con conocimiento de la existencia del vínculo de parentesco, pues si este se ignora es imposible legalmente que se consuma el incesto.

La relación de consanguinidad o afinidad requerida por la Ley para la integración de este delito debe acomodarse a los términos expresamente señalados por el art. 357. De esta manera el delito sólo resulta cuando la relación sexual se cumple entre las siguientes personas:

1°).—Entre ascendientes y descendientes, en cualquier grado y aunque el parentesco sea ilegítimo.

2°).—Entre afines en línea directa. Este es un parentesco que resulta del matrimonio, de acuerdo con el art. 47 del C. C. y para los efectos penales comprende a los padrastos, entenados, suegros, yerno o nuera, afines en línea directa. No se comprenden los cuñados porque esa afinidad es en línea transversal.

c).—Entre hermanos, debiéndose comprender los carnales, los paternos, los maternos o uterinos, sean legítimos o ilegítimos.

Se observa que las personas comprendidas en el art. 357 son aquellas que legalmente y absolutamente están impedidas para contraer matrimonio entre sí, de acuerdo con la ley civil y con el derecho canónico.

Causas del Incesto

Por su especial naturaleza el delito de incesto ha sido motivo de amplias indagaciones en cuanto a las causas determinantes, pues su comisión no se explica como los demás hechos de naturaleza sexual en que no hay quebrantamiento de especiales relaciones familiares.

En realidad son muy complejos los factores que se presentan en este delito que, aunque considero tradicionalmente como hecho antinatural, no merece en verdad esa estimación, ni se compadece del origen más admitido de la humanidad.

Se notan como causas las siguientes: la degeneración del agente, factor éste muy común en los delitos sexuales; el alcoholismo, la viudez, y como factor social predominante la promiscuidad y la miseria en que viven muchas familias. Esta causa tiene la delincuencia nuestra con relación al incesto especial valor, y se observa por ello que es un delito muy frecuente entre los campesinos, cuyo sistema de vida los obliga necesariamente a la promiscuidad y a una vida en común en un plano instintivo.

El delito de incesto, tal como quedó formulado en nuestro Código Penal, lo fundamentó el Dr. Lozano, miembro de la Comi-

sión de Reformas Penales, en los siguientes términos, según consta en las Actas correspondientes:

"**Incesto.**—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 tutelar 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. Respecto de este delito surge el problema de saber cuáles son los hechos susceptibles de encuadrar su fisonomía jurídica. Dada la gravedad de la materia no parece posible entrar a discriminar cuáles formas de la libidine podrían quedar excluidas de la represión. Ciertamente que la cópula sexual plenamente consumada es la forma más grave del delito. Pero dada la degradación y corrupción que introduce en el hogar doméstico cualquier género de contactos sexuales 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 del acercamiento de los sexos. El señalamiento de los grados de parentesco hasta donde alcanza la fisonomía del delito, ha sido tomada del Código italiano de 1890, que lo extiende únicamente hasta el afín en línea directa y al hermano y hermana, fuera de los ascendientes o descendientes, incluyendo, como es natural, a los ilegítimos. Códigos hay que no incluyen en absoluto el parentesco de afinidad, pero si se reflexiona a fondo sobre este asunto, bien que las consecuencias biológicas del acto no se presenten en la misma forma, el profundo desorden familiar que acarrea y los frutos desgraciados que puede traer a la vida, con notorio escándalo social, aconsejan su inclusión sin extenderla sin embargo sino a la línea directa".

BIGAMIA Y MATRIMONIOS ILEGALES

La bigamia y los matrimonios ilegales son hechos considerados en nuestra ley penal como delitos contra la familia, clasificación en nuestro concepto la más correcta, aunque en otras legislaciones tienen una clasificación diferente atendiendo a los intereses jurídicos que lesionan. Así, por ejemplo, el Código Penal argentino considera los matrimonios ilegales como atentatorios contra el estado civil, y nuestro anterior estatuto, como delitos contra la moralidad pública. Si se atiende a que la bigamia y las especies de matrimonios ilegales consideradas delitos afectan en sus principios fundamentales la institución del matrimonio monogámico, que es la base de organización de la familia, los delitos enunciados son ante todo ofensivos de esta organización, sin que por ello se desconozca que también ofenden o atacan otros intereses jurídicos, como la moral social y las normas que regulan el estado civil.

Como nuestro Código en el capítulo que examinamos distingue la bigamia de las otras formas de matrimonios ilegales, empecaremos por estudiar aquélla.

Bigamia

La bigamia, como ya lo expresamos, constituye una forma de matrimonio ilegal que se integra como delito por el hecho de celebrarse un matrimonio cuando uno de los cónyuges (o ambos) está ligado por un matrimonio válido anterior, o cuando una persona en capacidad legal de contraer lo celebra, a sabiendas, con persona impedida por dicha causa.

El artículo 358 define esta infracción así:

“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 de tal vínculo, estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de prisión”.

Concepto del delito

La bigamia, igual que las demás especies de matrimonios ilegales establecidas en la ley penal como entidades delictuosas, resulta en su interpretación genérica de contraer un matrimonio existiendo un impedimento dirimente que lo hace absolutamente nulo, impedimento derivado de la subsistencia de un vínculo anterior, cuya validez cohibe de manera absoluta a los cónyuges y a terceros para crear un nuevo vínculo de esa naturaleza.

Se requiere para el delito de bigamia, en relación con el sujeto activo, los siguientes elementos:

- a).—Vínculo matrimonial anterior válido;
- b).—Celebración de otro matrimonio, y
- c).—Conocimiento del impedimento.

Vínculo anterior

Para que se cometa la bigamia es indispensable que exista un matrimonio anterior, es decir, que de hecho se presente la situación anómala e ilegal de un doble casamiento, bien respecto de uno de los cónyuges o respecto de ambos.

Este elemento del delito obra respecto de la persona que efectivamente celebra el matrimonio estando válidamente vinculada por matrimonio anterior, lo mismo que con relación a la persona que sin tener tal impedimento se aviene a la unión ilegal e ilícita, a sabiendas del impedimento del otro cónyuge, lo que determina que una persona soltera pueda convertirse en sujeto activo del delito de bigamia.

La validez del matrimonio anterior, como impedimento diri-

mente para el casamiento posterior y como causa de nulidad absoluta para éste, debe operar en su condición de elemento constitutivo del delito al momento de celebrarse el otro matrimonio, pues si ha habido declaración de nulidad del primero no puede configurarse el delito de bigamia.

Para una apreciación correcta de este elemento que examinamos precisa tener en cuenta que el matrimonio en nuestro régimen civil subsiste mientras viven los cónyuges, lo que quiere decir que un matrimonio válido sólo se disuelve por la muerte. Es cierto que conforme a derecho puede presentarse el caso de nulidad del primer matrimonio, por cualquiera de las causas reconocidas por el derecho civil y por el derecho canónico. Pero la nulidad que afecte al primer matrimonio, si no ha sido declarada por la autoridad competente no serviría para destruir el elemento constitutivo de la bigamia de que tratamos porque sería a todas luces injurídico dejar a los interesados el reconocimiento de la validez o invalidez de sus actos. Contra esta tesis se oponen algunos penalistas, en cuyo concepto, si el primer matrimonio es nulo, no existe el delito de bigamia.

Otra cosa ocurre si el matrimonio anterior puede considerarse inexistente, como cuando no ha sido celebrado con los formalidades impuestas por la ley, porque entonces sí no se presenta el delito de bigamia.

Una tercera situación se presenta en cuanto a la validez del primer matrimonio y es cuando a tiempo de celebrarse el segundo ha sido ya demandada la nulidad del primero. Se presenta en este caso un problema de orden prejudicial que en cierta forma aplaza la integración del delito o por lo menos la exigencia de responsabilidad penal, porque siendo la validez del vínculo anterior un elemento constitutivo del delito, la jurisdicción penal no puede pronunciarse mientras no se haya fallado sobre la nulidad invocada por el bigamo, lo que obliga a estarse a lo dispuesto por el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal que señala el término de un año para la calificación del proceso como plazo prudencial dentro del cual debe fallarse la cuestión civil. Es importante tener en cuenta que si vencido el año no ha habido decisión civil, el Juez penal queda facultado para calificar el proceso y llevar adelante el juicio.

Estas apreciaciones se refieren concretamente al aspecto pe-

nal de la bigamia y a sus relaciones con el régimen civil ya que desde el punto de vista canónico el impedimento dirimente fundado en el vínculo anterior, denominado *ligamen*, no admite las mismas conclusiones. Para el derecho canónico "es inválido el matrimonio que atenta el que se haya ligado por el vínculo de un matrimonio anterior aunque no haya sido consumado. Aun cuando el primer matrimonio sea nulo o haya sido disuelto por cualquier causa, no es lícito contraer otro matrimonio, mientras no conste con certeza y legítimamente de la nulidad o disolución del primero".

Celebración de otro matrimonio

Es preciso que la persona válidamente vinculada por anterior matrimonio, o que sin estar casada conoce la existencia de ese vínculo respecto del otro cónyuge, celebre el segundo matrimonio para que haya lugar al delito de bigamia.

Para los efectos penales se entiende celebrado el segundo matrimonio por el hecho de contraerlo los cónyuges aparentando todas las formalidades propias para darle validez, aunque en realidad, por subsistir el vínculo anterior, no llega a tener validez. En otros términos, para configurarse el delito de bigamia se requiere que el primer matrimonio constituya impedimento del segundo, y éste es absolutamente nulo puesto que no puede contraerse subsistiendo el anterior. La nulidad es de tal carácter que propiamente convierte la unión posterior en un acto sin existencia legal, por lo que en cierta forma es irregular hablar de un segundo matrimonio en este delito.

Pero es claro que el delito se integra sólo cuando el segundo matrimonio ofrece formalmente condiciones de validez por no existir causal distinta de nulidad a la que de por sí determina la infracción ya que lo que se sanciona y se reprime en defensa de la institución familiar es que se desconozca el primer matrimonio y las consecuencias legales que el contrato acarrea. Si el segundo matrimonio adolece de nulidad no sólo por el vínculo del matrimonio anterior respecto de uno o de ambos cónyuges, consideramos que no hay delito de bigamia porque formalmente no se ha celebrado el segundo matrimonio.

Conocimiento del Impedimento

Por su naturaleza el delito de bigamia requiere como elemento constitutivo que se obre a **sabiendas** al celebrarse el segundo matrimonio porque de lo contrario resulta imposible la integración del delito. Este elemento a **sabiendas** obra tanto respecto de la persona que, vinculada por matrimonio anterior contrae el segundo, como de la que siendo soltera o viuda lo contrae conociendo el matrimonio anterior del otro cónyuge. En esta forma puede ocurrir que ambos contrayentes incurran en la bigamia o que sólo uno de ellos cometa el delito.

El elemento a **sabiendas** es en el delito de bigamia fundamental porque de su presencia depende lógicamente la configuración del dolo o intención criminal. El dolo específicamente en la bigamia consiste en el propósito o intención de celebrar un matrimonio, pero únicamente cuando se sabe que un matrimonio anterior impide contraer el nuevo vínculo.

Este aspecto del delito lleva a la conclusión de que no puede existir bigamia culposa, para los efectos penales, se entiende, porque civil o canónicamente sí puede presentarse. Por ello, igualmente, no cabe el delito si se produce por ignorancia o error porque estos estados del agente son incompatibles con el elemento a **sabiendas**.

La integración del delito exige el elemento a **sabiendas** antes de celebrarse el segundo matrimonio. El conocimiento posterior no da lugar a la infracción aunque se persista en la unión marital. En sentido contrario, hay lugar a un delito imposible de bigamia si se produce con dolo creyendo en la existencia del impedimento aunque este haya desaparecido antes de celebrarse el segundo matrimonio.

Refiriéndose al problema del dolo en la bigamia se expresa así el Profesor Ramos en su "Curso de Derecho Penal":

"El concepto sobre el dolo en este delito es casi general en todos los autores. El dolo consiste en la voluntad manifestada por el acto de contraer un nuevo matrimonio, pero sabiendo que existe respecto de esa persona o al otro cónyuge un matrimonio anterior.

"Para apreciar el alcance de este dolo se puede formular una

pregunta. Sería delito, a pesar del dolo con que se casó una persona, aun cuando el día anterior a ese segundo matrimonio hubiese fallecido el otro cónyuge que creaba el impedimento?. El contrayente del segundo matrimonio creía casarse con el impedimento, por ignorar el fallecimiento del cónyuge del primer matrimonio. Sería un delito putativo, como se llama en doctrina. A nuestro juicio, no habría delito, a pesar de la existencia del dolo, porque faltaría el hecho esencial del matrimonio anterior. La cuestión es sutil, pero afecta los fundamentos del delito.

"Si hay buena fe con error excusable tampoco hay delito.

"Si hay buena fe por error excusable y después de contraído el segundo matrimonio descubre el impedimento, a nuestro juicio no se transforma en dolo lo que antes no ofrecía los caracteres del dolo.

"Si siguiera cohabitando cuando supiera que su error excusable no era excusado habría delito? Algunos autores dicen que sí, pero por razones distintas. Maggiore, por ejemplo, que plantea muy bien, los problemas cree que habría delito en ese caso: si el sujeto sigue cohabitando con la segunda mujer, porque él creía de perfecta buena fe que la primera mujer había muerto pero no había muerto. Maggiore opina así porque él considera que es éste un delito permanente. Los que consideramos que el delito es instantáneo no podemos compartir ese criterio".

Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo de la bigamia es en nuestra ley penal la familia, como que es éste el interés jurídico cuya tutela se pretende con la represión de tal delito. Teóricamente algunos atribuyen la calidad de sujeto pasivo al cónyuge agraviado del primer matrimonio, y podría serlo en igual forma el cónyuge inocente del segundo matrimonio a quien también se perjudica de una manera inmediata con el delito.

Examinado el problema por las consecuencias que acarrea la bigamia se observa en primer lugar que el vínculo válido subsiste y que por este aspecto el cónyuge del primer matrimonio resulta menos afectado; respecto del segundo matrimonio es más precaria

la situación del cónyuge inocente, aunque los hijos son considerados como legítimos de acuerdo con el artículo 149 del Código Civil. Por lo tanto, la apreciación del daño del delito se hace de manera más adecuada atendiendo a la institución misma del matrimonio y a su carácter fundamental en la organización de la familia.

Naturaleza de la Bigamia

Dos cuestiones de mucha importancia se plantean en relación con la naturaleza de este delito. La primera es la relativa a su carácter formal o material, y la segunda definir si es un delito instantáneo o permanente.

El matrimonio no requiere, sea civil o eclesiástico, que los cónyuges se unan carnalmente o cohabiten, para efectos de la existencia o realización del matrimonio. Este se perfecciona por el hecho de contraerlo conforme a derecho, independientemente de su consumación o cumplimiento de los fines que le son propios. Por esta razón el delito de bigamia que esencialmente consiste en contraer matrimonio cuando subsiste un vínculo anterior, se perfecciona por la sola celebración de la segunda unión y no requiere que los cónyuges consumen la relación carnal.

El considerar la bigamia como delito formal trae como consecuencia de mucho mérito en el derecho penal el que pueda admitirse la tesis del concurso de este delito con otros de los que afectan la libertad y el honor sexuales, principalmente el estupro, como tendremos ocasión de verlo más adelante.

Respecto a la cuestión de si la bigamia es delito continuo o instantáneo la tesis más acogida y más acorde con la naturaleza del hecho es la de considerarlo instantáneo dado que se consuma, como delito formal, al momento de celebrarse el segundo matrimonio.

La importancia de esta clasificación se refiere de manera especial al problema de la prescripción de la acción penal pues el término empieza a contarse de distinta manera en los delitos instantáneos y en los permanentes o continuos.

Responsabilidad de terceros

El Código Penal de 1890 contenía disposiciones expresas para fijar la responsabilidad de terceros en el delito de bigamia, y así, fijaba penas para quienes concurrían en calidad de testigos o intervenían en ejercicio de su ministerio, a sabiendas del impedimento. El Código Penal vigente menos casuista, no entra a regular en particular esta participación y deja la solución del problema a las normas generales de complicidad contenidas en los artículos 19 y 20. Comúnmente la participación de terceros en la bigamia representa una cooperación necesaria, pero puede haber igualmente en el delito complicidad accesoria.

Concurso de la Bigamia y el Estupro

Ha sido materia muy debatida, especialmente en nuestros Tribunales, la relacionada con el concurso que puede resultar de los delitos de bigamia y estupro. No obstante las encontradas opiniones que se han dado sobre el particular, la tesis en nuestro concepto más acorde con el derecho penal colombiano y con la doctrina es la que admite el concurso formal de las dos infracciones, cuando efectivamente ellas se llevan a término y es la bigamia medio de engaño para alcanzar el acceso carnal con una mujer mayor de catorce años.

Habíamos expresado que la bigamia es un delito formal que se realiza por la celebración del segundo matrimonio, sin que sea preciso para su integración jurídica llevar a término actos conyugales de cohabitación. De esta manera cuando un bigamo recurre a este medio engañoso para lograr el acceso, haciendo creer a su víctima que hay una legítima unión conyugal, ese matrimonio es una maniobra engañosa hábil para el estupro y perfectamente acomodable en el artículo 319 del Código Penal.

La concurrencia de las infracciones necesariamente no se presenta en todos los casos de bigamia porque bien puede ocurrir que el bigamo no pretenda el acceso carnal, ni lo realice; o que el segundo matrimonio no se perfeccione como bigamia por adolecer de nulidad absoluta por causal distinta a la que es constitutiva del delito, lo que daría lugar en los dos casos a una sola infracción, o

sea, bigamia o estupro, respectivamente. El concurso existe únicamente cuando el medio empleado para el estupro asume formalmente las condiciones del delito de bigamia.

El concurso es formal en nuestra opinión porque aunque jurídicamente son dos hechos distintos la bigamia y el estupro, la existencia del segundo en este caso depende del primero como medio adecuado de comisión. La relación que se establece entre ambos ilícitos y la dependencia del uno con relación al otro impiden hablar del concurso real o material de delitos. En cambio, no es injurídica la tesis del concurso formal, pese a las críticas que al respecto se han formulado con base en el tenor literal del artículo 31, que en nuestro Código define esa especie de concurso. El texto legal habla de **un mismo hecho**, términos que hay que interpretarlos atendiendo a la relación y dependencia que puede presentarse en los actos delictuosos. Si el estupro se comete recurriendo el agente a maniobras engañosas y esas maniobras en un determinado caso asumen formalmente la condición de un delito, es evidente que el concurso se presenta lo que no ocurre en los casos en que el delito medio y el delito fin se absorben por identidad de las finalidades pretendidas. Así, la falsedad no concurra con la estafa porque aquélla tiene de por sí, los elementos que son comunes a ésta, lo que no se presenta en la bigamia y el estupro.

MATRIMONIOS ILEGALES

Art. 359.—“A la misma pena estará sujeto el que teniendo un impedimento dirimente para contraer matrimonio, lo contrae a sabiendas, y el que, a sabiendas, se casa con la persona impedida”.

La bigamia, como lo expresamos anteriormente, es una forma de matrimonio ilegal puesto que se contrae existiendo el impedimento dirimente del vínculo anterior subsistente. Pero aparte de este hecho cuyas características son especiales, lo mismo que sus efectos en las relaciones de familia, el Código eleva también a la categoría penal los contenidos en el artículo transcrito, como atentatorios contra la institución de la familia. Se trata de los matrimonios ilegales que se celebran a sabiendas, por uno o por ambos contrayentes, cuando existe impedimento dirimente.

En su integración este delito comporta los mismos elementos de la bigamia, por lo cual lo visto al estudiar el artículo 358 puede aplicarse a la disposición que examinamos.

Para fijar con exactitud las condiciones que son propias al delito de matrimonio ilegal es preciso enunciar algunas normas legales sobre los impedimentos que para la celebración del matrimonio consagran el derecho civil y el derecho canónico.

En primer lugar los impedimentos pueden ser **impedientes y dirimientes**. Los primeros aunque vician de nulidad el matrimonio, producen esta únicamente en forma relativa, cuyas consecuencias son perfectamente distintas a las de la nulidad absoluta. La nulidad relativa no puede ser declarada sino a petición de parte; sólo puede alegarse por la persona en cuyo favor se ha establecido; se sana por el transcurso del tiempo y por la ratificación de las partes. Cuando la nulidad es absoluta la situación legal es diferente.

según se desprende del artículo 2o. de la Ley 50 de 1.936, en oposición al artículo 1.743 del Código Civil que fija los efectos de las nulidades relativas.

Dice el artículo 2o. de la Ley 50:

"La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

Queda así subrogado el artículo 15 de la Ley 95 de 1.890".

El artículo 1.743 del C. C. dice:

"La nulidad relativa no puede ser declarada por el Juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por la ratificación de de las partes".

Los impedimentos dirimentes son, por lo tanto los que permiten configurar el delito de que nos ocupamos. De acuerdo con la ley civil tienen tal carácter los siguientes: a) Similitud de sexos, b) falta de consentimiento de las partes, c) falta de la edad requerida (14 años el varón y doce la mujer), d) adulterio de la mujer cuando se trata de matrimonio con su cómplice, f) conyugicidio, g) consanguinidad, h) afinidad en primer grado—línea recta, i) adopción y j) matrimonio anterior.

En el derecho canónico los impedimentos dirimentes son: a) falta de edad (diez y seis años para el hombre y catorce para la mujer), b) impotencia, c) error, d) fuerza o miedo, e) raptó, f) orden sagrada, g) profesión religiosa solemne, h) vínculo anterior.

i) disparidad de cultos, j) crimen, k) consanguinidad, l) afinidad, ll) parentesco espiritual y legal.

Los primeros impedimentos se aplican al matrimonio celebrado civilmente y los segundos al matrimonio católico.

Para terminar lo relacionado con los delitos de bigamia y matrimonios ilegales, copiamos de las actas de la Comisión de Reformas Penales lo expuesto por el doctor Carlos Lozano al respecto:

"Al tratar de este delito, cuya definición es clara y unánime en la doctrina, pues las discusiones que se presentan sobre el punto de saber si dicha infracción es instantánea o continua, no afectan su concepto esencial, se ha considerado indispensable agregar lo relativo a otras especies de matrimonios ilegales que desde el punto de vista social y familiar producen idénticos resultados, tales como los de las personas que han hecho profesión de religiosas, y las que están impedidas para casarse a virtud de vínculos estrechos de consanguinidad. Analizando bien este asunto se echa de ver que la denominación genérica de estos delitos es idéntica, pues lo que erige el matrimonio en delito es la existencia de un impedimento insalvable, cualquiera que sea su naturaleza, y la posición en que a virtud de ese impedimento queda la parte inocente. Códigos como el argentino y el penúltimo peruano adoptan este sistema".

DE LA SUPRESION, ALTERACION O SUPOSICION DEL ESTADO CIVIL

Art. 360.—“El que ocultando o cambiando un niño suprima 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”.

Entre los delitos contra la familia coloca nuestro Código Penal las infracciones relacionadas con la alteración del estado civil, criterio este un tanto discutible porque en realidad el daño no siempre se produce contra la institución familiar. Otras legislaciones, entre ellas la argentina, consideran estos delitos como lesivos del estado civil, aunque es de advertir que los hechos no ofrecen la limitación con que aparecen en la ley colombiana.

El estado civil cuya supresión, alteración o suposición reprime el artículo 360, es tomado exclusivamente en cuanto a la identidad personal y consecuencias jurídicas derivadas del nacimiento y de la filiación. De allí por qué no haga referencia sino a los actos de ocultamiento, cambio o suposición de niños, sin ocuparse el mismo capítulo de las demás formas del estado civil.

Elementos del delito

Los hechos de que da cuenta la disposición transcrita y referentes todos al estado civil, tienen los siguientes elementos:

a) —Sujeto activo.—Como la infracción en cualquiera de sus especies recae siempre sobre el estado civil de la persona, entendiéndose ese estado civil en la forma antes expresada, el sujeto ac-

tivo tiene necesariamente que ser persona distinta a aquella cuyo estado civil se suprime, altera o supone. Esto hay que tenerlo muy presente porque otros hechos ilícitos relacionados también con el estado civil, tomado este en sus distintos aspectos, pueden constituir delitos de falsedad, según actúe el agente para aparentar condiciones civiles u ocultar las propias, como por ejemplo hacerse pasar por mayor de edad, por soltero, viudo, etc.

No cabe en la disposición del artículo 360, en consecuencia, la hipótesis del delito contra el propio estado civil, lo que quiere decir que únicamente pueden presentarse hechos referentes a infantes cometidos por un tercero.

b) —Sujeto Pasivo.—Como el interés jurídico tutelado en nuestro Código es la familia, es claro que en estricto derecho es ésta el sujeto pasivo de la infracción. El niño cuyo estado civil se suprime o altera no siempre puede considerarse ofendido, pues en muchos casos, por el contrario la infracción se comete para favorecerlo. También es posible que el delito cause perjuicio al niño o que lo cause a terceros cuyos derechos pretendieron usurparse por ese medio.

c) —Intención criminal.—Para la comisión del delito no exige la disposición que el agente deba proceder con un determinado propósito, como obtener un provecho o causar un perjuicio. Por lo tanto, desde el punto de vista de la intención es suficiente que el agente obre para provocar la situación falsa o anómala respecto del estado civil del niño porque para nada interesa, estructuralmente, toda otra consideración.

Pero, para los efectos de la responsabilidad y con base en el criterio de la peligrosidad social del delincuente, el Código prevé la atenuación de la pena cuando se procede con un fin altruista o por un motivo de honor, como puede verse en el artículo 361.

d) —Objetividad del delito.—Los hechos que examinamos sólo se integran, de acuerdo con el artículo 360, “ocultando o cambiando un niño”, o haciendo “inscribir en los libros parroquiales o notariales un niño que no existe”, actuaciones estas que deben producir o ser capaces de producir la supresión, alteración o suposición de un estado civil.

Todo otro hecho aunque se ejecute con la misma intención

y para iguales fines no cabría acomodarlo dentro del texto de la disposición, y de integrarse como infracción penal, ofrecería una naturaleza diferente. Así, por ejemplo, si para suprimir u ocultar el estado civil de un niño se destruyeran en los archivos notariales o parroquiales las partidas de nacimiento, se cometería un delito de falsedad en documento público y no el delito contra la familia de que nos ocupamos.

Tres formas asume el delito, a saber:

1a.)—**Supresión del estado civil.**—Esta forma se presenta mediante el ocultamiento y consiste en omitir intencionalmente el registro de nacimiento, impidiendo así la legalización y creación conforme a derecho de su estado civil. En otros términos, se oculta la existencia de la persona y se le desconoce su verdadero estado. Ya dijimos que no es admisible la comisión del delito, si después de operarse el registro, se destruyen las pruebas al respecto.

2a.)—**Alteración del estado civil.**—La alteración viene a significar exactamente el cambio del estado civil del niño mediante el ocultamiento o cambio, aunque normalmente el hecho se logra por la sustitución de un niño por otro, lo que determina la atribución del estado civil que no le corresponde. Esta especie del delito cabe también consumarse cuando el ocultamiento versa sobre la verdadera calidad o filiación de la persona, por ejemplo, inscribiendo en condición de legítimo un hijo natural.

3a.)—**Suposición del estado civil.**—La suposición ocurre cuando se hace inscribir en los libros parroquiales o notariales un niño que no existe, forma ésta a la que expresamente se refiere el artículo 360.

El hecho en este caso no se produce por ocultamiento o cambio, medios propios para la supresión o alteración del estado civil, puesto que precisamente se trata de aparentar o de fingir la existencia de una persona.

La suposición del estado civil entraña siempre, como en los demás casos analizados, la acción de un tercero por lo que todo otro echo de suposición cometido por la propia persona, o a otra cuyo estado civil consta debidamente, constituiría una infracción diferente, comúnmente el delito de falsedad.

Causas de Exeusa

Art. 361.—“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”.

Según este artículo son dos las causales tenidas en cuenta para atenuar la responsabilidad del agente en el delito de que nos ocupamos, relacionadas ambas con los motivos determinantes.

En el primer caso la ley atiende a la presencia de un motivo altruista o generoso, como es el de favorecer a la persona cuyo estado civil resulta afectado. Pero la validez u operancia de la causal no tiene un carácter absoluto. Así, si por la situación creada con el delito se pretende que el favorecido ocupe el lugar de otra persona, usurpándose en esta forma sus derechos, el móvil altruista no sirve para excusar la conducta del agente. La limitación consagrada por la ley al respecto atiende a un criterio de protección de los derechos de las personas, principalmente para prevenir los perjuicios patrimoniales que pudieran derivarse de la infracción.

No es indispensable, para la estimación del móvil altruista o generoso, que el favor que se pretenda hacer a la persona sea de carácter patrimonial. Bien puede tratarse de asegurar una situación de otro orden, como prestarle apoyo moral, darle una posición familiar, etc.

La segunda causal comprende dos casos relativos a un estado de necesidad que no encuentran en la ley una plena justificación.

El primero de ellos se refiere al delito cometido honoris

causa, cuya significación ya estudiamos respecto del infanticidio y el aborto. Ocurre cuando el responsable ejecuta el hecho para salvar su honor, el de su mujer, su madre, su descendiente, su hija adoptiva o su hermana. La situación de conflicto por motivo de honor entre una de las personas enumeradas y la existencia del niño se resuelve aquí no atentando directamente contra la integridad personal, como pasa en el infanticidio, el aborto y el abandono, sino simplemente suprimiendo una relación con la criatura que surgiría de su verdadero estado civil o filiación.

El segundo caso se presenta cuando se comete el delito "para salvar al niño de un grave e inminente peligro", situación esta que hace referencia a la vida de la criatura cuyo nacimiento provoca un conflicto por cuestiones de honor conyugal o familiar, e inclusive, por razones de otra índole.

Para mejor fijar el alcance de las disposiciones que hemos comentado en este capítulo, consideramos importante transcribir lo pertinente de la exposición del Dr. Carlos Lozano en el seno de la Comisión de reformas penales:

"Alteración del estado civil.—Es este un capítulo muy interesante de la ciencia penal, que ofrece, desde el campo doctrinal y teórico, base para amplias discusiones, pues se trata de un delito en que suelen entrar con mayor frecuencia que en los otros, motivos determinantes de orden altruista y social, y porque no hay criterio uniforme entre los expositores, acerca del cuál es el derecho que se pretende tutelar con esta especie criminosa, ni respecto de quién es la víctima en diversos casos, pues si bien la alteración del estado civil gravita siempre sobre la persona del menor cuya existencia se oculta o se hace incierta, en el caso de suposición de filiación, sin suplantación de persona, el menor suele resultar grandemente beneficiado, y las consecuencias del delito pueden recaer sobre terceros, parientes más o menos próximos, por ejemplo, que pierden sus derechos herenciales.

"Sin embargo, miradas las cosas con el criterio puramente jurídico que debe presidir la sistematización de la parte especial de un Código, y mediando la circunstancia de que este proyecto y la

mayor parte de los proyectos modernos al adoptar la teoría de la peligrosidad y al darle primacía a la consideración de la persona del delincuente, le han dado una extraordinaria flexibilidad y capacidad de adaptación al sistema represivo, los tipos criminosos enunciados en este tema, se perfeccionan, y el alcance de ellos se destaca con claridad.

"Desde la expedición del Código toscano, apareció notorio que las formas de la alteración del estado civil pueden ser tres: la supresión u ocultación, la sustitución o cambio, y la suposición. Se tiene la primera hipótesis cuando no se hace aparecer la existencia de un niño efectivamente nacido, en los registros civiles; la segunda, cuando se cambian dos niños de filiación distinta suplantando al uno por el otro y haciéndolos figurar a ambos como descendientes de personas distintas de los verdaderos padres. Y la tercera, cuando se supone que existe un niño que nació muerto, o que murió al nacer, o que nunca existió, hipótesis que puede presentarse cuando hay suposición de embarazo y de parto que no se presentaron. Desde luego, claro está, que para suponer a una mujer un hijo que no es suyo, hay que arrebatárselo a otra mujer o a otros padres, y, en tal virtud, toda suposición de estado civil supone una sustitución de estado civil.

"Ahora bien: como lo afirmó Carrara con su soberana perspicacia, las dos primeras hipótesis implican siempre o casi siempre un propósito perverso y proclive de hacer daño, la última casi nunca. De ahí que el maestro proponía erigir en delito aparte la suposición de filiación, que se caracteriza además porque el daño del delito recae, en la mayoría de los casos, sobre personas distintas del niño cuya filiación se altera. Y ejemplos hay en que mediando el consentimiento de los cuatro padres interesados, cuando se trató, v. gr., de hacer rico y de alta alcurnia a un niño nacido pobre y en el arroyo, este acto puede convertirse en una verdadera manifestación filantrópica. Los responsables carecen de peligrosidad o capacidad ofensiva. Pero se ve que las disposiciones de la parte general de este Código permiten atender con mayor justicia y amplitud que antes a esta multiplicidad de casos. De ahí que no se haya considerado indispensable apartar las disposiciones del proyecto del sistema tradicional de considerarlas en conjunto. Sin embargo, ha parecido oportuno erigir en circunstancias atenuantes específicas la suposición de filiación sin suplantación de persona, que

aún desde el punto de vista objetivo y abstracto es siempre menos grave. Sobre este punto concreto el sistema consignado en el proyecto se diferencia de todos los anteriores.

"La atenuante procedente de motivos de honor o amor, que son impulsos sociales, aun cuando estén extraviados, se ha conservado también, a pesar de constituir una característica genérica de menor peligrosidad, pues en esta clase de delitos juega un papel preponderante y debe hacer bajar la sanción por debajo del mínimo fijado al adoptár típicamente la sanción, mínimo que no autorizan a traspasar las circunstancias de menor peligrosidad de la parte general del proyecto".

DE LA EVOLUCION CONCEPTUAL DE LA CAUSA

••

Por el Dr.

Enrique Millán