DELITOS CONTRA EL BUEN ORDEN DE LA FAMILIA

HERNANDO GRISANTI AVELEDO
Jefe de la Cátedra de Derecho Penal II, UCAB

Revista de la Facultad de Derecho, Nº 43
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, Venezuela, 1991

SUMARIO

Delitos contra el Buen Orden de la Familia: I. Nociones previas. 1. Objeto jurídico. 2. El incesto, el adulterio y la bigamia no son delitos bilaterales. II. Los delitos en particular. 1. Incesto. 2. Adulterio. 3. Bigamia. 4. Suposición y supresión de estado.

I. NOCIONES PREVIAS

1. *Objeto jurídico.* El bien jurídicamente protegido es el *buen orden de la familia.* La familia es la célula fundamental de la sociedad (artículo 73 de la Constitución Nacional). Sin familias bien cohesionadas por el afecto y el respeto es imposible que exista vida social sana y estable. La sociedad y la familia se parecen al arco de un palacio: quitas una piedra y todo se derrumba *(Talmud).* Las normas éticas y los modales que hacen pacífica y grata la vida comunitaria y permiten la coexistencia humana sólo pueden inculcarse en el seno de la familia. Como afirmó Mirabeau *(Discours sur les successions),* es en el hogar doméstico donde se forman los sentimientos y los hábitos que constituyen la felicidad pública. "La carrera de tus acciones comienza en la familia; la primera palestra de la virtud es la casa paterna" (Silvio Pellico, *Doveri degli uomini*). Escribió Sófocles, en *Antígona:* el que es bueno en la familia es también buen ciudadano.

Los principales derechos que la legislación civil reconoce a los integrantes de una familia y que deben, por tanto, ser amparados por el Código Penal, son éstos: los que adquiere cada cónyugue respecto del otro, al contraer matrimonio, entre los cuales se destacan la *fidelidad conyugal* y la *unidad del vínculo,* que son atacados por el *adulterio* y la *bigamia;* la *moralidad en la familia* considerada como organización y en cada uno de los miembros de ella, lesionada particularmente por el *incesto;* y el *estado civil* o *de familia,* que corresponde a todos y cada uno de los componentes de ésta, por el hecho de formar parte de ella, y es ofendido por la *supresión,* la *alteración* o *suposición* de dicho estado.[1]

1. *Cfr.* Pedro Pacheco Osorio: *Derecho Penal especial,* tomo III, p. 4, Editorial Temis, Bogotá, 1972; Giuseppe Maggiore: *Derecho Penal,* Parte Especial, vol. IV, p. 173, Editorial Temis, Bogotá, 1955.

Algunos de los delitos enumerados lesionan varios de los intereses jurídicos que acaban de mencionarse; como acontece con el adulterio, por ejemplo, que además de ofender el derecho del cónyuge burlado vulnera el que tienen los hijos legítimos o matrimoniales a la conservación de la moral familiar.[2]

Este estudio tiene por objeto el examen de los delitos que vulneran *directamente* el buen orden de la familia. Tales delitos son: el incesto, el adulterio, la bigamia y la suposición y la supresión de estado.

2. *El incesto, el adulterio y la bigamia no son delitos bilaterales.* La doctrina nacional[3] sostiene, con pequeñas variantes, que el incesto, el adulterio y la bigamia son delitos bilaterales. Chiossone[4] llega a escribir que la bigamia puede ser ¡bilateral o unilateral!

Definitivamente, el incesto, el adulterio y la bigamia son delitos individuales; *jamás* bilaterales ni, en general, colectivos o plurisujetivos.

Los delitos bilaterales o, genéricamente, colectivos no pueden ser cometidos por una sola persona física e imputable, sino, al menos, por dos. En ellos, la pluralidad de sujetos activos *forma parte del tipo,* como ocurre en el caso del agavillamiento (art. 287 del C.P. ven.).

En el incesto, el adulterio y la bigamia se requiere la *conducta de dos,* mas *no es menester la culpabilidad de dos.* Así, no comete el delito de adulterio el hombre que tiene acto carnal con mujer casada, creyéndola soltera, viuda o divorciada; ni perpetra el delito de incesto la mujer que copula con su padre, sin conocer tal vínculo de parentesco; ni, por último, comete el delito de bigamia la mujer soltera que contrae matrimonio con hombre casado, al cual cree libre (soltero, viudo o divorciado).

Son decisivas, en esta discusión, las diáfanas palabras de Biagio Petrocelli:[5] "No son bilaterales, y no son en general plurisujetivos,

2. Pacheco Osorio, ob. y t. cits., pp. 4 y 5, quien se adhiere a la opinión de Carrara: *Programa de Derecho Criminal,* párrafo 1863.

3. *Vid.,* por todos, José Rafael Mendoza Troconis: *Curso de Derecho Penal Venezolano,* Compendio de Parte Especial, 3ra. Edición, pp. 370, 388 y *passsim,* Empresa El Cojo, S.A., Caracas, 1967.

4. *Manual de Derecho Penal Venezolano,* p. 631, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1972.

5. *Principi di Diritto Penale,* vol. I, seconda edizione, p. 217, Giovene, Napoli, 1964 Traducción nuestra.

aquellos delitos *(reati)* en los cuales la conducta de uno de los dos sujetos es sólo eventualmente punible, como la bigamia (artículo 556), el adulterio (art. 559), el incesto (art. 564). La pluralidad de las conductas punibles no es aquí esencial, pudiendo aquellos delitos *(reati)* verificarse también con la punibilidad de la conducta de uno solo de los sujetos. En la bigamia, en efecto, es esencial el hecho de cualquiera que, estando ligado por un matrimonio que tiene efectos civiles, contrae otro; no la consciente, y por tanto culpable, participación de la persona con la cual se contrae el otro matrimonio. En el adulterio, es esencial que una mujer casada se junte carnalmente con otro hombre; no que éste sepa, y por eso responda penalmente, que se une con mujer casada. En el incesto, es esencial el hecho de quien, de modo que se derive escándalo público, comete incesto con un ascendiente o un descendiente, o con un afín en línea recta, o bien con una hermana o un hermano; pero no es esencial que estos sujetos sean penalmente partícipes del hecho, el cual puede verificarse también sin conciencia del vínculo de parentesco o de afinidad, o mediante violencia carnal. Cuando la conducta del otro sujeto, en los delitos en cuestión, es punible, ello es producto de la aplicación de los principios generales del concurso de personas en el delito *(reato)*, no ya de una situación inherente a la naturaleza colectiva o plurisujetiva del delito".

La errónea afirmación según la cual el incesto, el adulterio y la bigamia son delitos bilaterales proviene de una simplista contemplación del aspecto *físico* del problema planteado, ignorando su aspecto *jurídico*.

Cada delito es, dilemáticamente, *según su naturaleza y estructura jurídicas,* individual o colectivo; unilateral o bilateral. No puede "cambiar de camisa", según pedestres consideraciones meramente materiales.[6]

II. LOS DELITOS EN PARTICULAR

1. *Incesto.* Según el Derecho Romano del Imperio, el incesto consistía en el acceso carnal entre ascendientes y descendientes o entre colaterales y afines hasta ciertos grados, que por razón del parentesco no podían contraer matrimonio. La pena aplicable era la capital. Se distinguía el *incestus iuris gentium* (perpetrado con ascendiente o descendiente) del *incestus iuris civilis* (cometido con colateral o afín con

6. *Vid.* nuestras *Lecciones de Derecho Penal,* Parte General, quinta edición, corregida y aumentada, pp. 431 y 432, Mobil-Libros, Caracas, 1987.

quien el agente no podía casarse). Esta distinción carece de relevancia, como veremos, a la luz de lo dispuesto en el art. 381 del Código Penal venezolano vigente.

La etiología de este delito, que constituye un hecho contra la misma naturaleza, hállase con frecuencia en estados degenerativos del agente, pero sobre todo en causas sociales, y en particular en las miserables condiciones de habitación de las clases pobres, especialmente en las grandes ciudades, que hacinan a padres, hijos y hermanos en espantosa promiscuidad.

Las razones que justifican el castigo del incesto son, en primer lugar, la lesión del orden moral y jurídico familiar, cuya conservación requiere la abstención de relaciones sexuales entre las personas ligadas por íntimos vínculos de sangre. También se invocan consideraciones eugenésicas basadas en investigaciones biológicas, que demuestran que las uniones entre próximos parientes pueden dar vida a seres anormales y de ínfimo o nulo valor social.[7]

Nótese que, según el artículo últimamente citado del C.P. ven., también son constitutivas de incesto las relaciones sexuales entre afines en línea recta, quienes, normalmente, no están vinculados por parentesco consanguíneo. Claro está que, por ejemplo, la suegra puede ser la tía y el yerno el sobrino, lo que ocurre en caso de matrimonio entre primos hermanos, que no resulta deseable desde el punto de vista genético. Entre tíos y sobrinos, así como entre tíos y los descendientes de los sobrinos, existe un impedimento matrimonial meramente impediente y, además, dispensable (arts. 53 y 65 del Código Civil venezolano vigente), pero tampoco es aconsejable, por razones genéticas, el matrimonio —ni la unión sexual extramatrimonial— entre los parientes consanguíneos que acabamos de indicar.

El art. 381 del C.P. ven. preceptúa: "Todo individuo que, en circunstancias capaces de causar escándalo público, tenga relaciones incestuosas con un ascendiente o descendiente, aunque fuere ilegítimo, con algún afín en línea recta o con un hermano o hermana, germanos, consanguíneos o uterinos, será castigado con presidio de tres a seis años".

A. *Acción.* Nuestro Código Penal no señala en qué consiste el incesto. Por lo tanto, hay que acudir a la doctrina para precisar tal noción.

7. Eugenio Cuello Calón: *Derecho Penal,* t. II (Parte Especial), décimocuarta edición, pp. 618 y 619, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1980.

El incesto es el ayuntamiento carnal entre personas de distinto sexo, vinculadas entre sí por parentesco de consanguinidad o de afinidad que constituya impedimento matrimonial dirimente.

En consecuencia, no han de ser apreciados como incesto los actos libidinosos distintos de la cópula carnal, ni las relaciones homosexuales masculinas o femeninas.

Si bien para que haya incesto, en sí mismo considerado, es suficiente un solo acto de ayuntamiento carnal entre los parientes indicados, para que exista *delito de incesto* es indispensable que los precitados parientes mantengan *relaciones incestuosas,* que puedan apreciarse como una suerte de concubinato.

El art. 381 del C.P. establece, como elemento del tipo de incesto, un *requisito de punibilidad:* es menester que las predichas relaciones se tengan *en circunstancias capaces de causar escándalo público.* Es ésta una cuestión de hecho abandonada al criterio del juez competente.

Con vista a la *lex ferenda,* pensamos que debería bastar para que exista el delito de incesto un solo acto sexual, incluso realizado por personas del mismo sexo, y aunque no se lleve a cabo en circunstancias capaces de causar escándalo público. Anota Maggiore[8] que hay llagas de la vida social que tienen que ser curadas con hierro y fuego, sin falsos pudores ni peligrosas hipocresías. El temor de intervenir con remedios peores que la enfermedad, poniendo en claro oscuras depravaciones, que nadie conoce, se resuelve en una protección, si no es ya complicidad, del incesto cauto y clandestino.

B. *Sujeto activo.* Son los parientes comprendidos en el tipo o, al menos, uno de ellos. Ya se ha dicho por qué en el caso del delito de incesto no es preciso que haya coautoría.

Si el ascendiente tiene acto carnal con el descendiente que no ha cumplido dieciséis años, hay concurso ideal de violación —con violencia *ope legis*— e incesto. Cuando el ascendiente constriñe al descendiente mayor de tal edad a la realización del acto carnal, existe concurso ideal de violación —con violencia efectiva— e incesto. Lo mismo ocurre cuando es el descendiente quien constriñe al ascendiente.

C. *Culpabilidad.* El delito entraña el *dolo,* que consiste en la voluntad consciente de mantener relaciones carnales, a sabiendas de que son incestuosas, en circunstancias capaces de causar escándalo público.

8. Ob. y vol. cits., pp. 208 y 209.

El error sobre la existencia o el grado del vínculo de consanguinidad o de afinidad excluye el dolo.

CH. *Proceso ejecutivo.* Este delito se consuma con las relaciones carnales, entre los parientes preindicados, efectuadas en circunstancias capaces de causar escándalo público. El incesto es un *delito permanente;* perdura mientras se tengan las predichas relaciones. No admite el grado de tentativa ni el de frustración, porque si las relaciones incestuosas se llevan a cabo en circunstancias capaces de causar escándalo público, el delito se consuma; y si las prenombradas relaciones no se realizan en las precitadas circunstancias, no existe delito.

D. *Naturaleza de la acción penal.* El incesto es un delito de *acción pública.*

E. *Penalidad. Presidio* de tres a seis años.

2. *Adulterio.* Ha habido, en la doctrina penal, intensas discusiones en lo atinente a la *punibilidad del adulterio.* En nuestro concepto, debe conservarse el carácter delictivo del adulterio, que implica una gravísima lesión de la fidelidad conyugal, puesto que la ley penal cumple una función ética y social. Por otra parte, en Venezuela existe el divorcio vincular desde 1904; y siempre será preferible el mal del divorcio al del adulterio.

Se afirma que el castigo del adulterio no ha impedido ni siquiera uno solo; pero esta manera de razonar nos llevaría a abolir el Código Penal, que tiene la culpa de no haber acabado con el delito. Se dice que un proceso por adulterio pone en ridículo al marido burlado; pero esto es asunto del esposo, que puede no querellarse, si cree más decente el honor de los cuerpos que el deshonor de un proceso. Se objeta que el amor no se manda y que hay que ser benigno con las pasiones; pero lo que se exige no es que los candidatos a adúlteros le den órdenes al amor, sino a los bajos pruritos de los sentidos; y el argumento de la pasión sirve para justificar cualquier delito, ya que toda infracción implica algún elemento pasional.[9]

A. *Adulterio de la mujer.* El art. 396 del C.P. ven. prescribe: "La mujer adúltera será castigada con prisión de seis meses a tres años.

La misma pena es aplicable al coautor del adulterio".

a) *Acción.* Este tipo legal es anómalo, ya que no describe la acción delictiva.

El adulterio de la mujer es la infracción dolosa de la fe conyugal cometida por la mujer casada que tiene acto carnal, normal o anor-

9. Maggiore, ob. y vol. cits., pp. 187 y 188.

mal, con hombre distinto de su marido. Es un *delito instantáneo,* puesto que se consuma con tal acto sexual, por esporádico que sea.

En consecuencia, en Venezuela, la inseminación artificial heteróloga de una mujer casada, sin el consentimiento de su marido, es un acto atípico, puesto que en este caso no hay acto carnal. No es posible crear delitos por analogía.

b) *Sujeto activo.* La mujer casada y, en su caso, el hombre que tiene acto sexual con ella, a sabiendas de su estado civil.

c) *Sujeto pasivo.* Es el marido de la adúltera.

ch) *Culpabilidad.* Este delito es *doloso.* Si la mujer casada puede creerse, razonablemente, viuda (por ejemplo, en virtud de que le ha sido comunicada, por error y por la autoridad competente, la muerte de su marido en acción de guerra), no comete adulterio. Tampoco incurre en delito el hombre que tiene acto carnal con una mujer casada, en la creencia de que es soltera, viuda o divorciada.

Si la mujer piensa que tiene acto sexual con su marido cuando en realidad yace con otro hombre que fraudulentamente se ha introducido en el lecho conyugal, es inculpable; pero el hombre que ha suplantado al marido deberá ser responsabilizado de violación —con violencia *ope legis*— y adulterio, en concurso ideal.

d) *Proceso ejecutivo.* El adulterio se consuma cuando la mujer tiene acto sexual con hombre distinto de su marido, sin que sea menester la *seminatio intra vas,* esto es, el perfeccionamiento fisiológico del coito. Se concibe la tentativa, pero no la frustración, que se confunde con la consumación.

e) *Penalidad. Prisión* de seis meses a tres años.

B. *Adulterio del marido.* El art. 397 del C.P. estatuye: "El marido que mantenga concubina en la casa conyugal, o también fuera de ella, si el hecho es notorio, será castigado con prisión de tres a dieciocho meses. La condena produce de derecho la pérdida del poder marital.

La concubina será penada con prisión de tres meses a un año".

a) *Acción.* El marido mantiene concubina en la casa conyugal, aunque la relación no sea notoria, o fuera de ella, con notoriedad. El verbo *mantener* no debe tomarse en su acepción económica, sino en el sentido de que el delito es *permanente.* No comete adulterio el marido que tiene un acto sexual aislado con *otra mujer,* a menos que ésta sea también casada, y aquél lo sepa, caso en el cual será coautor del adulterio de la mujer.

b) *Sujeto activo.* El marido que mantiene concubina en las susomentadas condiciones y, en su caso, la concubina que obra con conocimiento del estado conyugal de su amante.

Si un hombre y una mujer casados con terceras personas viven en concubinato, en las circunstancias antes indicadas, ambos incurren en los delitos previstos en los arts. 396 y 397 del C.P., en concurso real.

c) *Sujeto pasivo.* La mujer del hombre que mantiene concubina.

ch) *Culpabilidad.* El tipo es *doloso.* El error acerca de la existencia del vínculo matrimonial excluye el dolo y, en consecuencia, la culpabilidad.

d) *Proceso ejecutivo.* Este delito se consuma con la unión concubinaria, en las condiciones predichas. No admite tentativa ni frustración, puesto que el acto sexual esporádico de un hombre casado con mujer soltera, viuda o divorciada es atípico.

e) *Penalidad.* La pena aplicable al marido adúltero es *prisión* de tres a dieciocho meses. Esta pena es, exactamente, la mitad de la prevista para la mujer adúltera (art. 396), lo que entraña una lamentable injusticia, que no proviene del Codice Zanardelli, que establece la misma pena en uno y otro caso (arts. 353 y 354). La última reforma del Código Civil (26-7-82) eliminó la potestad marital. La concubina será sancionada con *prisión* de tres meses a un año.

C. *Disposiciones comunes*

a) *Tipo atenuado.* El art. 398 del C.P. dispone: "Si los cónyuges estaban legalmente separados, o si el cónyuge culpable había sido abandonado por el otro, la pena de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores, será, para cada uno de los culpables, prisión de quince días a tres meses".

El fundamento de la atenuación de responsabilidad penal radica en que la violación del orden jurídico matrimonial, ya alterado con la separación o el abandono, es más leve que en los tipos simples ya examinados.[10] Adviértase que, en este caso, la pena es la misma para todos los infractores.

b) *Acción privada.* El encabezamiento del art. 399 del C.P. estatuye: "En lo que concierne a los delitos previstos en los artículos preceden-

10. Vincenzo Manzini: *Trattato di Diritto Penale Italiano,* seconda edizione acresciuta e perfezionata, vol. VI, p. 672, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1922.

tes, el enjuiciamiento no se hará lugar sino por acusación del marido o de la mujer. La querella comprenderá necesariamente al coautor del adulterio o a la concubina".

c) *Caducidad de la acción penal.* El art. 399, primer aparte, del C.P., preceptúa: "La instancia o querella no es admisible si ha transcurrido un año desde la fecha en que el cónyuge ofendido tuvo conocimiento del adulterio cometido".

Esta caducidad no debe confundirse con la prescripción de la acción penal, la cual sigue siendo regulada por sus normas generales (arts. 108 a 110 del C.P.). De manera que, si la noticia del hecho fuese obtenida después del transcurso del término prescriptivo, la acción penal no es admisible, aunque la querella haya sido presentada antes de que haya transcurrido un año desde la fecha en que el cónyugue ofendido tuvo conocimiento del adulterio cometido.[11]

d) *Separación por culpa del ofendido.* El art. 399, *in fine,* del C.P. prescribe que la acusación no será tampoco admisible si procede del cónyuge por cuya culpa se hubiere pronunciado sentencia de separación de cuerpos.

e) *Causas de exención de pena.* El art. 400 del C.P. establece: "El culpable de alguno de los delitos previstos en los artículos precedentes quedará exento de pena:

1º En el caso de acusación o querella del marido, cuando la mujer pruebe que él también, en el año anterior al hecho, había cometido el delito especificado en el artículo 397, o había obligado o expuesto a su mujer a prostituirse o excitado o favorecido su corrupción.

2º En el caso de acusación de la mujer, cuando el marido compruebe que ella también, durante el tiempo arriba indicado, ha cometido el delito a que se contrae el artículo 396".

Estas eximentes tiene como fundamento la *indignidad* del acusador.

f) *Desistimiento.* Según el art. 401, enc., del C.P., el desistimiento procede eficazmente aun después de la condenación, haciendo que cesen la ejecución de la sentencia y sus consecuencias penales. Es ésta una norma especial. Como regla, el desistimiento no tiene efecto si interviene después de recaída sentencia firme (arts. 106, enc., 380, segundo aparte, y 387, *in fine,* del C.P.).

11. *Cfr.* Manzini, ob. y vol. cits., pp. 681 y 682.

Dispone el art. 401, aparte único, del C.P. que la muerte del cónyuge acusador produce los efectos del desistimiento.

3. *Bigamia*

A. *Tipo simple.* "Cualquiera que, estando casado válidamente, haya contraído otro matrimonio, o que, no estándolo, hubiere contraído, a sabiendas, matrimonio con persona casada legítimamente, será castigado con prisión de dos a cuatro años" (art. 402, enc., del C.P.).

a) *Acción.* Una persona válidamente casada contrae nuevo matrimonio; o una persona soltera, viuda o divorciada contrae, a sabiendas, matrimonio con persona casada legítimamente.

Como se ve, este tipo contiene, innecesariamente, un *elemento subjetivo (a sabiendas),* que vincula la acción con la culpabilidad, que será estudiada posteriormente. Incluye, además, dos *elementos normativos (válidamente, legítimamente),* que sólo por impaciencia del legislador, para usar la expresión del maestro hispano Luis Jiménez de Asúa, figuran en el tipo.

b) *Requisitos*

a') Ha de existir un matrimonio válido.

b') El nuevo matrimonio debe ser *formalmente* válido, aunque, desde luego, está viciado de nulidad por causa de bigamia.

c) *Cuestión prejudicial civil.* En los juicios por bigamia puede plantearse como cuestión prejudicial civil la nulidad del primer matrimonio, o la nulidad del segundo por causa distinta de la bigamia (art. 8º del Código de Enjuiciamiento Criminal venezolano vigente). Si la nulidad propuesta es declarada con lugar, no hay bigamia. Al respecto la Casación venezolana ha dicho: "El delito surge en el momento en que por virtud de una decisión civil ejecutoriada, quede establecido que la causa de nulidad alegada no existe, y que el segundo matrimonio es nulo sólo por razón de la existencia válida del primero; pues si la jurisdicción civil declara que uno de los dos matrimonios es nulo por cualquiera de los otros vicios que lo afecten según el Código Civil, entonces no podría haber delito de bigamia, que se comete por quien, estando válidamente casado, haya contraído otro matrimonio, que, desde luego, no sea nulo en sí mismo, es decir, que de no existir el primer matrimonio sería válido".[12]

12. *Cit.* por Héctor Febres Cordero; *Curso de Derecho Penal,* Parte Especial, *Delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias,* p. 260, Talleres Gráficos Universitarios, Mérida, 1976.

Por lo contrario, la muerte del primer cónyuge, una vez celebradas las nuevas nupcias, no excluye la existencia de la bigamia, puesto que este delito ya se ha consumado en el momento de tal celebración. La muerte no posee el efecto retroactivo que tiene tal nulidad. Lo que sí ocurre, en la hipótesis planteada, es que empieza a correr el lapso de prescripción de la acción penal derivada del delito de bigamia, en virtud de la disolución, por causa de muerte, del primer matrimonio (art. 404 del C.P.).

ch) *Sujeto activo.* La persona válidamente casada que ha contraído otro matrimonio y, en su caso, quien no estando casado ha contraído matrimonio con persona a la que sabe legítimamente casada. Por lo tanto, la bigamia es un delito de *sujeto activo indiferente,* que puede ser cometido no solamente por una persona casada, como suele creerse, sino también por solteros, viudos y divorciados. En efecto, si una persona soltera, viuda o divorciada se casa con otra a la que sabe casada válidamente, perpetra el delito de bigamia.

Si alguien, después de contraer matrimonio válido en Venezuela y luego de divorciarse en el extranjero, pero sin obtener el *exequatur* de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa,[13] para la sentencia extranjera de divorcio, se casa de nuevo en Venezuela, tal persona comete delito de bigamia, y asimismo perpetra este delito quien, con conocimiento de los hechos preindicados, contraiga matrimonio con ella.

En cambio, no hay delito cuando se ha obtenido el *exequatur.* No importa que la causal de divorcio reciba denominaciones diferentes en la legislación extranjera y en la venezolana. Lo que interesa es que la causal sea, en sustancia, la misma en la una y la otra. Se requiere la *identidad de normas,* sin que sea menester la identidad de nombres. La Corte Suprema de Justicia, en sala Político-Administrativa ha decidido: "Se fundamenta el divorcio en la 'incompatibilidad de caracteres', causal que ha sido reconocida jurisprudencialmente por esta sala, aun cuando no esté expresamente enunciada en nuestras leyes, en virtud de reflejar una evidente y deteriorada relación matrimonial producida por la concurrencia de hechos y circunstancias anteceden-

13. Art. 850 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con arts. 42, ord. 25, y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Excepcionalmente, no es menester el *exequatur* con respecto a las sentencias dictadas en asuntos civiles y comerciales por los tribunales competentes de los países signatarios con Venezuela (Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú) del Acuerdo sobre Ejecución de Actos Extranjeros de 18-7-1911 (aprobación legislativa: 11-6-1912; ratificación ejecutiva: 19-12-1914), a condición, claro está, de que estén satisfechos los requisitos previstos en el art. 5 del Acuerdo precitado.

tes, que a su vez denotan e integran por sí mismos la existencia de otras causales de divorcio: abandono, ofensas, malos tratos, admitidas por nuestra Ley. La incompatibilidad surge como resultado o desenlace de hechos individuales y distintos, lesivos de la vida conyugal, que concluyen por deteriorarla o destruirla. En este sentido se observa que la sentencia extranjera, en uno de sus considerandos, asienta: 'Que en el presente caso, y en virtud de las declaraciones prestadas en audiencia por los testigos Alejandro Amparo Sánchez y José Rivera Reyes, se establece de un modo inequívoco que existe entre los esposos en causa un estado definitivo de incompatibilidad de caracteres, justificada por hechos precisos, que al traducirse al público, éste se ha enterado de la vida poco feliz de dichos esposos constituyendo un serio motivo de perturbación social, por cuyo motivo de perturbación social procede admitir el divorcio aludido'. Tal declaración coincide, aunque en términos diferentes, con la jurisprudencia de este Alto Tribunal. Lo expuesto y transcrito conduce a esta Sala a concluir que los hechos constitutivos de la causal de incompatibilidad, que sustentaron la sentencia extranjera, son admitidos como causal de divorcio en la legislación venezolana, y así se decide".[14]

d) *Sujeto pasivo.* El sujeto pasivo del delito de bigamia es, siempre, el cónyuge inculpable de quien contrajo un segundo matrimonio y, en caso de inocencia de uno de los seudocónyuges unidos mediante el nuevo matrimonio, además este contrayente inculpable.[15]

e) *Culpabilidad.* La bigamia es un delito *doloso.* El dolo consiste en la intención de quien se sabe válidamente casado de contraer nuevo matrimonio; o, en su caso, en la intención de la persona soltera, viuda o divorciada de contraer matrimonio con quien sabe legítimamente casado (elementos intelectual y afectivo). La duda vale como *dolo eventual.*

f) Proceso ejecutivo. El delito de bigamia se consuma con la celebración del nuevo matrimonio, sin que sea necesaria la llamada consumación del matrimonio mismo, esto es, el ayuntamiento carnal de los pseudocónyuges, ni su convivencia.[16]

---

14. Sentencia del 23 de febrero de 1989, con ponencia de la magistrada doctora Josefina Calcaño de Temeltas, en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia,* del doctor Oscar R. Pierre Tapia, Nº 2, año XVI, Editorial Jurídica Pierre Tapia, Caracas, febrero de 1989.

15. *Vid.* Manzini, ob. y vol. cits., p. 698.

16. *Cfr.* Manzini, ob. y vol., cits., p. 701; Füger: *Die bürgerlichrechtlichen Voraussetzungen des Ehebruchs und der Bigamie,* Würtzburg, 1906, p. 47.

Según los autores,[17] la bigamia es un delito permanente. Esta opinión es errónea porque la cesación del estado antijurídico creado con el nuevo matrimonio no depende de la voluntad del agente. En realidad, la bigamia es un *delito instantáneo* aunque de *efectos permanentes*. Así tiene sentido la norma especial consagrada en el art. 404 del C.P.: "La prescripción de la acción penal por el delito previsto en el artículo 402, correrá desde el día en que se haya disuelto uno de los dos matrimonios, o desde el día en que el segundo matrimonio se hubiere declarado nulo por causa de bigamia". Si la bigamia fuese un delito permanente, la citada disposición sería una superflua repetición de la regla prevista en el art. 109, enc., del C.P., de acuerdo con la cual "comenzará la prescripción para las infracciones permanentes desde el día en que cesó la permanencia del hecho".[18] El precepto establecido en el art. 404 es sabio, porque si la prescripción de la acción penal empezase a computarse desde el día de la celebración del nuevo matrimonio, la acción penal podría prescribir no obstante la subsistencia de la situación antijurídica creada por el delito.[19]

La bigamia admite el grado de tentativa. No se concibe, en cambio, el grado de frustración, porque si se realizan todos los actos necesarios para consumar el delito, celebrando un segundo matrimonio formalmente válido, la bigamia se perfecciona. En otros términos, la frustración equivale a la consumación.

La bigamia puede concurrir materialmente, y es lo que ocurre de ordinario, con el adulterio.

g) *Penalidad.* Prisión de dos a cuatro años.

h) *Tipo agravado.* "Si el culpable hubiere inducido en error a la persona con quien ha contraído matrimonio, engañándola respecto a la libertad de su propio estado o el de ella, la pena será de presidio de tres a cinco años" (art. 402, primer aparte, del C.P.).

Ejemplos: Juan, a sabiendas de que está casado, convence a María de que no lo está. O bien, Antonio, que es soltero, induce en error a Claudia, a quien sabe casada, persuadiéndola de que su matrimonio ha quedado disuelto por divorcio.

i) *Agravante específica.* "Será castigado con las penas anteriores, aumentadas de un quinto a un tercio, el que, estando válidamente

17. *Vid.*, por todos, Maggiore, ob. y vol. cits., pp. 181 y 182.

18. *Cfr.* Manzini, ob cit. y vol. cits., p. 701.

19. Cuello Calón, ob. cit y t. cits., pp. 736 y 737, nota 6.

casado, haya contraído otro matrimonio a sabiendas de que el otro contrayente era también legítimamente casado" (art. 402, *in fine,* del C.P.). Esta es la llamada *doble bigamia.*

Ejemplos: Pedro, a sabiendas de que está válidamente casado, contrae matrimonio con Irene, a quien también sabe casada, sin inducirla en error. En este caso, ha de aplicarse a Pedro la pena del tipo básico, con el aumento pautado por la agravante específica.

Rafael, quien sabe que está casado, celebra nuevas nupcias con Lucía, a quien también sabe casada, induciéndola en error en lo concerniente a la libertad de su propio estado o el de ella. En tal supuesto, debe imponerse a Rafael la pena del tipo agravado, también con el aumento proveniente de la existencia de la agravante específica.

j) *Naturaleza de la acción penal.* La bigamia, en todas sus formas, es un delito de *acción pública.*

k) *Efectos civiles.* El art. 403 del C.P. preceptúa: "Los reos de bigamia[20] deberán ser condenados, por vía de indemnización civil a mantener la prole menor de edad; y si la contrayente inocente es soltera y no se ha hecho constar que no es honesta, deberán ser, además, condenados a dotarla".

Certeramente anota Torres-Rivero[21] que este dispositivo es superfluo, porque el matrimonio declarado nulo produce efectos civiles para los hijos y el cónyuge de buena fe (ver art. 127, primer aparte, del Código Civil).

Por otra parte, en Venezuela no existen regímenes dotales.

l) El art. 129 del Código Civil estatuye: "Cuando en el juicio de nulidad de un matrimonio, resultare algún hecho punible de uno o de ambos cónyuges, el Tribunal que conoce del asunto remitirá copia de las piezas correspondientes al juez de la jurisdicción penal para que ante éste se siga el juicio correspondiente".

4. *Suposición y supresión de estado.* El art. 405 del C.P. prescribe: "El que ocultando o cambiando un niño haya así suprimido o alterado el estado civil de éste, así como el que hubiere hecho figurar en los registros del estado civil un niño que no existe, será castigado con prisión de tres a cinco años.

20. *Rectius:* El reo de bigamia.

21. *Delitus contra el estado,* Derecho de Familia, Parte General, pp. 24 y 25, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1985.

El que, fuera de los casos previstos en la primera parte de este artículo, pone en alguna casa de expósitos o en otros lugar de beneficencia, un niño legítimo o natural reconocido, o bien lo presenta en tales establecimientos, ocultando su estado, será castigado con prisión de cuarenta y cinco días a tres años; y si el culpable fuere un ascendiente, la pena de prisión podrá ser hasta de cuatro años".

A. *Acción.* La primera parte de este artículo comprende las siguientes hipótesis:

a) *Supresión de estado,* que suele ser cometida con fines pecuniarios (p. ej., por el padre del *de cuius,* para evitar ser excluido de la sucesión del hijo por un hijo de éste, que es, por lo tanto, nieto del agente).

b) *Suposición de estado,* que también es perpetrada, de ordinario, con miras económicas (verbigracia, por la viuda sin hijos, que se propone excluir de la sucesión de su difunto marido a los ascendientes de éste).

c) *Alteración de estado,* que entraña simultáneamente supresión y suposición. En efecto, se suprime el estado civil que en realidad corresponde al niño; y se supone el que se le adjudica falsamente. Este delito puede perpetrarse para obviar los trámites de la adopción. O, como señala Pacheco Osorio,[22] puede consistir en la *sustitución de un niño por otro.* Así sucede cuando dos madres, que han tenido hijos de diferentes sexos, resuelven permutarlos con el fin de satisfacer los caprichos o deseos de sus respectivos esposos, o de uno de ellos que aspiraba a que su criatura resultase de género distinto del que le dio la naturaleza; o cuando una nodriza o enfermera, con el propósito de favorecer al hijo de su amiga pobre, lo trueca por el de una familia acaudalada. En tales supuestos se lesiona el estado civil de dos niños, a quienes se les *altera* el dicho estado.

El aparte de la disposición en examen prevé la *ocultación de estado,* que no debe ser confundida con la supresión del mismo, puesto que en la ocultación el estado civil del niño (matrimonial o extramatrimonial) ha quedado establecido legalmente. Como esta hipótesis envuelve menor gravedad que las previstas en la primera parte del art. 405, es natural que tenga atribuida una pena menor que la indicada en el encabezamiento. La ocultación se comete frecuentemente en virtud de la miseria del sujeto activo.

Por *niño* debe entenderse no sólo el recién nacido, sino en general el ser que no tiene aún conocimiento de sus relaciones de familia ni capacidad para velar por ellas.[23]

22. Ob. y t. cits., p. 170.

23. *Vid.* Cuello Calón, ob. y t. cits., p. 721.

B. *Culpabilidad.* Es menester el *dolo.*

C. *Proceso ejecutivo.* El delito en estudio es *instantáneo de efectos permanentes.* Admite la tentativa y la frustración.

D. *Penalidad.* La supresión, suposición y alteración de estado acarrean pena de *prisión* de tres a cinco años. La ocultación de estado tiene como consecuencia una pena de *prisión* de cuarenta y cinco días a tres años; y si el culpable fuere un ascendiente, el índice máximo de la pena de prisión puede elevarse hasta cuatro años.

E. *Tipo atenuado por causa de honor o por motivo pietista.* "El culpable de alguno de los delitos previstos en el artículo precedente, que hubiere cometido el hecho por salvar su propio honor o la honra de su esposa, de su madre, de su descendiente, de su hija adoptiva o de su hermana, o por prevenir malos tratamientos inminentes, será castigado con prisión por tiempo de quince días a dieciocho meses" (art. 406 del C.P.).

Aunque según la letra del art. 406 esta atenuación es aplicable a cualquiera de los "delitos previstos en el artículo precedente", parece diáfano que únicamente lo es respecto de la supresión y de la alteración de estado; porque no se entiende cómo puede salvarse el honor de alguien ni prevenir malos tratamientos inminentes mediante la suposición de estado.[24]

F. *Naturaleza de la acción penal.* Este delito, en todas sus clases, es de *acción pública.*

Nota final: Agradezco a mi hija, secretaria y colega Rosibel la paciencia que ha tenido para soportar la tensión derivada de mi afán perfeccionista. Este trabajo de síntesis implica muchas horas de desvelado estudio. Como dijo mi maestro Valentín Silva Melero, hay que pensar mucho para escribir, con claridad y sistema, lo indispensable. En palabras de Gracián, "más obran quintas esencias que fárragos".

Valencia, 13 de septiembre de 1989.

24. *Cfr.* Pacheco Osorio, ob. y t. cits., pp. 177 y 178. Por supuesto, el tipo atenuado también comprende la ocultación de estado.

APENDICE

SUSTRACCION Y RETENCION DE MENORES

El artículo 178 del C.P. ven.[1] dispone: "Cualquiera que, con un objeto extraño al de satisfacer sus propias pasiones, de contraer matrimonio o de realizar alguna ganancia, hubiera arrebatado a una persona menor de quince años, aun[2] consintiéndolo ella, del lado de sus padres, tutores o demás guardadores, siquiera sea temporalmente, será castigado con prisión de seis meses a dos años; e igual pena se impondrá al que, indebidamente, secuestre[3] a dicha persona aunque[4] ésta preste su asenso para ello.

Si el delito se hubiere cometido sin la aquiescencia de la persona arrebatada o secuestrada, o si ésta no tuviere doce años de edad, se aplicarán, según los casos, las disposiciones y las penas especificadas en los artículos precedentes".[5]

---

1. Concuerda con el art. 148 del Código Zanardelli. El legislador penal venezolano incurre en frecuentes y graves errores al traducir el Codice Zanardelli. Pero, en este caso, francamente abusa. Para poner de manifiesto los disparates en que incurre el legislador, creemos necesario transcribir el art. 148 del Código Zanardelli: "El que, con un fin distinto del de lujuria, de matrimonio o de lucro, sustrae a una persona menor de quince años, con el consentimiento de ella, del lado de sus padres o tutores, o del lado de quien sobre aquélla tenía la guarda o la custodia, aunque sea temporal, o la retiene indebidamente, con el consentimiento de ella, será penado con reclusión hasta por un año.

   Si el hecho se ha cometido sin el consentimiento de la persona sustraída o retenida, o si la misma no había cumplido los doce años, serán aplicadas, según los casos, las disposiciones y las penas establecidas en los artículos precedentes". Nuestra traducción no es literal, pero sí fiel.

2. Sobra este adverbio. Por consiguiente, debe leerse: *consintiéndolo* ella. El propio C.P. ven. establece que, si el delito se hubiere cometido sin la aquiescencia del menor, se aplicarán otras disposiciones.

3. ¿Acaso se puede *secuestrar* a alguien debidamente? Obsérvese que el Código Zanardelli se refiere, en este caso, al menor indebidamente *retenido*.

4. Incurre en nuevo desatino el C.P. ven. al emplear esta conjunción adversativa. Léase: *siempre que* ésta preste su asenso para ello.

5. La remisión debe entenderse hecha a los arts. 174, 175 y 177, y no al art. 176, que prevé los delitos de violencia privada y amenazas.

A) *Acción.* La acción estriba en arrebatar (sustraer) del lado de sus padres, tutores o demás guardadores o secuestrar (retener) a una persona menor de quince años con el consentimiento de ella. Impropiamente, el C.P. venezolano emplea los verbos "arrebatar" y "secuestrar".

Si el arrebatamiento (sustracción) o secuestro (retención) se realizan sin el consentimiento de la persona menor de quince años, o si la persona arrebatada (sustraída) o secuestrada (retenida) no tuviere doce años de edad, se aplicarán, según los casos, las disposiciones y las penas especificadas en los artículos 174, 175 y 177 del C.P.

B) *Sujeto activo.* Es *indiferente*. Son penalmente responsables tanto quien sustrae al menor, cuanto quien lo retiene indebidamente. Es obvio que la misma persona puede sustraer y retener, sucesivamente, caso en el cual no hay concurso real de delitos.

C) *Sujeto pasivo*. El sujeto pasivo *inmediato* ha de ser una persona que no haya alcanzado la edad de quince, pero sí la de doce años.[6] Si la persona sustraída o indebidamente retenida no ha cumplido la edad de doce años, se aplicarán, según los casos, las disposiciones y las penas especificadas en los artículos 174 (plagio), 175 (privación ilegítima de libertad perpetrada por un particular) y 177 (privación ilegítima de libertad cometida por un funcionario público) del C.P.

El sujeto pasivo *mediato* es el padre —y la madre—, el tutor o el guardador del sujeto pasivo inmediato.

D) *Objeto material.* Es el mismo sujeto pasivo inmediato.

E) *Culpabilidad.* Este delito es *doloso.* El agente debe obrar con un fin distinto de los de satisfacer sus propias pasiones, contraer matrimonio o realizar alguna ganancia.[7] El fin de satisfacer las propias pasiones (fin de libertinaje) y el de contraer matrimonio determinan la existencia de un delito de rapto (art. 385 del C.P.). Cuando el sujeto activo persigue el fin de realizar alguna ganancia, existe un delito de secuestro propiamente dicho (art. 462, enc., del C.P.).[8] El tipo legal que nos ocupa contiene, por tanto, un *elemento subjetivo remanente o residual.*

---

6. Al interrumpir el ejercicio de la patria potestad, tutela, etc., el hecho perjudica, primordialmente, al menor, en cuyo favor se ejercen tales *poderes familiares* (*cfr.* el primer aparte del art. 261 del Código Civil venezolano vigente).

7. El art. 178, enc., respecto al fin del delito examinado, se expide sólo negativamente, esto es, por exclusión de determinados fines.

8. Sobre el *secuestro propiamente dicho,* es decir, el secuestro con fin de lucro, véase nuestro opúsculo *Dos Estudios de Derecho Penal Especial,* Nº IV de la Colección "Estudios Jurídicos" de la Universidad de Carabobo, Valencia, 1973. Además.

F) *Proceso ejecutivo.* Este delito se consuma con la *sustracción* o la *retención.* Admite el grado de tentativa, pero no el de frustración.

G) *Penalidad. Prisión* de seis meses a dos años.

H) *Naturaleza de la acción penal.* El delito estudiado es de acción pública.

Tomado de nuestro libro *Delitos contra la Libertad.*

nuestro libro *Manual de Derecho Penal,* Parte Especial, *Delitos contra la Propiedad.* pp. 123 a 126, Valencia, 1978.