

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Delitos Contra El Matrimonio y la Moral Familiar

TESIS PRESENTADA POR

María Hortencia Cruz de López

PARA OPTAR EL TITULO DE

Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales

1980.



7
346.016
C957d

96870

ej. 1

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

Ing. FELIX ANTONIO ULLOA

SECRETARIO GENERAL

Lic. RICARDO ERNESTO CALDERON

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. ROBERTO MAURICIO CALDERON

SECRETARIO

Dr. MANUEL ADAN MEJIA RODRIGUEZ

TRIBUNALES EXAMINADORES DE PRIVADOS DE DOCTORAMIENTO

SOBRE: "CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LA-
BORAL"

PRESIDENTE: Dr. Luis Alfonso Méndez Rodríguez
1er. VOCAL: Dr. Carlos Alberto Rodríguez
2do. VOCAL: Dr. Luis Alfonso Salazarr

SOBRE: "MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES"

PRESIDENTE: Dr. Roberto Lara Velado
1er. VOCAL: Dr. Juan Portillo Hidalgo
2do. VOCAL: Dr. José Roberto Ayala

SOBRE: "MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS"

PRESIDENTE: Dr. Román Zúniga Velis
1er. VOCAL: Dr. Rafael Antonio Sánchez R.
2do. VOCAL: Dr. Oscar Mauricio Carranza

ASESOR DE TESIS:

Dr. Carlos Arturo Barrientos Z.

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS

PRESIDENTE: Dr. José Mauricio Rodríguez
1er. VOCAL: Dr. Francisco Rafael Guerrero
2do. VOCAL: Dra. Mirna Ruth Castaneda de
Alvarez

DEDICATORIA:

Con gran devoción a mi madre ejemplar,

ARCADIA CRUZ ALFARO

(de grata recordación)

Con cariño a mi esposo,

FRANCISCO VLADIMIR LOPEZ SOLITO

Con profundo agradecimiento a mi hermana,

CARMELINA AZUCENA CRUZ LETONA

Con amor, a mis adorados hijos:

RUBEN HOMERO,

ERNESTO VLADIMIR y

ROCIO DEL CARMEN LOPEZ CRUZ



I N D I C E:

CAPITULO I

GENERALIDADES

- A- Régimen de Derechos Sociales: Familia
- B- Organización del Código Penal
- C- Delitos contra los Bienes Jurídicos de la Familia
- D- Delitos contra el matrimonio y la moralidad familiar.

CAPITULO II

ADULTERIO

- A- Concepto y Antecedentes Históricos
- B- Bien Jurídico Tutelado
- C- Caracteres del Delito
- D- Sujetos del Delito
- E- Elementos del Delito
- F- Grados de Participación
- G- Penalidad
- H- Acción para perseguir el Adulterio
- I- Efectos.

CAPITULO III

MATRIMONIOS ILEGALES

PRIMERA PARTE

- A- Generalidades

- B- Bien Jurídico Tutelado
- C- Sujetos del Delito

SEGUNDA PARTE

BIGAMIA

- A- Conceptos y Antecedentes Históricos
- B- Análisis del Delito
- C- Elementos del Delito
- D- Requisitos del Delito
- E- Sujetos del Delito y Penalidad
- F- Grados de Participación
- G- Efectos.

TERCERA PARTE

CELEBRACION DE MATRIMONIO CON OCULTACION DE - IMPEDIMENTO

- A- Generalidades
- B- Impedimentos Dirimentes
- C- Sujetos del Delito
- D- Requisitos del Delito
- E- Grados de Participación
- F- Efectos
- G- Penalidad
- H- Responsabilidad de los Funcionarios Partícipes

CAPITULO IV

CELEBRACION SIMULADA DE MATRIMONIO

- A- Concepto de Delito
- B- Requisitos del Delito
- C- Sujetos del Delito
- D- Concurso de Delitos

CAPITULO V

INCESTO

- A- Concepto y Antecedentes Históricos
- B- Sujetos del Delito
- C- Elementos del Delito
- D- Sanción y Medidas de Seguridad
- E- Concurso de Incesto y Otros Delitos

CAPITULO VI

JURISPRUDENCIA

CAPITULO VII

CONCLUSIONES Y BIBLIOGRAFIA

CAPITULO I

GENERALIDADES

REGIMEN DE DERECHOS SOCIALES

El tema objeto del presente trabajo es "DELITOS CONTRA EL MATRIMONIO Y LA MORALIDAD FAMILIAR", por lo que habrá de partir su estudio de la regulación que hace la Constitución Política de El Salvador de la Institución Familiar.

En el título "Régimen de los Derechos Sociales", Capítulo I titulado "La Familia" en los artículos 179 y 180 de la Constitución Política se regula así:

Art. 179. "La Familia, como base fundamental de la Sociedad, debe ser protegida especialmente por El Estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para la protección y asistencia de la maternidad y de la infancia. El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges".

El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia. La delincuencia de los menores estará sujeta a un régimen jurídico especial".

Familia se define como "La Institución Social Básica.

Uno o más hombres que viven con una o más mujeres en una relación sexual socialmente sancionada y más o menos permanente con derechos y obligaciones socialmente reconocidos, juntamente con su prole".

"Las cuatro formas generales o tipos por orden de frecuencia conocidos son: MONOGAMIA, POLIGINIA, POLIANDRIA y MATRIMONIOS POR GRUPOS" (1)

Desde el punto de vista sociológico, al decir socialmente sancionado se refiere a cualquier amenaza de pena o promesa de recompensa establecida por un grupo con el fin de conseguir de sus miembros una conducta conforme a sus normas o leyes. La Sanción Jurídica es una forma de sanción social ya que las sanciones dependen de la clase de grupo social a que se aplique, así tenemos, normas sociales, morales, religiosas jurídicas y la Institución Familiar está protegida por todas dependiendo del punto de vista de que se analice si es El Estado el que la protege será a través de sus normas civiles y penales.

El principio constitucional nos dice que "La Familia como base fundamental de la sociedad, debe ser protegida por

(1) Henry Pratt Fairchild. Fondo de Cultura Económica. Diccionario de Sociología.

El Estado". En qué forma el Estado protege a la familia? dictando leyes que la protejan, por ejemplo, el Código Civil contempla los requisitos para contraer matrimonio, obligaciones entre padres e hijos sean éstos de cualquier filiación, las obligaciones entre los cónyuges, lo relativo al derecho sucesoral, derecho de alimentos, etc., y en el Código de Trabajo, se regulan las prestaciones por maternidad; existe un Código de Menores para protección de éstos.

La Familia Salvadoreña tiene dos fuentes: el matrimonio y el concubinato; el primero como fundamento legal de la familia, y el segundo, como fundamento de hecho pero siempre esta protegida la familia.

En cuanto a que: "El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges". Entre este principio y el Código Penal existe una contradicción al tipificar el adulterio, concede desigualdad jurídica al hombre y a la mujer, en cuanto a los requisitos necesarios para la tipificación del delito por parte de la mujer, basta que se de una sola acción para que se considere cometido el delito; en cuanto al delito cometido por el hombre, es necesario que se dé la convivencia, concubinato o amancebamiento entre el hombre y su condelincuente y además a otros requisitos como el menosprecio a la cónyuge, o a las buenas -

costumbres o con el incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar; ésto nos demuestra que en ese sentido no hay igualdad jurídica entre los cónyuges, aunque éste tenga su fundamento en la moral.

Art. 180 C.P. "Los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, y los adoptivos tienen iguales derechos en cuanto a la educación, a la asistencia y a la protección del padre".

"No se consignará en las actas del Registro Civil, ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni se expresará en las partidas de nacimiento el estado de los padres".

El inciso primero contempla la igualdad de derechos en cuanto a la educación, asistencia y protección del padre, pero en el Código Civil establece por separado los derechos de los hijos legítimos o ilegítimos, en cuanto a la forma de hacer efectivos los derechos de los mismos en el aspecto sucesooral existe una marcada distinción, ya que la existencia de unos excluye a otros.

El inciso segundo hace una prohibición en cuanto a que no se consignará en las actas del Registro Civil, ni en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres. No obstante, el Código Civil, hace diversas calificaciones de

los hijos para indicar su filiación:

- Arts. 34 y 38 C.
 - (Legítimos
 - (Legitimados
 - (Ilegítimos

- Art. 35 C.
 - (Hijos Naturales
 - (Adulterinos
 - (Art. 36 C.
 - (Incestuosos
 - (Art. 37 C.
 - (Hijos de dañado ayuntamiento.

En nuestro medio aún cuando no se consigne el estado civil de los padres, se sigue una fórmula para cada una de las diversas calificaciones así:

1o) Se trata de hijo legítimo cuando en la partida se consigna primero el nombre del padre y luego el de la madre.

2o) Se trata de hijo natural si aparece el nombre de la madre y del padre, y además las otras formalidades como: manifestar el padre ante el Alcalde o funcionario respectivo reconocerlo como hijo suyo.

3o) Es ilegítimo cuando solo se consigna el nombre de la madre.

4o) Si se trata de hijo legitimado o reconocido con posterioridad deberá hacerse la respectiva marginación.

Nuestras leyes protegen el matrimonio monogámico, es decir, el contraído con una sola persona; esto se deduce al castigar la bigamia o doble matrimonio.

B- ORGANIZACION DEL CODIGO PENAL

El Código Penal adopta una clasificación atendiendo a los bienes jurídicos que protege, siguiendo una forma concéntrica, en cuyo punto central se encuentra el hombre y poco a poco se va ampliando la esfera de protección hasta abarcar los delitos de trascendencia internacional y agrupa los delitos de la siguiente manera:

- a) Delitos contra los bienes jurídicos de las personas;
- b) Delitos contra los bienes jurídicos de la familia,
- c) Delitos contra los bienes jurídicos de la sociedad;
- d) Delitos de trascendencia internacional.
- e) Delitos contra los bienes jurídicos del Estado.

C- DELITOS CONTRA LOS BIENES JURIDICOS DE LA FAMILIA

En el Código Penal se han considerado delitos contra los bienes jurídicos de la familia los siguientes:

- 1o) Delitos contra el matrimonio y la moral familiar.
- 2o) Delitos contra el Estado civil familiar.
- 3o) Delitos contra la asistencia familiar.

Ha de considerarse de gran trascendencia para la Legislación Penal Salvadoreña, que dentro de sus estructuras se hayan contemplado estos delitos, dedicando un capítulo especial a ellos, logrando en esa forma, colocarse a la altura de otros Códigos de avanzada, ya que en la anterior Legislación no estaban agrupados como hoy, ni estaban planteados con la claridad necesaria, viniendo así a llenar algunos vacíos de la Ley.

En esa forma se trata de cumplir con el precepto constitucional de dar una eficaz protección penal a la Institución Familiar.

D- DELITOS CONTRA EL MATRIMONIO Y LA MORAL FAMILIAR.

Antes de analizar los delitos contra el matrimonio y la moral familiar se dará un concepto de matrimonio: "Unión en himeneo, unión de hombre y mujer formada por el casamiento" (1).

Es una Institución Social que constituye la forma reconocida para casarse o fundar una familia. Es el estado de los casados.

(1) Henry Pratt Fairchild. Diccionario de Sociología.
Fondo de Cultura Económica.

La forma de matrimonio aceptada por nuestra Legislación, es el matrimonio monogámico, en el cual un solo varón - está unido con una sola mujer. Esto aunque no hay disposición expresa, se deduce al sancionar la bigamia, que es la forma - mas sencilla de poligamia.

Los delitos contra el matrimonio y la moral familiar - comprenden:

- a-) ADULTERIO: ((10. Bigamia
- b-) MATRIMONIOS ILEGALES ((20. Matrimonio con ocultación de impedimento.
- c-) CELEBRACION SIMULADA DE MATRIMONIO CIVIL;
- d-) INCESTO.

La protección que la Ley concede a la institución de - la familia y especialmente al matrimonio monogámico, en El Salvador tiene sus orígenes en el Derecho Indígena, donde se regulaba el matrimonio monogámico, pues aún cuando "los señores - principales, nobles poderosos, tenían la costumbre -que era - tolerada- de tener concubinas previa celebración de un matri- monio menos solemne con cada una de ellas" (1), sin tomar en -

(1) Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas. II - Tomo. Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz. 2a. Ed. Editorial Uni- versitaria. Pág. 20.

cuenta algún impedimento existente entre los contrayentes.

Había asimismo privilegios en cuanto a los impedimentos para contraer matrimonio, pues mientras los caciques y nobles podían casarse con cualquier persona, para los plebeyos, el pueblo en general, el matrimonio entre parientes consanguíneos así en línea recta, indefinidamente, en la línea colateral hasta el cuarto grado y también estaba prohibido los parientes afines indirectos o cuñados (1), de donde se concluye que algunos impedimentos señalados en el actual Código Civil, tiene sus raíces en el Derecho Indígena.

"El Adulterio, era odioso entre los Pipiles y severamente reprimido; a los adúlteros se les aplicaba la pena de muerte y aún los meros amagos de seducción de una mujer casada, eran castigados; así, al que sorprendían haciendo señas a una mujer casada lo desterraban del pueblo y le quitaba todos sus bienes también se castigaban los simples cuchicheos con una mujer casada" (2)

"En el Derecho de Indias la familia no solo se componía de los ascendientes, descendientes y colaterales "sino tam

(1) Obra citada. Pág. 20

(2) Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz. Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas. II Tomo. 2a.Ed. Editorial - Universitaria. Pág. 21

bien de los indios y los esclavos que se encargaban del trabajo, bajo la dirección y custodia del Jefe de Familia Español" (1).

En esta época, "estaba terminantemente prohibida la poligamia, para los españoles e indios (2) en lo que sí hubo poca restricción o al menos estaba permitida no obstante el rigorismo de las leyes principalmente cuando de evitar las ofensas a los principios de la religión católica se trataba, hubo no poca debilidad, en lo que se refiere a los matrimonios incestuosos que los indios acostumbraban a celebrar. Es decir matrimonios con sus propias hermanas y otros parientes (3).

Así se estableció que "a los indios casados con sus propias hermanas con arreglo a sus ritos y costumbres, se permite que se ratifique el matrimonio, según la iglesia hasta tanto el Pontífice sea consultado respecto de lo que se debía hacer; y a los casados con sus tías o sobrinas carnales y cuñadas, como la sentencia del Apóstol decía, que las leyes de los fieles no obligan a los que están fuera de la Iglesia, se

(1) Obra citada. Pág. 25

(2) Obra citada. Pág. 25

(3) Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz. Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas II Tomo. 2a. Ed. Editorial Universitaria. Pág. 27.

declara que deben quedar así" (1), aunque lo anterior se consideraba inmoral por las ideas espirituales y religiosas de los conquistadores, como medida política hubo de aceptarse porque tenía sus raíces demasiado profundas para abolirlas intempestativamente.

Los matrimonios clandestinos que se celebraban, llamados anteriormente menos solemnes, eran los contraídos secretamente por un hombre y una mujer, celebrados sin la presencia del Ministro religioso, sin la presencia de testigos e incluso sin la presencia del funcionario que representare al Poder Público y eran considerados nulos.

Casarse con las prohibiciones se tenía como impedimentus criminus.

Entre las sanciones aplicadas durante la época colonial, además de la prohibición de que la persona, solo podía volver a casarse si moría su cónyuge, la infracción de esta regla era castigada con cien azotes y el corte del cabello, esa misma pena se aplicaba a quien se casaba con él o ella, si sabía que éste era casado; el hombre era devuelto a su mujer.

Se considera que los delitos contra el matrimonio aten-

(1) Obra citada. Pág. 27

tan al mismo tiempo contra la moral familiar en general, pero específicamente se estima que atenta contra el matrimonio, el adulterio, la bigamia, los matrimonios ilegales sea porque se oculta algún impedimento, sea por la simulación de su celebración o porque éste sea contrario a las Leyes.

Atenta contra la moral familiar, la celebración simulada de matrimonio y el incesto, porque nuestra sociedad considera que va contra todo principio moralizador ya que la moral se dice que es la ciencia de las costumbres sociales, pues estas normas reciben muchas veces solo el amparo del Derecho para que se cumplan, cuando así es permitido.

Un hecho puede ser moralmente repudiado en cierto lugar y constituir costumbres en otro, por ejemplo el adulterio es reconocido como ético entre los esquimales, conminado con leves penas en unos y castigado severamente en otros. La moral familiar es por lo tanto relativa.

CAPITULO II

ADULTERIOA- CONCEPTO Y ANTECEDENTES HISTORICOS

El término adulterio puede definirse desde varios puntos de vista, a saber:

Concepto Sociológico: "Adulterio: Mantenimiento de relaciones sexuales extraconyugales entre personas casadas".(1)

El concepto de Adulterio: que nos da el Diccionario de Derecho Penal de Raúl Goldstein es el siguiente: "Proviene de Adulterius, Adulterare, viciar, falsificar alguna cosa".

Ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer siendo uno o los dos casados.

Según el Diccionario Usual de Cabanellas, el término - adulterio se tomó de dos palabras latinas: Alterius y Torus, que significa en lengua romance LECHO DE OTRO.

El Concepto Legal: Es el acceso carnal que un casado - tiene con una mujer que no sea la legítima, o una mujer casada con hombre que no es su marido.

(1) Henry Pratt Fairchild. Diccionario de Sociología. Fondo - de Cultura Económica, México.

Casi sin excepción, en todos los pueblos del mundo ha sido castigado el adulterio como uno de los más graves delitos, pues atenta contra los deberes conyugales y contra la base de la familia, concretamente contra el matrimonio monogámico y el buen orden familiar; uno de los deberes del matrimonio es la fidelidad que ambos cónyuges se deben.

En lo Penal, el adulterio tiende a eliminarse de los Códigos Penales. Se justifica en vista que no tienen aplicación las disposiciones porque la conducta del uno puede ser determinada por el otro, y razones de moralidad.

ANTECEDENTES HISTORICOS (1)

En la India según las leyes de MANU, disponían que las adúlteras fueran devoradas por los perros y que el amante muriera quemado.

En el pueblo Egipcio Antiguo, aplicaban la pena de muerte pero en tiempos de HERODOTO, se limitaban a arrancarle la nariz a la mujer y a azotar a su cómplice.

En China la mujer podía acusar al marido por su infide-

(1) G. Cabanellas - L. Alcalá Zamora. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo I. Nueva Edición.

lidad, que le acarreaba morir ahogado.

Entre los Arabes, pese a la poligamia, la pena primitiva era la prisión perpetua, luego se introdujo la pena de muerte siempre que el adulterio se hiciera constar con cuatro testigos.

Entre los Judíos, el adulterio se castigaba con lapidación y el surgir el cristianismo, éste no estableció condena estricta para los adúlteros.

En Grecia la sanción para el adulterio iba desde ser coronados de lana, pasearlos en asno, exponerlos a la risa del pueblo, la libre venganza del marido agraviado, hasta la pena capital.

En Esparta, debido a Jenofonte, el adulterio era consentido y Licurco no estableció pena contra él.

"El Derecho Romano Primitivo no penó el adulterio de la mujer, su castigo estaba reservado al Tribunal doméstico pero el marido podía incluso matarla, así como al correo (1).

Por La Lex Julia de Adulteriis, que convertía el adul-

(1) Eugenio Cuello Calón-Bosch. Derecho Penal, Tomo II Parte Especial. Undécima Edición. Casa Editorial Urgel 51-Bis-Barcelona 1961. Pág. 573

terio en un delito público que podía ser acusado por todos - los ciudadanos, siendo castigado con la relegación de los culpables, con la co-fiscación y la infamia (1).

Posteriormente con el cristianismo, se eleva el matrimonio a la categoría de sacramento y lo funda en la monogamia, la fidelidad y el amor a los cónyuges, pero no estableció condena estricta para los adúlteros y perdona a la mujer adúltera para asombro de sus enemigos.

El pueblo romano dando su propia interpretación al cristianismo impuso penas como la muerte del amante a espada.

La mujer era castigada con la pérdida de la dote no podía contraer nuevas nupcias, ni testificar pérdida de la estola de matrona y tenía que llevar la toga de cortesana, confiscación de sus bienes si era cometido con un esclavo, éste era penado con muerte en la hoguera otra sanción era la reclusión de la mujer en un monasterio, quien podía ser sacada luego de una penitencia de dos años, por el marido agraviado.

Se incluyó el adulterio del marido.

El derecho medieval español, reprimía el adulterio de

(1) Obra citada. Pág. 573

la mujer, porque éste podría causar daño al hogar, al introducir en su seno hijos extraños, llamado Turbatio Sanguinis en cambio el adulterio del hombre, no era sancionado con pena alguna porque éste se dice no hace daño ni deshonra a su mujer.

La impunidad del marido por ser adulter, se fundaba, no solo en un concepto social, sino en una razón de justicia, la de carecer la mujer de capacidad para acusar.

En el Código Civil de 1904, el Art. 104, consideraba el adulterio como un impedimento para contraer matrimonio entre los culpables, mejor dicho entre los condenados de adulterio y sus cómplices.

B- BIEN JURIDICO TUTELADO

Toda tipificación de un delito tiene por finalidad proteger determinado bien jurídico, así al regular el adulterio, se protege una serie o complejo de intereses que de acuerdo al Código Argentino uno de los bienes jurídicos tutelados es la honestidad, esto indica que se incluye este delito entre los que atentan contra la HONESTIDAD (1) entendida ésta como

(1) Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino. Tomo III. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1976.

una exigencia de corrección interpuesta por las buenas costumbres en las relaciones sexuales, pero específicamente en el orden de la familia.

Según el penalista Sebastián Soler, al tipificar el adulterio se está protegiendo un complejo de intereses como la concepción del matrimonio y la familia, la base misma de la sociedad, el valor social del amor en sí mismo la moralidad y la pureza de la descendencia, la concepción de las relaciones sexuales y la honestidad (1) hay por ende una violación de la fe conyugal cometida corporalmente y a sabiendas.

De acuerdo al Código Civil Salvadoreño, al regular las obligaciones de los cónyuges en el Art. 182, establece "Los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad y a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida".

Como es de notarse que desde el punto de vista civil ya está protegida la fidelidad y desde el punto de vista penal, lo regula en el Art. 265 del Código Penal.

Será sancionado con prisión de seis meses a dos años:

1o) La mujer casada que tuviera acceso carnal con va-

(1) Obra citada. Pág. 273

rón que no sea marido y el que lo tuviera con ella sabiendo - que es casada y

2o) El marido que tuviera concubina con menosprecio de su cónyuge o de las buenas costumbres o con incumplimiento - de las obligaciones de asistencia familiar y la concubina.

Fundamento violación del compromiso legal y moral con traído por el matrimonio y eliminación de las posibilidades - de introducir al mismo, un hijo con distinta paternidad.

C- CARACTERES DEL DELITO

Es un delito..... { A) Formal
{ B) Autónomo
{ C) Instantáneo o Continuado.

A- Es un delito formal, porque se produce aun cuando - la acción u omisión no logre el resultado requerido por los autores.

Los delitos formales son de simple actividad o meros - delitos de acción y no de resultado.

Los partidarios de distinguir entre delitos formales - y materiales dicen: que en los delitos de simple actividad se agota el tipo en el movimiento corporal del agente, no siendo necesario un resultado externo (1) como el adulterio.

(1) Luis Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. 5a.Edición. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. Pág.215

B- Es un delito Autónomo: porque no depende de otro - delito para que se realice; y

C- Es delito Instantáneo, porque existe unidad de acción y unidad delictiva, se consuma en un momento, con una sola acción de la voluntad criminal, siendo esta la condición de la mayoría de delitos.

El adulterio de la mujer, se sanciona aunque tenga un solo acceso carnal, con un hombre que no sea su marido, por eso presenta la característica de instantáneo.

Si el delito es cometido por hombre presenta la característica de Continuidad, propia del delito, sin que por ello haya concurso de delitos, debe ser Continuado porque solo se estima como delito, cuando éste tiene concubina o manceba, es decir que no basta que se practique un acceso carnal con mujer que no sea su esposa, sino que precisa que sean varias las uniones sexuales con la misma mujer que mantiene en condición de concubina, es por ello que se dice que es delito continuado cuando la comisión es por el hombre.

D- SUJETOS DEL DELITO

En cuanto a los sujetos se pueden presentar algunas variantes, según que se tenga conocimiento o no de la existencia del vínculo matrimonial.

SUJETO ACTIVO

La mujer que yace con varón que no es su marido.

El hombre que yace con la mujer casada, sabiendo que lo es, hay en este caso un codelincuente.

La Codelincuencia puede ser voluntaria y necesaria en este caso es necesaria por ser un delito bilateral, se necesita del otro.

Es la Codelincuencia requerida por la de función legal para la configuración del delito.

La doctrina tradicional considera en la codelincuencia un delito único, con tantas responsabilidades como partícipes.

Es la unidad de delito con pluralidad de agentes (1).-

La doctrina de la equivalencia de toda participación - considera al cómplice como autor y puede haber disminución de la pena para aquel cuya participación tuvo escasa importancia (2).

(1) Luis Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito-Principios de Derecho Penal. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 5a. Edición. Pág. 497.

(2) Ibidem. Pág. 498

SUJETO PASIVO

El cónyuge agraviado.

La mujer o el hombre que ignora la existencia del vínculo matrimonial, y yace con mujer u hombre casado.

E- ELEMENTOS DEL DELITO

Para analizar los elementos del delito debe tomarse el artículo dividido en sus dos numerales Art. 265 C.Pn.

"Será sancionado con prisión de seis meses a dos años."

1o) La mujer casada que tuviere acceso carnal con varón que no sea su marido y el que lo tuviere con ella sabiendo que es casada.

Encontramos tres elementos

a) Un acto de yacimiento de mujer casada con varón que no es su marido.

b) Un matrimonio preexistente.

c) Que el hecho sea voluntario.

a) Un acto de yacimiento, de unión carnal, de conjunción de los sexos o contacto carnal con persona de otro sexo, aún cuando esta no sea completa.

No integran el delito ni los actos libidinosos o manifestación de la energía o deseo sexual, instintivos que en-

cuentra expresión dinámica en el apego del Yo, a los objetos o a las personas (1) ni las familiaridades sexuales.

El acceso carnal de la mujer casada ha de tener lugar con varón que no sea su marido, por tanto las relaciones sexuales desviadas de una mujer casada con otra no pueden constituir delito.

El acceso carnal se entiende como la penetración del órgano genital masculino, en orificio natural de otra persona sea por vía normal o anormal, de modo que dé lugar al coito o a un equivalente anormal de él (2). Cualquier otra relación que no importe penetrar, carece de tipicidad para configurar el delito la penetración es suficiente para tener por satisfecho el requisito del acceso carnal (3).

No es necesario que el acto sexual alcance la perfección fisiológica, que se produzca la eyaculación, ni que la penetración sea completa (4).

La mujer comete adulterio sensu stricto incurre en él con un solo acto.

(1) Henry Pratt Fairchild-. Diccionario de Sociología. Fondo de Cultura Económica.

(2) Carlos Fontán Balestra. Derecho Penal (Parte Especial). 8a. Edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Pág. 170

(3) Ibidem.

(4) Ibidem.

Sin unión carnal no hay adulterio, aún cuando la mujer sea fecundada mediante la inseminación artificial por un hombre que no sea su marido.

Es indiferente que se engendre hijos en el momento de la comisión del delito, pues por enfermedad o edad del co-autor, podría ser imposible la concepción.

b) Un matrimonio pre-existente para nuestra Legislación debe tratarse de matrimonio civil cualquier otro lazo como la promesa de matrimonio o la existencia de matrimonio religioso no tipifica el delito y si el matrimonio es anulable, mientras éste no se declare por el Tribunal competente el delito subsiste.

c) Voluntariedad del hecho la unión carnal de la mujer debe ser realizado por ésta, con conciencia y voluntad, debe por lo tanto, tener conciencia de un estado matrimonial la voluntariedad se presume, siempre que no se pruebe lo contrario si creyere de buena fe, que su matrimonio se halla anulado o disuelto por la muerte del marido, se excluye el dolo - tampoco sería culpable de este delito la mujer violada, ni la que, siendo víctima de engaño tiene trato carnal con hombre que no es su marido, tomándolo por éste.

El codelincuente del delito de adulterio, debe obrar -

con conocimiento de que la mujer es casada y debe querer el -
acto con dicha mujer.

Si ignora el vínculo matrimonial, no comete delito de
adulterio, en tal caso solo la mujer podrá ser perseguida por
este delito.

El numeral segundo del artículo 265 del mismo Código,
regula el adulterio del marido, el cual dice: "Será sanciona-
do con prisión de seis meses a dos años;

El marido que tuviere concubina con menosprecio de su
cónyuge o de las buenas costumbres o con incumplimiento de -
las obligaciones de asistencia familiar".

De esta sección del artículo podemos concluir los ele-
mentos:

- a) Un matrimonio pre-existente;
- b) Tenencia de una concubina.
 - 1a) Con menosprecio para la cónyuge.
 - 2a) Con menosprecio a las buenas costumbres.
 - 3a) Con incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar.
- c) Que el hecho sea voluntario.

Estos elementos los analizaremos en la forma siguien-
te:

a) En cuanto a la pre-existencia de un matrimonio debe ser legalmente válido y en las mismas circunstancias en que se comentó anteriormente al tratar el delito de adulterio de la mujer;

b) El marido que tuviere concubina, en otras palabras que viva en concubinato.

Antes de proseguir con las diferentes variantes, aclararemos que se llama CONCUBINA: "a la mujer que sin haber contraído matrimonio con un hombre, vive, cohabita con él como si fuera su marido" (1) razón por la cual algunos Códigos han tomado como sinónimo de MANCEBA: "La mujer con la cual, sin ser la legítima, se mantienen relaciones sexuales continuas" (2)

Las relaciones pueden ser permanentes y con caracteres familiares con el propósito de mantener un hogar con hijos y cumplimiento de los deberes conyugales comunes, aunque sin Registro Civil, en este caso se está ante un concubinato.

Para el Legislador Salvadoreño no es indiferente el concubinato ya que entre nosotros lo ha tomado en cuenta en la - Legislación Penal, al referirse al homicidio agravado y a las

(1) Guillermo Cabanellas. Diccionario de Derecho Usual, Tomo I

(2) Obra citada. Tomo II.

faltas; en la Legislación Laboral al referirse a las prestaciones laborales en las Leyes Secundarias como la Ley del Instituto Salvadoreño del Seguro Social cuando se refiere a los beneficios otorgados a los trabajadores en caso de accidente de trabajo; según los artículos 39 y 55 de la Ley.

Lo anterior ha sido tomado en cuenta por la comisión -elaboradora del proyecto del Código de Familia al regular las uniones voluntarias de familia, en sus artículos 63 a 68.

La institución de las mancebas estaba consentida para los solteros, con tal de que fuera una sola, a fin de lograr la certidumbre de la paternidad y a asegurar el mantenimiento de la prole natural, tales uniones eran matrimonios tácitos por ese reconocimiento legal a la que se refieren las primeras -leyes.

El concubinato es pues el estado en que se encuentran -el hombre y la mujer cuando comparten casa y vida como si fueran esposos pero sin haber contraído ninguna especie de matrimonio (1); decimos esto último porque hay legislaciones donde el matrimonio religioso es el más importante o mejor dicho el que produce efectos legales o en otras legislaciones donde se

(1) Guillermo Cabanellas. Diccionario de Derecho Usual. Tomo I.

requiere de la celebración de ambos matrimonios civil y religioso para que produzca efectos jurídicos o indistintamente la celebración de uno de ellos.

El concubinato a pesar de su regulación legal, siempre es visto como contrario a las buenas costumbres, no existiendo sanción penal alguna, si los miembros del concubinato no están vinculados independientemente en matrimonio, el cual apareció sancionado para el hombre casado con pena pecuniaria, desde la **NOVISIMA RECOPIACION**.

Producido el concubinato, para que sea sancionado el adulterio cometido por el hombre, se requieren que se den otras situaciones a saber,

1) CON MENOSPRECIO PARA LA CONYUGE.

En cuanto a esto diremos que "menospreciar" es apreciar a una persona o cosa en menos de lo que vale, por ignorancia de los méritos reales" (1). El menosprecio es pues una estimación inferior a la que merece algo o alguien; o sea que no se da el valor indicado a su cónyuge irrespetándole o concediéndole menor valor.

(1) Guillermo Cabanellas. Diccionario de Derecho Usual. Tomo II.

2) CON MENOSPRECIO A LAS BUENAS COSTUMBRES.

Esto consiste en que no existe la conformidad que debe existir entre los actos humanos y los principios de la moral. Por supuesto, que las actividades delictivas se hallan comprendidas de lleno entre los actos contrarios a las buenas costumbres y si se trata de esta clase de delitos, con mucha mayor razón se atenta contra las buenas costumbres.

Podría ser que se presente el concubinato y no se de el menosprecio a la cónyuge, ni a las buenas costumbres, pero podría ser que se presente un tercer elemento o situación:

3o. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

Las obligaciones entre padres e hijos, se encuentran regulados en el Código Civil en los artículos 239, 241, 291 y 338, este último regulando a quienes se deben alimentos por ley; a su vez el Código Penal en el Art. 275 establece: "El padre, adoptante, tutor o curador de un menor de dieciocho años o de una persona desvalida que deliberadamente omitiere mediante sentencia civil ejecutoriada o convenio celebrado en la Procuraduría General de Pobres o fuera de ella, prestar los medios indispensables de subsistencia a que está obligado, será sancionado con quince a cincuenta días multa".

"Si el autor del delito para eludir el cumplimiento de la obligación alimenticia, traspasare sus bienes o se valiere de cualquier medio fraudulento, la sanción podrá aumentarse - hasta la tercera parte del máximo señalado".

"Será sancionado con quince días a noventa días multa, el concubinario que abandonare económicamente a la mujer embarazada por obra suya, si el concubinato fuere público y notorio y la mujer careciere de medios propios de subsistencia".

El concubinato y cualquiera de las tres situaciones antes mencionadas, será motivo para acusar de adulterio al marido, así como a su codelincuente, la concubina, en la misma forma que lo es el codelincuente de la mujer casada.

Es de observarse que el delito señalado en el Art. 275 del Código Penal, es un elemento en el delito de adulterio cometido por el marido. Al mismo tiempo se ha visto que la ley - da un trato desigual, en cuanto a los elementos del delito, - no así en cuanto a la pena, lo que se considera que va contra el principio constitucional señalado en el Art. 150 C.P. "Todos los hombres son iguales ante la ley": Tal desigualdad se justifica en la fidelidad conyugal que debe existir llamada - turbatio sanguinis, porque la mujer puede llevar hijos espúreos al matrimonio.

F- GRADOS DE PARTICIPACION

En la comisión de este delito, además de la participación de los sujetos activos, pueden concurrir terceros que tendrán la calidad de partícipes.

En cuanto a la tentativa, ésta se presenta en caso de que sea la mujer el sujeto activo del delito, no así cuando se trata del hombre, pues no se concibe la tentativa de tener concubina, o se dan o no las condiciones para tipificar el delito consumado.

G- PENALIDAD.

La sanción para la comisión de este delito es PRISION DE SEIS MESES A DOS AÑOS. Debe tomarse en cuenta que este delito es excarcelable de acuerdo al Art. 250 del Código Procesal Penal, la razón por la que procede este beneficio, es porque el delito está sancionado con pena privativa de libertad que no excede del límite máximo de tres años de prisión; y se conoce en Juicio Sumario por el Art. 394 del Código Procesal Penal.

H- ACCION PARA PERSEGUIR EL ADULTERIO

Art. 266. "El Delito de adulterio sólo es perseguible por acusación del cónyuge ofendido, quien no podrá deducirla -

sino contra ambos culpables, si uno y otro viviera, y nunca -
 hubiere consentido el adulterio o perdonado a cualquiera de -
 ellos".

La acusación no procederá si no se hubiera obtenido pre-
 viamente sentencia civil ejecutoriada de divorcio por la causal
 de adulterio, y la prueba vertida en el juicio civil de divor-
 cio y la sentencia definitiva no producirán efectos en el jui-
 cio criminal.

En cuanto a que la prueba no produce efectos es que no
 podrá justificar con la sentencia que ya aportó la prueba en -
 el juicio de divorcio sobre el adulterio, deberá presentar -
 nueva prueba, relativa a los elementos propios del delito por-
 que versará sobre una conducta tipificada como infracción pe-
 nal.

La acción para perseguir el adulterio es de acción pri-
 vada esto indica que no puede ser ejercida por nadie más que -
 quien expresamente lo indique la Ley, es decir el cónyuge ofen-
 dido y solo mediante acusación.

- Esta acción se extingue:
- (a) Por el perdón del ofendido se
 (según los Artículos 120 Pr.Pn.
 (y 282 Pr. Pn.
 (
 - (b) Por la renuncia del ofendido,
 (según el Art. 88 Pr. Pn.
 (

Art. 120 Pn. "La pena se extingue No. 6 por el perdón - presunto en su caso".

Art. 282 Pr. Pn. "Las excepciones perentorias que podrán oponerse en el proceso penal para formar incidente previo y especial pronunciamiento son las siguientes: No. 4 "Perdón - del ofendido en los delitos privados".

Art. 83 Pr. Pn. "Solo la acción penal privada se extingue por renuncia del ofendido".

De lo anterior se hace mención porque está contemplado en el Código Procesal Penal, a pesar de que se sabe que las excepciones perentorias son inoperantes, porque en la práctica se sigue la vía del sobreseimiento por tener los mismos efectos y además éste último es más rápido, coincide con el principio de economía procesal.

DESISTIMIENTO

Se puede desistir de la acusación en los delitos no perseguibles de oficio y este equivale al perdón expreso y se extinguirá la acción penal y civil.

El ofendido que desiste de la acusación, no podrá renovar-la en adelante.

Lo anterior se encuentra regulado en el Art. 59 Incisos 3o. y 5o. del Código Procesal Penal.

POR TANTO SE CONCLUYE QUE:

- a) Solo puede acusar el cónyuge ofendido;
- b) Tiene que ser contra ambos culpables;
- c) Que no lo haya consentido o perdonado.
- d) Que se haya disuelto el vínculo matrimonial por la causal de adulterio; condición objetiva de perseguibilidad.

La acusación del cónyuge agraviado tendrá que ser por medio de apoderado y previamente a la acusación, que se haya declarado disuelto el vínculo matrimonial por la causal segunda del Artículo 145 del Código Civil si se trata de adulterio de la mujer y la causal tercera del mismo artículo que dice: Artículo 145: "La Ley reconoce como tercera causa de divorcio: "El adulterio del marido con escándalo público o con abandono de la mujer".

Para demandar el juicio de divorcio por adulterio, será necesario que se haya interpuesto dentro de los cuatro meses de haber tenido noticias, de lo contrario se tendrá por extinguida la causal, pues se presume de derecho que opera el perdón, así lo establece el Art. 147 C.

La acción penal de adulterio deberá entablarse contra -

ambos, no podrá perdonar a uno y acusar a otro ni renunciar - de la acción penal a favor de uno de los participantes en la comisión del delito, porque la renuncia favorecerá a todos - Art. 33 Pr. Pn.

El Art. 266 Pr. Pn. Establece una limitación al medio de prueba, al no permitir que las pruebas vertidas en el juicio civil de divorcio, ni la sentencia misma, produzca efectos en el juicio criminal, con ello se presenta el siguiente problema y es que en ambas acciones aún cuando tiene que probar la violación de la fe conyugal en cada uno de los juicios tendrá que ser diferente, mientras en la acción civil probará es escándalo público o abandono de la mujer, en la acción penal se probará lo regulado en el siguiente Artículo.

Art. 265 No. 2. "El marido que tuviere concubina con menosprecio de su cónyuge, de las buenas costumbres o con incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar y la concubina".

Podría darse el caso, que el marido induzca a facilitar las relaciones sexuales de su cónyuge con una tercera persona para obtener provecho de ellas, en este caso no puede acusar de adulterio.

I- EFFECTOS

Los efectos que pueden producirse en caso de que hubiere descendencia por la comisión del delito de adulterio de la mujer, según el Código Civil son:

1o.) En el Art. 195 C., dice: "El adulterio de la mujer, aún cometido durante la época que pudo efectuarse la concepción, no autoriza por si solo al marido para no reconocer al hijo como suyo, pero probado el adulterio en esa época, se le admitirá la prueba, de cualquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre".

2o.) Art. 193 C. "El concebido durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres es legítimo".

Es decir, que si el hijo llega a nacer dentro del matrimonio, se reputa legítimo, si en el plazo señalado por la Ley, de sesenta días después de que tuvo conocimiento del parto no impugna la legitimidad.

3o.) El Art. 201 C. "Señala que ninguna reclamación contra la legitimidad del hijo, ora por el marido, o por otra persona, tendría valor alguno, si no se interpone en el tiempo hábil, el cual nombrará curador al hijo que lo necesita, para que la defienda de él".

"La madre será citada, pero no obligada a comparecer - en el juicio".

No se admitirá el testimonio de la madre, que en el juicio de legitimidad de hijo que declare haberlo concebido en - adulterio".

Lo anterior es por razones de índole moral.

4o.) El mismo Código en sus artículos 35 y 36 se hacen referencias a los hijos que resultan de dichas uniones.

Art. 35 C. "Son de dañado ayuntamiento los adulterinos e incestuosos" refiriéndose a los hijos.

Art. 36 C. "Es adulterino el concebido en adulterio - esto es entre dos personas de las cuales una a lo menos al tiempo de la concepción estaba casada con otra salvo que dichas dos personas hayan contraído matrimonio putativo que - respecto de alguno de ellos hubiere producido efectos civiles".

5o.) Otro de los efectos, según el artículo 216 C.:

"Los hijos concebidos en adulterio no pueden ser legitimados por matrimonio posterior de los padres, aunque uno de éstos haya ignorado al tiempo de la concepción el matrimonio del otro.

Lo mismo será aún cuando aquel de los padres que al tiempo de la concepción estaba casado, haya creído entonces de buena fe, y con justa causa de error, que el matrimonio anterior no subsistía".

6o.) Si por las causales de adulterio señaladas en el Art. 145 numerales segundo y tercero del Código Civil, se declara disuelto el vínculo matrimonial, el Art. 151 del mismo cuerpo de leyes establece que: "La sentencia ejecutoriada que declara el divorcio absoluto, producirá los efectos siguientes:

1o. (PARTE FINAL)

El cónyuge culpable no podrá contraer otras nupcias, sino después de tres años de pronunciada la sentencia de divorcio.

7o. El Artículo 151 C., en el numeral segundo dice: "Que dar o ser puestos los hijos bajo la potestad del cónyuge inocente, debiendo estarse en lo demás a lo establecido en este Código respecto a los hijos en caso de divorcio".

El Artículo 151 C., en el numeral tercero dice: "La privación del cónyuge culpable mientras viva el cónyuge inocente, de la patria potestad y los derechos que lleva consigo respecto de la persona y los bienes de los hijos pero en -

ningún caso podrá el cónyuge culpable ejercer o recobrar aquellos derechos si se ha declarado el divorcio por alguna de las causas designadas en los números 2o, 3o, 6o. y 9o. del Art. 145 C.-

El 2o. y 3o. se refieren al adulterio.

Art. 151 C., numeral cuarto: "La pérdida por parte del cónyuge culpable de todo lo que hubiere sido dado o prometido por el inocente, o por otra persona en consideración a éste y la conservación de todo lo recibido por el inocente, y el derecho de éste para reclamar desde luego lo que le hubiere sido prometido por el culpable".

8o. Desde el punto de vista penal como sanción accesoria en caso de que el imputado fuere entonctrado culpable se aplica Inhabilitación absoluta que comprende:

Art. 62 Pn. "Numeral Cuarto "La incapacidad para ejercer la patria potestad tutela, curaduría o tomar parte en el Consejo de Familia".

CAPITULO III

MATRIMONIOS ILEGALES

PRIMERA PARTE

A- GENERALIDADES

La celebración de matrimonios ilegales, están tipificados como delitos en los artículos 267, 268 y 270 del Código Penal.

Para Westermack: el matrimonio no es más que una unión más o menos duradera entre el macho y la hembra, unión que dura más allá del acto de la reproducción y del nacimiento de la progenitoria (1).

"Para los Romanos era la unión del hombre y la mujer - implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos" (2).

Ilegal: contrario a la Ley. Prohibido por ella.

*Se entiende por Matrimonio Ilegal: el contraído con in

(1) Dr. Ernesto Arrieta Yúdice. Comentarios Jurídicos sobre - el matrimonio civil salvadoreño. Tesis Doctoral, 1938. Pág. 3.

(2) Obra citada. Pág. 4.

fracción de la legislación vigente en materia de capacidad o forma. En cuanto a sus efectos los matrimonios ilegales pueden ser nulos o acarrear alguna sanción civil o penal, sin perjuicio de la validez del vínculo (1).

El que contrae matrimonio conociendo la existencia de impedimento que ocasionan nulidad absoluta, que conociendo dicha circunstancia, la oculta a otro contrayente y quien engaña a otro simulando matrimonio, comete delito denominado "matrimonios ilegales".

Se trata de delitos que se consuman en el momento de la celebración del matrimonio, siendo irrelevante a los fines de su configuración, que se produzca o no entre los cónyuges la cúpula carnal.

La acción consiste en concurrir a la celebración sabiendo que existe un impedimento que ocasiona nulidad absoluta.

Para que se lleve a cabo este delito, engañando al otro contrayente, Precisa que el sujeto activo celebre una ceremonia idónea, tendiente a inducir en error al sujeto pasivo y no son suficientes las meras promesas.

La ocultación por parte del contrayente de mala fe, no supone necesariamente maquinaciones o mentiras, el simple silencio sobre la existencia del impedimento puede ser aquí sufi-

(1) Guillermo Cabanellas. Diccionario de Derecho Usual Tomo II.

ciente, pero no lo suficiente, pues el silencio puede responder a la suposición fundada de que el otro contrayente conoce la existencia del impedimento.

Esa circunstancia debe ser ocultada al otro contrayente como requisito del tipo.

Carece de relevancia por sí solo, la ocultación al oficial público o a los testigos.

Estos delitos en algunas legislaciones las ubican en el capítulo de los delitos contra el estado civil de las personas por ejemplo en el Código Penal Argentino, pero se comenta que por un error, se han incluido algunas figuras bajo ese tema.

La Legislación Española ubica la celebración de matrimonios ilegales en los delitos contra el estado civil de las personas.

El proyecto del Código Penal estableció que la celebración de matrimonio ilegal es un delito de funcionario público encargado por la ley para solemnizar el acto del matrimonio, pero en relación con los autores de los delitos de bigamia y celebración de matrimonio con ocultación de impedimento.

B- BIEN JURIDICO TUTELADO

La Ley protege al matrimonio civil porque es el aceptado por nuestra legislación, así lo dice el Art. 976: "El matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario civil competente, en la forma y con los requisitos establecidos por la ley; y se entiende contraído por toda la vida de los consortes, salvo la disolución por causa de divorcio.

El matrimonio celebrado de otra manera en El Salvador no producirá efectos civiles.

Se sanciona la celebración de matrimonios que carecen de validez para uno o ambos contrayentes, por existir impedimentos que causan nulidad absoluta, tanto el contrayente responsable como a la autoridad que lo autorice se protege el valor legal de los matrimonios válidos existentes, al establecer sanción para la celebración de un segundo matrimonio.

Lo que lesiona esta clase de delitos es el estado civil formalmente válido, pues de este estado se derivan una serie de consecuencias.

Los matrimonios ilegales están regulados en nuestra ley, de la siguiente manera:

1o.) Bigamia.

2o.) Celebración de matrimonio con ocultación de impedimentos.

Las dos formas de matrimonio ilegal, ~~son~~ son dolosas, exceptuando el caso del Art. 270 Pn. Inc. 2o. que para el funcionario autorizante que obra por culpa, disminuye la sanción, la razón es porque el Art. 35 Pn. en la parte final dice: "Los delitos culposos solo son punibles en los casos específicamente determinados por la ley". La sanción varía de acuerdo al conocimiento o no de la existencia del impedimento para contraer matrimonio, de uno solo o de ambos contrayentes.

C- LOS SUJETOS DE ESTOS DELITOS SON:

- 1o.) Los contrayentes.
- 2o.) El contrayente que oculta el impedimento.
- 3o.) El funcionario que autoriza el matrimonio.
 - a) A sabiendas de la existencia del impedimento;
 - b) que obre por culpa.

Según el Art. 35 Pn. "Obra con culpa el que produce un resultado delictuoso sin quererlo, por imprudencia, negligencia, impericia o por inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes o resoluciones obligatorias sin prever que tal resultado ocurriría o creyendo poder evitarlo por su propia acción o confianza en el azar".

Podría darse el caso que el funcionario autorizante - obrare por imprudencia, negligencia, impericia o por inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes o resoluciones obligatorias, en cuyo caso incurría en delito culposo.

Sujeto Pasivo. El contrayente a quien se oculta el impedimento.

Con respecto a los numerales 1o.) y 2o.) se hablará de talladamente cuando se trate de los delitos en forma especial.

En cuanto a los funcionarios, el artículo 270 de Pn., dice: "El funcionario público que, a sabiendas, autorizare un matrimonio de los comprendidos en los artículos 267 y 268, sufrirá en su caso, la sanción señalada en ellos".

Si el funcionario obrare por culpa, la sanción será de 15 a 60 días de multa.

Si el funcionario autorizante del matrimonio es el Notario tiene responsabilidad notarial según el Art. 62 de la Ley de Notariado que señala: "Los Notarios serán responsables de los daños y perjuicios que por negligencia, malicia e ignorancia inexcusable, ocasionarán a las partes, además de ser inhabilitados o suspendidos si procediere, de conformidad con lo prescrito en el Art. 11.

* "Por esa responsabilidad notarial, al Notario se le puede seguir un procedimiento sumario para declararlo incapaz - para el ejercicio del notariado, de conformidad con el Art. 11 y 6 No. 5 de la Ley de Notariado, este último dice: "Son incapaces para ejercer el Notariado: No. 5o." Los condenados por sentencia ejecutoriada a una sanción penal, durante el tiempo que señale la sentencia aún cuando gocen de libertad restringida".

Lo anterior indica que concluido el juicio penal y si resultare culpable el Notario, se continúa con el trámite de la declaratoria de incapacidad, basado en la sentencia.

El Notario siempre incurre en responsabilidad notarial porque el término ignorancia inexcusable no tiene justificación alguna, por la fe pública que se le ha concedido.

El funcionario público puede conocer la existencia de un matrimonio anterior no disuelto legalmente y la existencia de impedimento dirimentes, en tal caso se le atribuye la comisión de un delito doloso y sufrirá la sanción establecida para los autores del delito.

En caso de Bigamia, de seis meses a dos años de prisión.

En caso de celebración de matrimonio con ocultación de impedimento, de seis meses a dos años de prisión.

En caso de que la comisión del delito fuere culposa, la sanción será de quince días a sesenta días de multa.

Para los efectos de delitos se consideran funcio--
narios los señalados en el Art. 459 Pn. "Para los efectos pena-
les se consideran:

1) Funcionarios Públicos todas las personas que pres-
tan servicios retribuidos o gratuitos, permanentes o transito
rios, civil o militar, en la administración pública del Esta-
do, del municipio o de cualquier institución oficial, autóno-
ma, que se hallan investidos de la potestad legal de conside-
rar y decidir todo lo relativo a la organización y realización
de los servicios públicos.

No. 4. Autoridad Pública, los funcionarios del Estado -
que por sí solos, o por virtud de sus funciones o cargo, o co-
mo miembro de un tribunal, ejercen jurisdicción propia.

Específicamente los funcionarios que pueden incurrir -
en estas infracciones son los autorizados para celebrar matri-
monios.

Artículo 117 Civil:

"El matrimonio se celebra en el domicilio o residencia
de los contrayentes o de cualquiera de ellos si residieran en
poblaciones diferentes, ante Gobernador del Departamento, an-
te un Notario, o ante el Alcalde Municipal con la concurrencia
de dos testigos mayores de dieciocho años que sepan leer y es-

cribir y a vecindados en el lugar en que se celebre".

El Artículo 32 numeral 35 de la Ley del Régimen Político, autorizan a los Gobernadores a las celebraciones de matrimonios.

El Art. 1 de la Ley de Notariado, autoriza a los notarios como Delegados del Estado a dar fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen, todo de conformidad con la Ley.

SEGUNDA PARTE

B I G A M I A

A- CONCEPTO Y ANTECEDENTES HISTORICOS

El término Bigamia proviene de: Bis: doble y Gamos: matrimonio (1).

Estado del hombre casado a la vez con dos mujeres o de una mujer con dos maridos simultáneos.

Desde el punto de vista sociológico, la bigamia es un delito contra el estado civil de las personas, que se comete contrayendo nuevo matrimonio sin que se haya disuelto el anterior.

(1) Guillermo Cabanellas. Diccionario de Derecho Usual Tomo I.

* Es característico de las sociedades que protegen jurídicamente el régimen de la monogamia: que admite únicamente la asociación de un solo hombre con una sola mujer.

Históricamente y sobretodo en Roma, se consideró como adulterio; hubo diversas penalidades, destierro, pérdida de bienes, marca con hierro candente, exposición a la vergüenza pública y pena de galera (1).

En nuestro país, la Ley de matrimonio civil decía: "No podrán contraer matrimonio con ninguna persona los que se hallen ligados con vínculo matrimonial civil o religioso no disuelto legalmente (2).

Posteriormente y teniendo en cuenta la separación que existe entre el Estado y la Iglesia, se hizo caso omiso de todo lo relativo al matrimonio religioso, (3) tomándosele únicamente en consideración para postergársele al civil y obligar a los Ministros Religiosos, según las creencias de los contrayentes, sin que antes estén cumplidas con todas las solemnidades -

(1) G. Cabanellas-L. Alcalá Zamora. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.

(2) Dr. Ernesto Arrieta Yúdice. Comentarios Jurídicos sobre el Matrimonio Civil Salvadoreño. Tesis Doctoral, 1938. Pág. 41

(3) Obra citada. Pág. 41

del civil conforme certificaciones que previamente las mostrarán los interesados.

El Artículo 102 del Código Civil se refiere al matrimonio civil.

B- ANALISIS DEL DELITO

→ El delito de Bigamia que consiste en la celebración de nuevo matrimonio sin hallarse disuelto el anterior y que se castiga porque no puede dejarse sin sanción penal un hecho que atenta gravemente contra la base monogámica de la institución del matrimonio.

Es delito bilateral porque se requiere para su consumación la concurrencia de los agentes.

1) Moral y material de ambos, si los dos contrayentes, conociendo/
/su estado civil deciden casarse y celebrar el matrimonio;

2) Moral y material respecto de uno y material respecto del otro, en este caso solo responde el primero.

El delito se encuentra regulado en el Art. 267 Pn.

El que contrajere matrimonio sin hallarse disuelto el anterior, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Igual sanción se aplicará a quien no estando unido por matrimonio, contraiga nupcias con persona casada, cuando tuvie

re conocimiento de esa circunstancia.

Si el matrimonio contraído anteriormente por el bígamo, fuere declarado nulo o se anulare su segundo matrimonio por - causa distinta de la bigamia, se extinguirá la acción penal - para todos los que hubieren participado enel delito y si hubiere recaído condena, cesará su ejecución y todos sus efectos - penales.

El delito presenta dos aspectos:

1) Bigamia cometida por quien estando ligado por un matrimonio anterior no disuelto legalmente contrae otro.

De lo anterior se deduce que este delito es de naturaleza bilateral y recíproca que necesariamente tiene que ser cometido por dos personas de distinto sexo y una de ellas es - casada.

2) Bigamia cometida por quien siendo soltero contrae - nupcias con persona casada, cuando tuviere conocimiento de esta circunstancia, toda persona puede contraer matrimonio si no es declarada incapaz, el Código Civil establece la regla general por contraer matrimonio que es la capacidad y a su vez los impedimentos que son la excepción.

Artículo 102 Civil.

Numeral 4o. Los que se hallen ligados con vínculos an-

teriores no disueltos legalmente.

El impedimento absoluto al vínculo matrimonial no disuelto legalmente, es producto de un grado de civilización y cultura que no se comprende en pueblos que tolera la poligamia.

La mayoría de pueblos ha tenido por costumbre que el lazo de un matrimonio válido y subsistente sea un obstáculo para la celebración del segundo matrimonio, a tal grado que este segundo matrimonio se considera nulo y además que si ha mediado consentimiento de la existencia del primer matrimonio, en ambos cónyuges o en alguno de ellos, es decir de haber sido maliciosamente contraído el segundo matrimonio, la ley les impone penas especialmente en consideración al menoscabo que ha sufrido la sociedad y las buenas costumbres.

La pluralidad de maridos o de esposos autorizado en forma legal, conlleva a la servidumbre de un sexo y al despotismo de otro.

Portalís dice al respecto: "La diversidad de maridos o de mujeres puede estar autorizada en ciertos climas, pero en ninguno es legítimo, esta diversidad no podría ser solicitada para las necesidades reales del hombre que teniendo toda la vida para conservarse, sólo tiene instantes para reproducirse, introduciría en las familias confusión y desorden que se comu-

nicaría muy pronto, al cuerpo de la sociedad, ofende todas las ideas, desnaturaliza los sentimientos y va contra la esencia del matrimonio" (1).

Se dice que cuando un país se aproxima a la poligamia, se aleja de la moral.

C- ELEMENTOS DE DELITO

- a) La existencia de un matrimonio válido, anteriormente contraído;
- b) La celebración de un segundo matrimonio;
- c) Conocimiento del vínculo anterior y la intención de contraer nuevas nupcias o casarse con persona ya desposada legítimamente.

En cuanto al primer elemento, el delito existe aun cuando el matrimonio sea anulable, puesto que su valor jurídico lo pierde hasta que se declare judicialmente disuelto o que se termine o disuelva por la muerte de uno de los cónyuges.

Qué sucede, si se trata de presunción de muerte por desaparecimiento? Esta no disuelve el vínculo matrimonial.

(1) Dr. Ernesto Arrieta Yúdice. Consideraciones Jurídicas sobre el Matrimonio Civil Salvadoreño. Tesis Doctoral, 1938. Pág. 40.

Para nuestra legislación penal, el matrimonio válido es el civil, se deduce del artículo 97 del Código Civil.

✓ En cuanto al segundo elemento es necesario que se contraiga un segundo matrimonio, pero no es requisito que se haya consumado el matrimonio, pues este no es delito contra la honéstitad, sino contra el estado civil de las personas.

Debe existir elemento subjetivo en el contrayente casado, la voluntad de contraer un segundo matrimonio y la comunión de hallarse unido por matrimonio anterior y que no ha sido legítimamente disuelto.

En el contrayente no casado debe concurrir así mismo - la voluntad de contraer matrimonio con persona a quien se sabe unida por matrimonio no disuelto.

El error de hecho, acerca del objeto esencial o de algunos de los elementos constituidos del delito excluyendo el dolo; el que de buena fe contrae nuevo matrimonio creyendo disuelto el anterior, no incurre en esta infracción.

Para la ley penal es causa de inculpabilidad según el - Art. 40 Pn.: Es inculpable ordinal 2o. literal "A":

"El que obra por error sobre las características objetivas esenciales estrictamente de hecho, que se refieran a alguna exigencia necesaria para que el delito exista según su des-

cripción legal".

Al respecto hay una excepción "No obstante si el error proviene de culpa, el hecho será penado únicamente cuando la ley haya previsto su realización culposa; pero es menester - que su creencia sea firme y se funde en motivos racionales, la duda no elimina el dolo; pues no excluye en la conciencia del agente la posibilidad de permanencia del primitivo lazo matrimonial, por cuya razón no parece que este delito se comete por culpa, sin embargo, algunos autores admiten la bigamia culposa.

En nuestro Código no existe la bigamia culposa para los sujetos contrayentes, porque la ley no se refiere expresamente a ella, tal como lo indica el Art. 35 Pn. parte final, pero sí, el funcionario que autoriza ese matrimonio puede obrar con culpa según el Art. 270 Inc. 2o. Pn.

La buena o mala fe debe referirse al momento de la comisión del delito, el cual se consuma con la celebración del nuevo matrimonio.

Puede darse el ^vdelito frustrado si el segundo matrimonio no se efectúa por causa independiente de la voluntad del agente y hay tentativa cuando se dá principio a la ejecución como comenzar la celebración de matrimonio ante funcionario competente y se ve interrumpido por causas ajenas a la voluntad del

culpable.

D- REQUISITOS DEL DELITO

Para la primera figura de bigamia son requisitos los siguientes:

1) Contraer matrimonio con otra persona con los requisitos de existencia y de validez para el acto, señalado en el Art. 97 C.

2) No estar disuelto el matrimonio del actor y ser válido o anulable, pero no declarado nulo.

3) Conocimiento de la existencia del anterior matrimonio.

4) Dolo: conocer la antijuricidad del acto y voluntad de actuar perjudicando con ello a otra u otras personas.

Para la segunda figura de bigamia son requisitos:

1) Contraer matrimonio con otra persona con los requisitos de existencia y validez.

2) No estar unidos el actor en anterior matrimonio y estar casada la persona con quien lo contrae, siendo válido el matrimonio anterior.

3) Conocimiento de la existencia del anterior matrimonio por parte de ambos, o al menos de quien lo contrae porque puede haber habido error no subsanable por parte del casado o la casada.

4) Dolo: conocimiento de lo antijurídico del acto y voluntad de hacerlo.

E- SUJETOS DEL DELITO Y PENALIDAD

Son sujetos del delito:

- a) El casado que contrae segundo matrimonio; ✖
- b) el soltero que conociendo que el otro se haya ligado por matrimonio anterior no disuelto legalmente;
- c) el funcionario que dolosamente autoriza el segundo matrimonio;
- d) el funcionario que por culpa autoriza el segundo matrimonio.

La culpa del funcionario del literal "d" y a que se refiere el Art. 270 Inc. 2o. Pn.es atendiendo a la forma de culpabilidad de éste, según el Art. 35 en relación con el Art.32, ambos del Código Penal.

Sujetos Pasivos:

- a) El cónyuge agraviado o primer contrayente; ✖
- b) el contrayente inocente que desconoce la existencia del vínculo matrimonial. ✖

Sanción:

La Ley establece como pena:

- 1o. Prisión de seis meses o dos años para los contrayenu

tes;

2o. sanción de quince a sesenta días-multa, para el -
funcionario que obra dolosamente;

3o. sanción de quince a sesenta días-multa para el fun-
cionario que obra en forma culposa.

Además de la pena privativa está la pena accesoria esta-
blecida en los artículos 62 y 65 del Código Penal.

F- GRADOS DE PARTICIPACION

En lo que se refiere a la posibilidad y punibilidad de
la tentativa, la doctrina se divide, unos afirman que mientras
no se realice el segundo matrimonio, no hay delito; sus oposi-
tores indican que por ser un delito formal, requiere preparati-
vos, por lo que podría darse la tentativa.

La participación objetiva en el delito de bigamia es for-
zosa por cuanto es necesario que concurren al menos tres perso-
nas, aún cuando pueden ser más, porque el acto requiere testi-
gos; con ello no quiere decirse que todos los que intervengan
sean culpables, cabe la posibilidad de que haya buena fe en uno
de los contrayentes y el funcionario autorizante.

G- EFFECTOS

La comisión del delito de bigamia puede tener los si-
guientes efectos:

- a) que se declare nulo el primer matrimonio; ▸
- b) que se anule el segundo matrimonio por otra causa - ▸
distinta a la gíbamia.

En ambos casos se extingue la acción civil penal para todos los que hubieren participado en la comisión del delito, como los funcionarios y testigos, existe pues una excusa absoluta o sea la ausencia de pena para una conducta típica y objetivamente antijurídica, de un objeto capaz de imputabilidad, pero no reprochable y condenable en atención al móvil de la misma, sea ya que, el que determinó el agente a actuar o el previsto por el legislador.

En caso de que hubiera recaído condena, cesará la ejecución y los demás efectos penales, por ejemplo las inhabilidades absolutas, especiales y especiales inherentes a ciertos delitos.

Si existe descendencia, producto del matrimonio, y este ha sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere produce los mismos efectos que el válido, respecto al cónyuge de buena fe y que con justa causa de error contrajo matrimonio y también respecto a los hijos habidos en él, pero dejan de producir efectos civiles solamente respecto al cónyuge a quien falte la buena fe.

El cónyuge mayor de edad y el funcionario culpable del segundo matrimonio, incurrirá en una multa de quinientos colones cada uno y además serán solidariamente responsables de los perjuicios causados al cónyuge inocente.

TERCERA PARTE

CELEBRACION DE MATRIMONIO CON OCULTACION DE IMPEDIMENTO.

A- GENERALIDADES

La regulación de esta clase de delitos es con la finalidad de reprimir el fraude, que atenta contra la seriedad del matrimonio, traicionando la confianza inspirada por el amor y la legítima aspiración de formar un hogar.

La acción de este delito supone la ocultación por medios fraudulentos, o sean medios positivos de engaño de la existencia de impedimentos dirimentes establecidos en el Código Civil.

Dentro de la legislación civil esta clase de matrimonio se llama "PUTATIVO".

El término Putativo viene "del verbo Putare" juzgar, - respetar; lo que se tiene o considera en una condición irreal como la del padre, hijo o esposo que no lo es" (1).

(1) Guillermo Cabanellas. Diccionario de Derecho Usual Tomo III.

"El matrimonio putativo es pues el matrimonio supuesto , el que tiene apariencia de tal sin serlo en realidad; este se entiende nulo por causa de un impedimento dirimente, pero que surte efectos como si fuera lícito y válido por haberse contraído de buena fe, ésta se presume, si no consta lo contrario.

Si se hubiere contraído con mala fe por parte de ambos cónyuges, el matrimonio solo surtirá efectos civiles respecto de los hijos.

En el Código Civil el Art. 168 se refiere al matrimonio putativo.

✦ La ocultación es el encubrimiento, disimulo silencio, - reserva de lo que se podía o debía manifestar.

En el Código Penal se sanciona la celebración de matrimonio con ocultación de impedimento en el Art, 268 Pn.

El Código Penal en el Art. 268 establece:

"El que contraiga matrimonio ocultando por medios fraudulentos la existencia de un impedimento dirimente que no sea el derivado del matrimonio anterior, si el matrimonio se anula re a causa del impedimento ocultado será sancionado con prisión de seis meses a un año".

B- IMPEDIMENTOS DIRIMENTES

"Los impedimentos son las condiciones requeridas por la Ley en las personas de los contrayentes y en la situación especial del matrimonio, para que aquello pueda verificarlo libre y legalmente" (1).

Por razón de los efectos que producen, los impedimentos al matrimonio, son: Dirimentes cuando son causa de nulidad del mismo, Art. 102 Nos. 2 al 4 y 103 y son Impedientes: prohibitivos, cuando sin importar la nulidad solo impiden su lícita celebración, de manera que existiendo éstos impedimentos el matrimonio es válido y pudo contraerse lícitamente, Art. 10 No.1, puede revalidarse.

El Artículo del Código Penal es claro y se refiere a los impedimentos dirimentes, que son:

A) Absolutos Art. 102 C.

Son absolutamente incapaces para contraer matrimonio:

1o.) El varón que no ha cumplido dieciséis años y la mujer que no ha cumplido catorce;

2o.) los que no se hallen en el pleno ejercicio de su razón;

(1) Dr. Ernesto Arrieta Yúdice. Tesis Doctoral: "Consideraciones Jurídicas contra el Matrimonio Civil Salvadoreño, 1938. Pág. 10.

3o.) los que adolezcan de impotencia física para el -
concúbito, de una manera patente, perpetua e incurable;

4o.) los que se hallen ligados con vínculo matrimonial
no disuelto legalmente.

B) Relativos: Art. 103 C.

También son incapaces para contraer matrimonio entre -
sí:

1o.) los parientes por consanguinidad en cualquier gra
do de la línea recta;

2o.) los hermanos, sean carnales, paternos o uterinos; y

3o.) los autores o cómplices de la muerte del cónyuge -
de alguno de ellos.

Anteriormente existía como impedimento el adulterio, el
inciso 3o. del Art. 7 de la Ley de matrimonio civil, prohibía
que los adúlteros condenados como tales por sentencia ejecu-
torada pudieran contraer matrimonio entre sí porque se altera,
no solo el matrimonio sino que también la buena fe de los con-
trayentes.

El proyecto del Código de Familia, señala los mismos -
impedimentos para la celebración del matrimonio, con la variante
de que en el No. 3 del Art. 102, suprime la palabra perpe-
tua, considerando que lo incurable incluye lo perpetuo.

Por lo tanto hay redundancia al emplear los dos términos.

Algunos consideran que se configura el delito solamente que se trate de un impedimento dirimente de los contemplados en el Art. 102, pero el Código Penal se refiere a dirimientes, sin especificar, así que podrían agruparse en general los impedimentos, así:

I- Falta de edad competente

II- Falta de consentimiento de las partes originada en - carecer de plena razón, por error en la persona, por coacción o miedo grave que vicie el consentimiento.

III- Imposibilidad física para el concubito patente, perpetua e incurable.

IV- Vínculo matrimonial no disuelto legalmente.

V- Parentesco por consanguinidad.

VI- Inobservancia de las formalidades prescritas por la Ley para la validez del matrimonio.

VII- Ser autores o cómplices de la muerte del cónyuge - de alguno de ellos.

VIII- Falta de consentimiento de los padres cuando sea necesario.

C- SUJETOS DEL DELITO

En cuanto a los sujetos del delito puede ser:

Sujeto Activo A) El contrayente, que oculta o calla el impedimento; B) el funcionario que celebra el matrimonio y que obra por culpa.

Sujeto Pasivo: a) El contrayente de buena fe a quien se oculta el impedimento; b) el funcionario que autoriza el matrimonio y que ignora el impedimento.

D- REQUISITOS DEL DELITO

- 1o.) Contraer matrimonio con otra persona.
- 2o.) Ocultar fraudulentamente impedimento dirimente.
- 3o.) Anulación del matrimonio, por el impedimento dirimente.

➤ Para que se configure el delito es necesario que se den todas las formalidades del acto de celebración del matrimonio ante funcionario competente y se inscriba en el Registro Civil, pero si faltare el funcionario, se tipificaría otro delito.

La ocultación debe ser fraudulenta y debe tratarse de impedimento dirimente ya que la Ley penal específicamente lo determina así, debido a que el impedimento dirimente produce nulidad absoluta Art. 102 C. Nos. 2o. 3o. y 4o. y 103 C.

En caso de que se celebre el matrimonio ocultando impedimento impediendo, este puede revalidarse Art. 101 C. No. 1 si ambos contrayentes desconocen la existencia de ese impedi-

mento, el delito no existe si lo conocen, ambos son delincuentes y no hay víctima del delito.

El tercer requisito es que se anule el matrimonio por la existencia del impedimento dirimente, a excepción de la existencia de matrimonio anterior no disuelto legalmente, por tener éste regulación especial.

E- GRADOS DE PARTICIPACION

La participación de un sujeto en la comisión de este delito puede ser de autores de delito consumado o perfecto y es necesaria la participación objetiva de por lo menos tres personas, pero no significa que todos los participantes sean culpables, lo que requiere es la acción de esas personas; pero la sanción recaerá solo sobre el que actúe de mala fe, dolosamente.

Cabe la posibilidad de que:

- a) ambos cónyuges sean culpables;
- b) haya un cónyuge culpable y otro de buena fe.

En el primer caso el funcionario autorizante no queda al margen de la punibilidad, pero si se aplican las reglas, la ley señala sanción para él.

Respecto a la tentativa, Manzini niega la punibilidad -

de la tentativa por tratarse de un delito formal; Soler, Malagariaga, admiten la tentativa por tratarse de un hecho para - cuya consumación es suficiente la violación del derecho protegido.

F- EFFECTOS

Los efectos que pueden producirse por la celebración de matrimonio ocultando algún impedimento son:

A- Que el matrimonio se declare nulo, siempre que hubiere sido celebrado con las formalidades que la Ley requiere, produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge de buena fe ^{que} y/con justa causa de **error** lo contrajo, y también respecto de los hijos habidos en él, pero dejará de producir efectos civiles solamente respecto de los cónyuges - desde que falte la buena fe por parte de ambos y como consecuencia:

- a) el cónyuge culpable incurre en la sanción penal establecida. prisión de 6 meses a 1 año. Art. 268 Pn.
- b) Produce efectos civiles para el cónyuge de buena fe. Art. 168 C.
- c) Produce efectos civiles para los hijos. Art. 168 Civil.
- d) Si la mujer está embarazada, no podrá pasar a otras nupcias antes del parto o no habiendo señales de preñez, an-

tos de cumplirse los 30 días subsiguientes a la declaración de nulidad.

Pero se podrán rebajar de este plazo todos los días que hayan precedido inmediatamente a dicha declaración y en los - cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido a la mujer. Art. 180 C.

e) El cónyuge mayor de edad incurrirá en una multa de - quinientos a dos mil colones y es solidariamente responsable - de los perjuicios causados al cónyuge inocente.

f) El funcionario culpable de la celebración, incurrirá en una multa de doscientos a quinientos colones y es solidaria - mente responsable el cónyuge culpable de los perjuicios causa - dos, al cónyuge inocente.

G- PENALIDAD

Para el culpable la sanción que la Ley establece es: "prisión de 6 meses a un año, razónppor la cual es excarcela - ble y se tramita en juicio sumario.

Para el funcionario público que participa dolosamente - la sanción es igual, prisión de 6 meses a 1 año; si su responsa - bilidad es por culpa, la sanción es de 15 a 60 días multa.

Matrimonio con ocultación de impedimento.

Art. 268. "El que contraiga matrimonio ocultando por medios fraudulentos la existencia de un impedimento dirimente que no sea el derivado del matrimonio anterior si el matrimonio se anulare a causa del impedimento ocultado, será sancionado con prisión de seis meses a un año".

Celebración de matrimonio ilegal.

Art. 270. "El funcionario público que a sabiendas autorizare un matrimonio de los comprendidos en los artículos 267 y 268, sufrirá en su caso de la sanción señalada en ellos.

Si el funcionario obrare por culpa, la sanción será de quince a sesenta días multa".

Además de la prisión está la inhabilitación absoluta y si la comisión del delito fuere entre parientes, se aplicará la inhabilitación especial inherente a ciertos delitos.

Como consecuencia de la comisión del delito el culpable incurre en responsabilidad civil, que será indemnización de perjuicios que comprende los daños materiales y morales que se hubieren causado al ofendido.

El Código Civil establece además la multa de quinientos colones al cónyuge mayor de edad y el funcionario autorizante

y son solidariamente responsables de los perjuicios causados al cónyuge inocente.

Obsérvese que para entablar la acción civil es necesario que se haya declarado nulo el matrimonio y la nulidad del mismo es causa para reclamar la indemnización de perjuicios, ¿podrá excepcionarse de la acción civil? o sería una doble retribución y además que civilmente es solidaria la obligación de indemnizar de perjuicios por parte del particular culpable y el funcionario público autorizante, en lo penal no está determinado.

H- RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PARTICIPES

El funcionario antes de la celebración de un matrimonio, tiene que cerciorarse de que no existen impedimentos legales para la celebración del mismo, pues así lo hace constar en el acta matrimonial.

Su responsabilidad es como funcionario, en las reglas del matrimonio están señalados los requisitos para su celebración incurriendo en esa clase de responsabilidad civil porque para él son prohibiciones, por ejemplo, el Art. 105 C. "No podrá procederse a la celebración de matrimonio... etc."

Art. 121. "El Notario o funcionario no autorizará ningún matrimonio mientras no se le haya presentado:

1o) Las certificaciones de las partidas.

La contravención a lo dispuesto en este artículo y lo establecido en el inciso segundo del Art. 119 C., sujetará al Notario o funcionario a una multa de doscientos a quinientos colones.

Si el funcionario autorizare un matrimonio de un cónyuge culpable, - antes de cumplirse el plazo señalado en la ley, sufrirá una infracción de multa de doscientos a quinientos colones y será solidariamente responsable de la indemnización de perjuicios al inocente.

Art. 158 C.

La responsabilidad del funcionario varía de la siguiente manera:

1o. Autorización dolosa de un matrimonio, con la presencia de impedimento, aquí el funcionario obra con conocimiento de la existencia de un impedimento, caso en que se aplica el inciso primero del Art. 270 Pn.

2o. Autorización culposa del matrimonio, y no pudiera imputársele negligencia se aplicará el inciso 2o. del Art. 270 Pn., excepcionalmente pudiera ser él mismo, víctima de un engaño de ambos cónyuges.

30. Autorización de matrimonio con inobservancia de -
las formalidades legales, en este caso, se aplica la responsa-
bilidad civil del funcionario traducida en multa impuesta -
gubernativamente.

CAPITULO IV

CELEBRACION SIMULADA DE MATRIMONIOA- CONCEPTO DEL DELITO

Simular es aparentar lo que no es, con intento de perjudicar a otro, o de que sea tenido por cierto lo falso.

Simulación del latín SIMUL y ACTIVO palabras que indican alteración de la verdad, ya que su objetivo consiste en engañar acerca de la verdadera realidad de un acto.

La simulación al descubrirse y alegarse puede constituir causa^{de} nulidad de los actos jurídicos, por atentar casi siempre contra un precepto de orden público.

Para Escriche, el objeto de la simulación consiste en engañar y desde este punto de vista, se halla comprendida en el nombre general de Fraude, para la simulación es necesario el concurso de varios sujetos.

Simulación de matrimonio, cuando se contraiga éste por medio de engaño, en que incurra un contrayente por simulación de otro.

La simulación de matrimonio consiste en aparentar la celebración de matrimonio verdadero con una persona, mediante engaño.

La acción consiste en simular un matrimonio, de manera que con ello el otro contrayente queda engañado, tutelándose de esa manera la buena fe.

Es preciso tener presente que el acto debe ser totalmente simulado, - - - - -

de modo que aparentemente se celebra el matrimonio ante funcionario público competente, un particular u otro funcionario público no competente, y éstos simularán extender el acta de matrimonio, o ante dos personas, simularán ser testigos del acto.

El delito ordinariamente es un medio para lograr el conocimiento para el acto sexual o para el logro de provechos patrimoniales.

El Art. 269 Pn. regula este delito así:

"El que mediante engaño a una persona simulare la celebración de matrimonio con ella, será sancionado con prisión de 6 meses a dos años.

Igual sanción se aplicará a los que participaren en la comisión del delito, simulando tener autoridad para la celebración del matrimonio o simulando ser testigos del mismo".

B- REQUISITOS DEL DELITO.

1o.) Ser el sujeto un particular actuando como falso - cónyuge o falsa autoridad.

2o.) Simular condiciones de existencia o validez en un matrimonio con apariencia de legalidad.

3o.) Emplear engaño para simularlo.

4o.) Dolo consistente en el conocimiento de lo antijurídico del acto.

La actuación del sujeto activo, puede ser como:

1o.) Falso cónyuge;

2o.) Falsa autoridad.

El falso cónyuge, es quien pretende engañar a otro con el objeto de perjudicarlo.

En la práctica es imposible porque es algo evidente, - pero sí, puede presentarse en la celebración de matrimonio por poder regulado en el Art. 118 C. y los contrayentes no se conocen personalmente.

La comisión del delito, algunas veces es un medio para lograr el consentimiento para el acto sexual, conocido en -

algunas legislaciones como estupro fraudulento, en otros casos es para lograr beneficios patrimoniales, pero esto no es necesario para la consumación del delito, que es perfecto con solo la simulación del acto matrimonial.

La falsa autoridad, es quien participa haciéndose pasar por Alcalde, Gobernador o Notario, hay codeincuencia por parte de éstos sujetos, pudiera presentarse el caso de que el que sin ser funcionario público, obrare conforme a esa calidad, se daría otro delito, usurpación de funciones públicas, según el Art. 453 C. Pn.

La simulación del matrimonio no es lo que constituye el delito, sino el empleo de ese medio para alcanzar su objetivo, la acción consiste en simular matrimonio, de manera que con ello el otro contrayente quede engañado, el acto debe ser totalmente simulado, simulando las condiciones de existencia o validez, por ejemplo, que un particular en vez de un Alcalde, Gobernador o Notario, simule extender acta matrimonial.

No cualquier simulación constituye delito, ha de tener los caracteres de verdadero, como para que pueda haberse tenido por verdadera.

La simulación no incluye inscripción en el Registro Civil.

El empleo de engaño para simularlo, aquí el engaño o medio incidioso, es un requisito del delito, no podría tomarse como agravante.

El engaño podría consistir en que:

a) En vez de funcionario público competente, un particular extienda acta de matrimonio, presentándose con ello otro delito el de falsedad material Art. 316 Pn. "El que hiciere un documento público o auténtico parcial o totalmente falso... será sancionado con prisión de uno a seis años".

El funcionario público no competente que realice un matrimonio, también cabría el delito de falsedad material.

Art. 316 Pn. inciso 2o. "Si el delito lo cometiere un funcionario público en el ejercicio de sus funciones la sanción podrá aumentarse hasta una tercera parte del máximo señalado."

b) La simulación que hacen dos personas al servir de testigos en un matrimonio simulado.

El dolo del agente consiste en que éste reconoce lo antijurídico del acto, por lo que se dice que es dolo de consecuencias necesarias.

c) Que el contrayente utilice otros medios para lograr -

su fin deseado, pudiendo presentarse concurso de delitos.

C- SUJETOS DEL DELITO Y SANCION

SUJETOS DEL DELITO

Los sujetos activos del delito de celebración simulada de matrimonio son:

- a) El falso cónyuge: hombre o mujer;
- b) el falso funcionario;
- c) el funcionario público no competente;
- d) los falsos testigos.

Los sujetos pasivos son:

- a) Cualquier persona hombre o mujer engañada.

SANCION PENAL PARA EL DELITO

La sanción que establece el Código Penal es:

Prisión de seis meses a dos años, tanto para los autores como para los copartícipes particulares que simulan ser testigos, particulares que simulan tener el carácter de funcionario público o funcionario público que no es competente para la celebración de matrimonio.

D- CONCURSO DE DELITOS

Con el delito de simulación de matrimonio pueden presentarse otros delitos:

1o.) FALSEDAD MATERIAL

Art. 316 Pn. "El que hiciere un documento público o auténtico parcial o totalmente falso, o alterare uno verdadero, de manera que exprese o atestigüe cosas distintas de las que expresaba o atestiguaba en su estado original, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de uno a seis años.

Si el delito lo cometiere un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte del máximo señalado.

Si la falsificación a que se refiere el primer inciso se hiciere en documento privado y se hiciere uso de tal documento, será sancionado con prisión de seis meses a tres años".

Por ejemplo: un divorciado que se casa antes del plazo señalado por ser cónyuge culpable y altera la fecha de la sentencia de divorcio.

2o.) FALSEDAD EN CERTIFICACIONES

Art. 317 Pn. "El funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, expida una certificación de hechos que no sean ciertos, en todo o en parte, o de fe de lo que no consta en autos, registro, archivos, protocolos o documentos será sancionado con prisión de dos a cinco años".

Para el caso un Alcalde o Gobernador que extienda un acta de matrimonio sin haberlo contraído, o que habiéndose celebrado alterare su contenido como fecha o identidad de los contrayentes o el Notario que extendiere un testimonio de escritura de matrimonio sin haber sido protocolizado.

3o.) USO DE DOCUMENTOS FALSOS

Art. 322 Pn. "El que con conocimiento de la falsedad y sin haber intervenido en ella, hiciere uso de un documento falsificado o alterado, sea público o privado será sancionado con prisión de uno a cinco años".

4o.) FALSA IDENTIDAD

Art. 327 Pn. "El que con el fin de obtener algún provecho en beneficio propio o ajeno o para causar daño a otro, se atribuyere o atribuyere a tercero, nombre, edad, o estado civil falsos o alguna falsa calidad, será sancionado con prisión de

seis meses a un año, si el hecho no constituyere otro delito más grave.

La sanción será de uno a tres años de prisión, si la falsa identidad a que se refiere el inciso anterior fuere usada por un extranjero con el fin de entrar o permanecer en territorio nacional".

Para el inciso primero podría ser que una persona contraiga matrimonio con una edad media, teniendo partida de nacimiento.

5o.) FALSA DECLARACION SOBRE IDENTIDAD PROPIA O AJENA.

Art. 328 Pn. "El que declare o atestigüe falsamente ante un funcionario público o su delegado, en actuación oficial sobre la identidad de la persona propia o ajena será sancionado con prisión de seis meses a un año, si el hecho no constituyere otro delito más grave".

Los testigos de la celebración simulada de matrimonio podrían incurrir en este delito.

6o.) USO FALSO DE DOCUMENTOS DE IDENTIDAD.

Art. 329 Pn. "El que usare como propio, pasaporte, cédula de identidad o cualquier documento legítimo o falsificado, de identidad ajena o supuesta o el que cedere a otro para que

lo utilice, un documento de esa naturaleza será sancionado - con prisión de seis meses a un año, si el hecho no constituyere otro delito más grave".

Por ejemplo: cuando alguna persona contrae matrimonio - con certificación de partida de nacimiento ajena o cédula con otro nombre.

EJERCICIO ILEGAL DE PROFESION

Art. 220 Pn. "El que sin tener título profesional o - autorización para ejercer alguna profesión reglamentada no - relacionada con la salud pública, se atribuyere el carácter - de tal y ejerciere o realizare actividades propias de la profesión que se ha atribuido, será sancionado con prisión de uno a tres años".

Podría ser que una persona particular ejerza el notariado y celebre en ejercicio ilegal de la profesión un matrimonio en papel sellado simulando que es un ~~Protocolo~~ Protocolo.

USURPACION DE ATRIBUCIONES

Art. 436 Pn. "El funcionario público que invadiere atribuciones que no le corresponden o se arrogare facultades o poderes que no fueren los propios de su cargo o competencia será sancionado por prisión de seis meses a tres años".

Tratar de celebrar un matrimonio ante un Juez, creyendo por ello el contrayente que es válido.

ANTICIPACION Y PROLONGACION DE FUNCIONES PUBLICAS

Art. 437 Pn. "El que entrare a desempeñar un cargo o empleo público sin llenar las formalidades que la Ley exige será sancionado con diez a sesenta días de multa .

"Igual sanción se aplicará al funcionario o empleado público que continuare ejerciendo su cargo o empleo después de haber cesado legalmente."

Se puede presentar el caso de que a una persona se le lleve para la celebración simulada de matrimonio ante una persona que ha cesado en sus funciones de Alcalde o Gobernador, o que estando nombrado todavía no está en funciones.

"El funcionario o empleado público que se resistiere a entregar el cargo o empleo, cuando legalmente procede la entrega, será sancionado con prisión de dos meses a un año".

COHECHO PASIVO

Art. 444 Pn. "El funcionario o empleado público que por sí o por personas interpuestas , solicitare, o recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para hacer un acto

contrario a sus deberes o para no hacer o retardar un acto - debido, propio de sus funciones será sancionado con prisión de uno a seis años".

Un Alcalde que simule la celebración de un matrimonio, no asentándolo en el Libro respectivo mediante promesa de - recompensa.

INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE REGISTRO O DOCUMENTOS PUBLICOS

Art. 448 Pn. "El funcionario o empleado público que sus-- trajere, destruyere, ocultare o inutilizare registros o docu- mentos que le estuvieren confiados por razón de su cargo, se- rá sancionado con prisión de uno a cinco años.

La sanción del inciso anterior se aplicará al Notario que destruyere, ocultare o inutilizare, en todo o en parte - su Protocolo.

El Notario que habiendo sido suspendido o inhabilitado en el ejercicio del Notariado, no devolviere su sello o su - Protocolo después de cinco días de la prevención que se hicie- re, será sancionado con prisión de tres meses a un año".

COHECHO ACTIVO

Art. 450. Pn.- "El que cohechare a un funcionario o em-

pleado público en las formas establecidas en los artículos ~~444~~ y 445 Pn., para perpetrar los hechos referidos allí, será sancionado con las mismas penas que las señaladas para los funcionarios o empleados públicos.

La tentativa de cohechar a un funcionario o empleado público, será sancionada con prisión de seis meses a dos años.

Se castigará también al particular que ofreciere recompensa por la celebración simulada de un matrimonio.

CAPITULO V

I N C E S T OA- CONCEPTO Y ANTECEDENTES HISTORICOS

INCESTO: Es el acceso carnal entre parientes muy próximos cuyo matrimonio está prohibido por la relación de consanguinidad (1).

ANTECEDENTES: (2) En la Biblia se contemplan dos casos singulares de incesto, que fueron, sin duda alguna autorizadas por la necesidad: en los hijos de Adán y Eva que forzosamente tuvieron que casarse con sus hermanas y en los nietos de Noé que tuvieron que hacerlo con sus primos hermanos.

En el Deuteronomio se sanciona con maldición el incesto, en el Génesis se refiere con mucha delicadeza, que habrá que extremarse después de los hechos ocurridos en Sodoma como el incesto deliberado entre los hijos de Lott y su padre, so pretexto de que no se extinguiera el linaje humano.

Algunos autores sostienen que el término INCESTO proviene del Latín INCASTUS, incasto, no casto para otros se deriva de CESTUS o cinturas de venus que se daba a los casados

(1) Guillermo Cabanellas. Diccionario de Derecho Usual Tomo II.

(2) Guillermo Cabanellas. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.

salvo existir un impedimento, así los casados sin tal cintura eran incestuosos indignos de que en sus nupcias estuviere simbólicamente la diosa del amor.

El Derecho Romano, castigó el incesto realizado entre ascendientes y descendientes, entre hermanos y hermanas, entre tíos y sobrinos y entre parientes afines en determinados grados, haciendo una distinción entre incestos Juris Gentium, entre ascendientes y descendientes y el incestus Juris Civiles, entre colaterales afines (1).

"En el Derecho Español el fuero juzgo y el fuero real penó en igual forma el incesto, en la novísima recopilación el incesto se extiende a la fornicación con religiosos y por parte de los criados con las parientes de sus señores y con las criadas de la casa llegando a castigar hasta con la pena de muerte (2).

"La Etiología de este delito se halla con frecuencia en estados degenerativos del agente, porque según estudios, los delincuentes de esta clase de delitos son sobre todos los débiles mentales idiotas, epilépticos, paranoicos y alcohólicos

(1) Eugenio Cuello Calón- Derecho Penal Tomo II Parte Especial. Undécima Edición. Pág. 543-544.

(2) Obra citada. Pág. 544.

crónicos, pero sobre todo en causas sociales y en particular a las condiciones de vida que hacían a padres e hijos y hermanos en espantosa promiscuidad (1).

Las causas sociales determinantes de este delito, además de la promiscuidad familiar en miserables habitaciones son la pobreza, el abuso del alcohol, la viudez, la frigidez sexual o la repugnancia por la propia mujer el aislamiento en lugares apartados.

Se ha establecido a través de investigaciones que esto es delito de hombres viejos y viudos en gran parte.

Las razones por las que se castiga el incesto son:

a) la lesión de orden moral y jurídico familiar, cuya conservación requiere la abstención de relaciones sexuales - entre las personas ligadas por íntimos vínculos de sangre(2).

b) Consideraciones eugenésicas basadas en investigaciones biológicas, que demuestran que las uniones entre parientes próximos puede dar por resultado seres anormales y de ínfimo o nulo valor social (3), se dice que como consecuencia de -

(1) Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal Tomo II, Parte Especial. Undécima Edición. Págs. 544-545.

(2) Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal Tomo II, Parte Especial. Pág. 545

(3) Obra citada. Pág. 545.

estas uniones los seres anormales pueden resultar con ceguera, sordo-mudez, enfermedad mental, albinismo, numero mayor de dedos que lo normal.

En la Legislación Española se llama "Estupro cometido con hermana o descendiente aunque sea mayor de 23 años" (1).

"La legislación Argentina no reprime,ⁿⁱ castiga el incesto simple; el incesto se considera agravante en la violación - es decir se llama violación calificada cuando ha sido cometida por un ascendiente o descendiente afin, en línea recta y hermano (2).

La Ley penal salvadoreña en su artículo 271 dice lo siguiente: "El acceso carnal entre ascendientes y descendientes o entre hermanos, será sancionado con prisión de uno a tres años.

Si el incesto se realizare con menor de 18 años, la sanción será de dos a cinco años de prisión.

En este último caso el menor quedará sometido a las medi

(1) Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal Tomo II, Parte Especial. Pág. 543.

(2) Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino Tomo III. Tipografía Editora Argentina, 1976.

das tutelares que la Ley Especial establece".

El incesto según el artículo citado, el acceso carnal - o sea ayuntamiento carnal consentido entre ascendientes y descendientes, entre hermanos carnales paternos o uterinos, es la primera figura de incesto, es decir, que toma en cuenta como base el parentesco en línea recta y en todo caso con conocimiento del parentesco.

La Ley no establece la condición de hermanos por lo que se comprende a todos, siempre que sean legítimos.

El parentesco se mide en líneas y grados, en línea recta es cuando los parientes unos descienden de otros, en cuanto al grado la Ley no dice hasta que grado es la limitación pero lógico es que el parentesco de mayor grado entre quienes se podría dar este tipo de relación es el de segundo grado, de nieto a abuelo, porque en un grado mayor la generación sería tan diferente que es irrealizable.

El artículo citado presenta una agravante y es el incesto acto carnal que se realiza con parientes de los mencionados cuando éste o ésta conozca y consienta el acto, el sujeto responsable es el mayor de 18 años.

B- SUJETOS DEL DELITO

Sujetos Incestuosos.

1o.) Los ascendientes y descendientes, es decir las personas que se encuentran como generantes y engendrados, descendiendo uno de otro ejemplo: hijo, padre, abuelo, bisabuelo, - padres, hijos, nietos, biznietos.

2o.) Los hermanos de padre y madre, o solo de uno de éstos legítimos o naturales.

Para la configuración de este delito debe considerarse el parentesco desde el punto de vista legal.

Se llama parentesco a la relación de familia entre dos personas.

El parentesco se determina por grados y líneas, esta puede ser en línea recta y colateral,

Es en línea recta: cuando una de las dos personas es ascendiente de la otra.

Es en línea colateral o transversal: cuando las dos personas proceden de un ascendiente común y una de ellas no es ascendiente de la otra.

El grado: es la distancia que existe entre dos parien-

tes consanguíneos o políticos.

El parentesco puede ser a su vez legítimo e ilegítimo.

Parentesco....	{	Legítimo	{	Afinidad
			{	Consanguinidad
	{	Ilegítimo	{	Afinidad
			{	Consanguinidad

Como se dijo anteriormente debe tratarse del parentesco legal porque en el caso de dos hermanos respectivamente - ilegítimos, aunque fueren del mismo padre, tendría que probarse este hecho previamente mediante un trámite distinto a la acción de incesto.

Nuestra Legislación no contempla el caso de parientes afines, ni de otros parientes por consanguinidad.

C- ELEMENTOS DEL DELITO

Al analizar los elementos debe tomarse en cuenta dos - figuras:

- a-) Incesto simple;
- b-) Incesto Agravado.

Para el incesto simple: los requisitos son:

- 1o.) Acceso carnal por bazo debido;

- 2o.) consentimiento mutuo;
- 3o.) parentesco indicado por la ley;
- 4o.) conocimiento del parentesco;
- 5o.) que uno o ambos sean de 18 años o más;
- 6o.) dolo, consistente en la naturaleza antijurídica del acto y voluntad de hacerlo.

Para el incesto agravado: los requisitos son:

- a-) Acceso carnal por bazo debido;
- b-) consentimiento no indispensable;
- c-) parentesco indicado por la Ley;
- d-) conocimiento o no del grado de parentesco;
- e-) que él o la ofendida sea menor de 18 años;
- f-) dolo consistente en la naturaleza antijurídica del acto y voluntad de hacerlo.

D- SANCION Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

La penalidad que la ley impone en caso de delito de incesto es la siguiente: si se trata de incesto simple, la sanción correspondiente para el imputado es PRISION de uno a tres años, más la inhabilitación correspondiente.

La penalidad que impone la Ley en caso de incesto agravado: es de dos a cinco años de prisión, más la inhabilitación que corresponda.

En ambos casos si el hecho es constitutivo de violación propia, impropia, agravada o en prostituta, hay concurso ideal de delito por parte del varón que conoce el parentesco, y en este caso se aplicará la sanción de acuerdo al concurso de delito.

Para el varón o la mujer menor de 18 años quedan sometidos a las medidas tutelares que la ley establece, ésta ley es el Código de Menores.

Ahora bien, al estudiar el Código de Menores en su Art. 94^o Cód. Menores y siguientes que se refieren a:

MENORES EN ESTADO DE ABANDONO, PELIGRO O RIESGO

Art. 94^o C. Men. "Siempre que un tribunal tutelar tenga conocimiento por cualquier medio que menores cuya edad no excede de dieciocho años se encuentran en estado de abandono material o moral o de peligro o riesgo, abrirá la investigación correspondiente, tomará los datos e informes necesarios para la determinación de todas las circunstancias que interesen y adoptará de inmediato las medidas adecuadas para su protección".

El Art 94^o Cód. Menores. Que se refiere al Estado de Peligro o Riesgo.

Art.99 C.Men "Se presumen en estado de peligro o riesgo los menores:

9o.) Que ejerzan o sean víctima de vicios;

12o.) Que se vean enfrentadas a una maternidad prematura y obligada.

Las Medidas Tutelares se regulan en el Art. 100 C.Menores. "Concluida la investigación en el término máximo de treinta días, el Juez Tutelar podrá acordar a su prudente arbitrio cualquiera de las medidas siguientes:

a-) Reintegro al hogar, con o sin libertad vigilada;

b-) colocación en hogar sustituto;

c-) colocación en escuela-hogar;

d-) colocación en Instituto Curativo;

e-) colocación en otro centro de protección;

f-) Cualquier otra medida que estime necesaria y adecuada para la formación del menor.

Las anteriores medidas también podrán ser acordadas y aplicadas en forma simultánea o sucesiva según se estime necesario o conveniente para los menores.

E- CONCURSO DEL DELITO DE INCESTO Y OTROS DELITOS

Con el delito de incesto pueden presentarse otros delitos como son:

I- La Violación, porque la actitud del violentado, rompe con la bilateralidad necesaria, es decir el convenio expreso o tácito de dos agentes y es responsable únicamente el violador.

II- Con la corrupción de menores.

CORRUPCION AGRAVADA

Art. 205 Pn. La pena será de cuatro a ocho años de prisión.

4o.) Si el autor fuere ascendiente adoptante, hermano encargado de la educación o guarda de la víctima.

III- AYUDA A LA CORRUPCION DE MENORES

Art. 206 Pn. "El que para satisfacer los deseos eróticos-sexuales de otro facilitare la corrupción sexual de una persona menor de dieciséis años, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Podría ser que el facilita la corrupción sea ascendiente, o de los parientes requeridos en el tipo del incesto".

IV- PROMOCION DE LA PROSTITUCION

Art. 207 Pn. "El que con ánimo de lucro o para satisfia

cer los deseos eróticos-sexuales de otro promoviere o favoreciere la prostitución de una persona menor de dieciocho años, será penado con prisión de seis meses a dos años".

Art. 208 Pn.

No. 3o.) "Sí el autor fuere ascendiente adoptante, hermano, encargado de la educación o la guarda de la víctima".

CAPITULO VI

JURISPRUDENCIA

El término Jurisprudencia tiene diversas acepciones, -
siendo la más indicada en el presente trabajo la siguiente -
"Práctica Judicial constante.

La interpretación reiterada que el Tribunal supremo -
de una nación establece en los asuntos que conoce" (1).

En nuestro país con respecto a la práctica judicial -
sobre los delitos en comento es muy reducida, se ha podido -
comprobar que se han presentado algunos casos en los Tribu-
nales de San Salvador, no así en el interior del país y, de -
1977 a la fecha no se encuentran registrados los mencionados
delitos.

En cuanto al delito de ADULTERIO, y en los Tribunales
no se encuentra ningún caso denunciado.

Respecto a los Matrimonios Ilegales, la Bigamia si ha -
sido motivo de denuncia y un caso de Incesto.

de/

En un Juzgado, lo Penal se encuentra un caso que por ra-
zones de jurisdicción donde se cometió el delito fue remitido

(1) Guillermo Cabanellas. Diccionario de Derecho Usual. Edito
rial Eliasta, S.R.L. 9a. Edición.

a otro competente.

Dicho juicio fue promovido por el cónyuge agraviado, pero ya no continuó la acción, en este caso la imputada era una mujer que había contraído matrimonio dos veces.

1- Juzgado XX de lo Penal, San Salvador, a las once horas del día XX del mes de XXX de mil novecientos XXXX.

Presente el señor Juan N., mayor de edad, y quien se identifica debidamente dice: Que viene a denunciar un hecho que considera delictuoso, recíbasele su denuncia verbal.

2- Declaración de ofendido.

3- gado XXX de lo Penal, San Salvador, a las diez horas del día XX de mil novecientos XXXX.

Siendo perseguible de oficio el hecho denunciado por el señor Juan N., instrúyase el informativo de Ley.

Este delito fue cometido por una mujer, mayor de edad, analfabeta, de oficios domésticos, originaria del medio rural.

En uno de los Juzgados de lo Penal existe otro caso, que si fue concluído ya que el imputado era casado aquí en El Salvador y contrajo nupcias en el extranjero sin haberse disuelto el vínculo matrimonial contraído, por lo que la ofen-

dida primero siguió diligencias de traducción del certificado matrimonial y el Tribunal que estaba conociendo era de opinión que el delito no se había cometido en el país y que no podía -comprobarse la participación del imputado, pero la Cámara confirmó la delincuencia y se continuó el trámite hasta la sentencia.

En otro Tribunal se encuentra otro caso de bigamia denunciado en la Fiscalía General de la República y promovido -por ésta y la última diligencia que se practicó fue que se libraron órdenes de captura para el indiciado y se ordenó trabar embargo en bienes del mismo.

En resumen, los casos que únicamente se han ventilado -en los Tribunales de San Salvador, son:

Uno de Incesto y cinco de Bigamia.

1 en 1973

2 en 1974

1 " 1975

1 " 1977

Respecto a la delincuencia es ^{de} observar, que cuatro de ellos han sido cometidos por hombres y uno por una mujer; los hombres todos originarios del medio urbano, alfabetos y con -una educación media.

Lo anterior demuestra que es un delito cuyo índice de delincuencia es mayor en el hombre y cometido por personas que no pueden alegar ignorancia de la Ley.

El caso de incesto cometido en 1976 por un hombre, casado, alfabeto y jornalero, originario del medio rural, parece ser que por su educación o la falta de dominio de las pasiones lo haya cometido.

CAPITULO VII

C O N C L U S I O N E S:

1o.) El Art. 179 Cn., consagra en su parte final - "EL MATRIMONIO ES EL FUNDAMENTO LEGAL DE LA FAMILIA Y DESCANSA EN LA IGUALDAD JURIDICA DE LOS CONYUGES",

Atendiendo ese principio constitucional se hace necesario, armonizarlo con el resto de las Leyes que protegen el matrimonio, como sería el caso de establecer igualdad de requisitos para tipificar delitos como el adulterio, para que se de la igualdad jurídica, porque de otra manera se sale del marco constitucional, aún cuando hay un alejamiento de la moral, pero así se ha comprobado que un pueblo mientras más se tecnifica se aleja más de la moral, este sería un ejemplo.

2o.) Debe armonizarse el Art. 62 de la Ley de Notariado en cuanto a la responsabilidad de los Notarios de los daños y perjuicios que ocasionaren a las partes cuando celebraren un matrimonio de los considerados como ilegales, porque si incurriere en responsabilidad penal, la comisión del delito origina acción civil y penal, dentro de la acción civil estarían comprendidos la indemnización de daños y perjuicios ocasionados a las partes, los cuales deben quedar determinados en la sentencia. Así mismo el Notario según el Art. 121 C., Inciso final establece una multa de doscientos a quinientos colones

al celebrar matrimonio sin **cumplir** con los requisitos establecidos o sea celebración de matrimonios ilegales.

Resumiendo la responsabilidad del Notario al celebrar matrimonios ilegales, es civil, sancionada con multa.

Penal, sancionado con días multa más la indemnización de daños y perjuicios como responsabilidad civil, por la comisión del delito.

Notarial, sancionado con indemnización de daños y perjuicios a la parte agraviada.

Considero que debe regularse haciendo armonizar las disposiciones.

3o.) Al plantear la jurisprudencia ha de observarse la poca aplicación de las normas penales estudiadas; cuando esto sucede hay DESUSO DE LA LEY.

Puede presentarse el caso de que no se aplique una Ley, no obstante que no haya sido derogada por el órgano correspondiente, esta Ley carece de vigencia porque no se usa o aplica por no corresponder ya al medio social conforme al cual fuera dictada.

Las disposiciones comprendidas en los Arts. 265 a 271 del Código Penal no tienen real aplicación, con ello no se -

indica que no se presenten conductas de tal naturaleza, lo que ocurre es que esas normas han sido creadas por razones de moralidad, pero su escasa o nula aplicación se debe a la misma razón, en vista de que los criterios de valoración moral cambian a medida que la ciencia avanza o caso contrario en las personas conservadoras, por razones de moral evitan el escándalo público y prefieren guardar silencio ante una ofensa de esa clase, porque la sociedad misma no está preparada para recibir en su seno sin objetar a la persona involucrada en una situación antijurídica de tal naturaleza.

Las causas del desuso pueden ser:

a) Haber desaparecido las condiciones sociales, económicas, políticas, etc., que provocaron y condicionaron la necesidad de legislación en tal sentido.

b) Resultar inadecuada la Ley, a la necesidad que pretende servir o a los problemas que el legislador tuvo en mente resolver.

c) No existir correspondencia entre la Ley y el sentido o mentalidad de la sociedad para quien se impone la obligatoriedad de la Ley.

Sin olvidar que en nuestro país convergen las influencias de cultura europea de tipo español, así como parte de -

la cultura occidental, lo que crea confusión al tratar^{de}/adecuar las leyes a personas con una mezcla de costumbres diferentes.

El desuso de la Ley carece de fuerza para derogarla - por razones de seguridad jurídica, pero es menester que sea - tomada en cuenta por los legisladores para futuros proyectos de Ley.

4o.) Respecto al concurso de delitos de Incesto y Violación, debe considerarse que: el incesto es un delito de - codelincuencia necesaria y si el acceso carnal se practica - ejerciendo violencia física o moral, que es un elemento del delito de violación, desaparece el delito de incesto, quedando únicamente como delito de violación.

Lo que podría ocurrir en el caso mencionado es que se aplique al delito de violación la agravante señalada en el - Art. 43 Pn., de las circunstancias ambivalentes:

"Podrá ser apreciada como circunstancia agravante o atenuante según la naturaleza, los móviles y los efectos del delito, si el agraviado cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del agente.

Lo anterior, en vista de que no se contempló en el capítulo de la violación, cuando ésta fuera entre ascendientes, descendientes o hermanos".

B I B L I O G R A F I A:

Constitución Política de El Salvador

Código Penal

Código Procesal Penal

Código Civil

Código de Menores

Ley de Notariado

Ley del Ramo Municipal

Ley del Régimen Político

Exposición de Motivos del Código Penal

Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas

Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz

Derecho Penal Argenti-

no, Tomo III Sebastián Soler

Derecho Penal, Parte

Especial, Tomo II Eugenio Cuello Calón

Derecho Penal, Parte

Especial Carlos Fontán Balestra

Proyecto del Código de Familia

Delitos contra la Fa-

milia y la Moralidad

Sexual Antonio Beristan

Sociología William Fiersburn y

Meyer F. Ninkoff

