



Fuente: <https://goo.gl/U4hA0v> Jupiter y Era

ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL INCESTO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL Y CIVIL EN COLOMBIA.

Monografía de grado para optar por el
título de abogado

Eran primos entre sí. Habían crecido juntos en la antigua ranchería que los antepasados de ambos transformaron con su trabajo y sus buenas costumbres en uno de los mejores pueblos de la provincia. Aunque su matrimonio era previsible desde que vinieron al mundo, cuando ellos expusieron la voluntad de casarse los propios parientes trataron de impedirlo. Tenían el temor de que aquellos saludables cabos de dos razas secularmente entrecruzadas pasaran por la vergüenza de engendrar iguanas. Ya existía un precedente tremendo. Una tía de Úrsula, casada con un tío de José Arcadio Buendía, tuvo un hijo que pasó toda la vida con unos pantalones englobados y flojos, y que murió desangrado después de haber vivido cuarenta y dos años en el más puro estado de virginidad porque nació y creció con una cola cartilaginosa en forma de tirabuzón y con una escobilla de pelos en la punta. Una cola de cerdo que no se dejó ver nunca de ninguna mujer y que le costó la vida cuando un carnicero amigo le hizo el favor de cortársela con una hachuela de destazar. José Arcadio Buendía, con la ligereza de sus diecinueve años, resolvió el problema con una sola frase: “No me importa tener cochinitos, siempre que puedan hablar”. (Gabriel García Márquez, Cien Años de Soledad)

Tania Vanessa Eslava Suárez - U00075860
Juan Carlos Vargas Carrillo -U00057572

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	7
1. HISTORIA DEL INCESTO	9
1.1 El incesto en la biblia.....	9
1.2 El incesto en Grecia y Roma.....	10
1.3 El incesto en el Derecho Romano	10
1.4 Incesto en el Derecho Canónico.....	12
1.5 El incesto en el ordenamiento jurídico colombiano	13
2. EL INCESTO PARA OTRAS AREAS DEL CONOCIMIENTO.....	16
2.1 Genética	16
2.2 Psicología.....	18
2.3 Antropología y sociología.....	20
3. EL INCESTO EN EL DERECHO CIVIL COLOMBIANO	23
3.1 Derecho de familia	24
3.1.1 Adopción.....	29
3.1.2 Alimentos	29
3.1.3 Sociedad conyugal y sociedad patrimonial	30
3.1.4 Registro de los hijos nacidos de uniones incestuosas	32
3.1.5 Otros efectos jurídicos	32
3.2 Derecho sucesorio	34
4. EL INCESTO EN EL DERECHO PENAL.....	36
4.1 Análisis típico del delito de incesto.....	36
4.2 Jurisprudencia de la Corte Constitucional: sentencia c-404 de 1998	41
4.2.1 Comentarios sobre los conceptos de los expertos consultados por la Corte Constitucional	42
4.2.2 Comentarios sobre las consideraciones de la Corte.....	46
4.2.3 Sobre los salvamentos de voto.....	51
4.3 Jurisprudencia de la Corte Constitucional: sentencia c-241 de 2012	52
4.3.1 Consideraciones de la corte.....	52
4.3.2 Comentarios sobre la sentencia	53
4.4 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	54
5. CONCLUSIONES.....	60
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62
7. ANEXOS	65

LISTA DE TABLAS

Tabla 1. Estructura del tipo penal del incesto	37
--	----

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Sentencias de casación en las cuales el delito que dio origen a la acción penal es el incesto	55
Figura 2. Delitos con los cuales concurre el incesto en las sentencias analizadas.....	55

LISTA DE ANEXOS

Anexo 1. Derecho de petición ante la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.....	65
Anexo 1.1. Respuesta de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga..	66
Anexo 2. Sentencias de casación en las cuales el delito que dio origen a la acción penal es el incesto	67
Anexo 2.1. Respuesta de la Registraduría Nacional de la República de Bucaramanga..	68
Anexo 3. Análisis de la sentencia C-404 de 1998 de la Corte Constitucional de Colombia.	69
Anexo 4. Análisis de la sentencia C-241 de 2012 de la Corte Constitucional de Colombia.	74
Anexo 5. Listado de sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia analizadas. .	78
Anexo 6. Derecho de petición ante la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.....	83
Anexo 6.1. Respuesta de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.....	84
Anexo 7. Derecho de petición ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.	85
Anexo 7.1 Respuesta de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.	86
Anexo 8. Análisis de la sentencia con radicación 25078 de 2006 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.....	88
Anexo 9. Análisis de la sentencia con radicación 32875 de 2011 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.....	91

RESUMEN

En el ordenamiento jurídico colombiano puede encontrarse el incesto consagrado como un delito y como una causal de nulidad del matrimonio. En esta tesis se estudiarán las normas que regulan este tipo de conductas y se observará, por un lado, si en la legislación civil hay claridad y coherencia entre las disposiciones legales, en especial en los casos relacionados con el estado civil y la adopción. Por otro lado, se analizará el tipo penal del incesto y, de la mano de la doctrina y la jurisprudencia, se precisará sobre su uso, la frecuencia con la que sucede y su aplicación práctica por parte del aparato judicial.

Palabras clave.

Incesto, delitos contra la familia, delitos contra la libertad sexual, nulidad del matrimonio, adopción.

RÉSUMÉ

Dans le système juridique colombien on peut trouver l'inceste consacrée comme un crime et comme une cause de nullité du mariage. Dans cette thèse, on va étudier les règles sur ce type de comportement et on verra, d'une part, s'il y a de la clarté et de la cohérence entre les lois dans le droit civil, en particulier dans les cas liés à l'état matrimonial et l'adoption. D'autre part, l'infraction d'inceste sera analysée et, avec l'aide de la doctrine et de la jurisprudence, on fera des précisions sur son utilisation, à quelle fréquence cela se produit et sa mise en pratique par le système judiciaire de la magistrature.

Mots-clés.

Inceste, crimes contre la famille, crimes contre la liberté sexuelle, annulation du mariage et adoption.

INTRODUCCIÓN

El siglo XX llegó con grandes revoluciones sociales cuyas consecuencias podemos percibir hasta el día de hoy. Desde temas aparentemente tan banales como la música y la forma de vestir, hasta cambios socioculturales profundos en las sociedades tales como el fin de la segregación racial institucional en Estados Unidos y el apartheid de Sudáfrica.

Sin embargo, uno de los más grandes cambios que se produjeron en la segunda mitad del siglo XX y de gran impacto y debate aún hoy día, fue la liberación sexual. La cultura occidental, eminentemente cristiana y conservadora, pasó poco a poco de ser una sociedad con valores puritanos y que consideraba el matrimonio y la concepción legítima como la única forma aceptable de tener sexo, al estado actual, en el que hombres y mujeres tienen ambos un amplio margen de libertad de decisión sobre sus propios cuerpos. Ahora, en el año 2015, temas como la homosexualidad, la promiscuidad, el sexo sin matrimonio y hasta la bigamia son vistos bajo otros ojos y las personas que de alguna forma lo practican no son tan discriminadas como lo fueron en la antigüedad.

A pesar de los cambios sociales, el incesto se mantiene como acto sancionado social y jurídicamente. Por más que hoy en día sea una escena casi común el ver a una pareja de personas del mismo sexo caminando de la mano en sitios públicos, una mujer que llega a los 50 años soltera porque así lo decidió o una pareja de personas que, viviendo juntas, no han contraído matrimonio,

la idea de una relación sexual o romántica entre dos personas unidas por un vínculo de consanguinidad continúa siendo reprochada como lo fue en la antigüedad.

El ordenamiento jurídico colombiano y de países como México, Chile, Uruguay, Venezuela, Cuba y Alemania, entre otros, no han sido ajenos a este tabú. El incesto continúa siendo un delito castigado por la ley penal según el código del año 2000. De igual manera la ley 57 de 1887, Código Civil aún vigente, contempla el parentesco como una causal de nulidad del matrimonio, creando un desestímulo para estas uniones. Sin embargo, la bigamia fue despenalizada, las –antiguamente llamadas- concubinas gozan ahora de derechos patrimoniales y estatus jurídico reconocido, y las personas homosexuales pueden afiliar a su pareja a la seguridad social.

Esta investigación, en primer lugar, se remontará milenios de vuelta en el tiempo visitando míticas y antiquísimas culturas como la egipcia hasta llegar a tiempos de los grandes jurisconsultos en Roma, creadores de obras sin precedentes para la historia del derecho, en donde se mencionará el tratamiento cultural e incluso legal del incesto en la antigüedad. En segundo lugar y aprovechando los cimientos conceptuales desarrollados en el capítulo de la historia, se mencionaran las consideraciones en relación con el incesto desde diferentes disciplinas humanísticas con el fin de crear un entendimiento integral del tema. En tercer lugar se retomaran las cavilaciones jurídicas del final del primer capítulo para luego desarrollar en toda su complejidad las normas que regulan el incesto en el derecho civil, yendo de simples precisiones conceptuales a lagunas jurídicas y problemas prácticos. El ultimo capítulo estará dedicado al estudio del incesto desde la perspectiva penal, en la que, como podremos notar, es donde se encuentra el foco que irradia imperfecciones y desatinos por la consagración de un delito que, en la práctica, sobra.

Dado que sería natural confundir el alcance real de los que se considera “incesto”, antes de iniciar con la investigación se aclarará que para la ley 599 del 2000 el incesto se refiere a las relaciones

sexuales de una persona con su ascendiente, descendiente, adoptante, adoptivo, hermano o hermana. Para el Código Civil es aquella relación entre dos personas que se encuentran en la misma línea de ascendientes y descendientes o son hermanos.

1. HISTORIA DEL INCESTO

El incesto ha acompañado a la humanidad desde sus inicios. Es posible encontrar referencias a esta práctica tanto desde el punto de vista creacionista como del evolucionista. En este apartado se intentará hacer una breve reseña de la historia el incesto a través de los tiempos en el mundo occidental.

1.1 El incesto en la biblia

Una de las primeras referencias a las relaciones sexuales entre parientes cercanos se encuentra en la Biblia, en el primer libro del antiguo testamento, cuando las hijas de Lot decidieron dar vino a su padre para emborracharlo y tener relaciones sexuales con él con el objetivo de poblar la región, pues no había más hombres con quienes se pudieran casar (Génesis 19:30-38 Liga bíblica internacional). Más adelante, el renombrado Abraham se casa con su media hermana (Génesis 20:12-13) y Moisés se une con su tía Amran para dar vida a Jocabed (Éxodo 6:19-20). Aclaremos que a pesar de que la relación entre Moisés y Amran no sería penalizada por las leyes colombianas, para las leyes del cristianismo constituye una relación sexual prohibida según lo dicho por Dios a Moisés para que lo comunicase a los israelitas: “Ningún hombre debe acercarse a una mujer de su propia familia para tener relaciones sexuales con ella, (...). No deshonres a tu padre teniendo relaciones sexuales con su esposa (...). No tengas relaciones con la hermana de tu madre (...)” (Levítico 18:7-18), entre muchas otras. Sin embargo, esta prohibición expresa no parece ser

obedecida durante el resto del libro. Se repite, por ejemplo, cuando el hijo mayor de David viola a su hermana sin castigo alguno por parte de este, a pesar de que todos, incluso el perpetrador del acto, conocían que era un acto castigado por Dios (II Samuel 13:1-14).

1.2 El incesto en Grecia y Roma

En la mitología de la antigua Grecia hubo varios casos de incesto, pero probablemente el más famoso es el de los titanes Cronos y Rea, pues de su unión nacieron los dioses del olimpo Zeus, Hades, Hera, Poseidón, y otros; estos a su vez practicaban el incesto y tenían descendencia de estas uniones, creando el complejo árbol genealógico que hoy conocemos (VV. AA., 2005).

Las dinastías egipcias se valieron del incesto como un efectivo método para mantenerse en el poder. Uno de los ejemplos más conocidos es Cleopatra, quien contrajo matrimonio con sus dos hermanos para poder conservar el título de reina (Matos, 2012).

De acuerdo con Wood (1995), los gobernantes de la antigua Roma no se escapaban de esta práctica. Se cree que Calígula embarazó a su hermana Drusila y Nerón sostuvo relaciones sexuales con su madre Agripina, quien se dice, ya anteriormente había contraído matrimonio con su tío Claudio. (pág. 458).

1.3 El incesto en el Derecho Romano

En el Derecho romano el incesto era un “acto ilícito que consistía en contraer matrimonio sin tener en cuenta la prohibición por razón de parentesco e implicaba sanciones para quien cometía la infracción” (Gutiérrez-Alviz Armario, 1982, pág. 185).

Podemos encontrar una de las primeras prohibiciones positivas del incesto en la Lex Iulia de Adulteriis del año 18 A.C, una ley que formaba parte de la normatividad moral que Augusto creó para dar público castigo a delitos que antes eran competencia, en una esfera privada, del *pater familias*, como el adulterio, el estupro y el matrimonio con un pariente. “El incesto se castigaba con la relegación del varón a una isla (relegatio) o la deportación de ambos (deportatio) y llegó incluso a pensarse con la muerte” (Gottlieb Haubold & Valderrama, 1848, pág. 155). Hay gran cantidad de menciones al incesto en el Digesto por parte de Paulo, Ulpiano, Gayo y otros juristas latinos, en las que se observa cómo se aplicaban las normas sobre el incesto a los casos reales. La gravedad del incesto también varía según la situación, pues las nupcias eran calificadas como criminales si se contraían entre ascendientes y descendientes consanguíneos o por adopción. Más tarde aclara que la misma prohibición existe para los parientes por línea transversa, como hermanos y hermanas carnales o de un solo padre, pero esta no es tan gravosa como la antes mencionada. Sobre lo anterior, del título X “De las nupcias” explica García del Corral (1989):

(...) Si contra lo que hemos dicho se hubieren unido algunos, no se entienda que hay ni marido, ni esposa, ni nupcias, ni matrimonio, ni dote. Y así, los que de este coito nacen no están bajo la potestad del padre; sino que son (en cuanto a la patria potestad respecta), tales como los que la madre concibió del vulgo. Pues ni éstos se entiende que tienen padre, como quiera que lo tienen incierto; de donde suelen ser llamados hijos espurios, o en lengua griega, como azopdv (diseminadamente) concebidos, o como hijos sin padre. Síguese de aquí que, disuelta tal unión, ni a la exacción de la dote haya lugar. Más los que contraen

nupcias prohibidas, sufren además otras penas que en las sacras constituciones se contienen. (p.14).

1.4 Incesto en el Derecho Canónico

Para el Derecho Canónico, las relaciones sexuales entre personas que no estaban unidas por vínculo matrimonial se denominaban *fornicatio*, eran consideradas pecado y delito y daban lugar a severas penitencias. “La *fornicatio* podía tomar diferentes formas y niveles de gravedad, siendo la *fornicatio* sencilla la de menor penitencia y la bestialidad la más gravosa” (Margadant S, 1998, pág. 520). El adulterio, el incesto y la homosexualidad eran también especies de *fornicatio* que podían, además, presentarse conjuntamente en la misma relación, como es el caso de las relaciones sexuales entre dos hermanos varones.

La Iglesia católica sostuvo un concepto amplio de incesto en el que se incluía no solamente a la familia consanguínea o por adopción, sino que se extendió el término para abarcar también a las relaciones entre aquellos unidos por “consanguineidad espiritual”, es decir, aquella surgida entre los padrinos de bautismo y su ahijado (Lakarra Lanz, 2010), así como aquellas entre confesor y confesada o entre un hombre y una monja, partiendo de que existe un vínculo familiar comoquiera que las monjas son esposas de Dios y todos somos hijos de Dios (García García, 2011).

A pesar de todas las prohibiciones, el incesto en la práctica no tenía la misma reprochabilidad de la norma. Eran frecuentes las uniones entre primos o de tíos y sobrinos en las clases altas que obtuvieron previamente dispensa papal para poder contraer matrimonio católico (Lakarra Lanz, 2010).

Al respecto, en la actualidad el código de derecho canónico de 1983 en su título VII, capítulo III consagra lo siguiente con relación a la nulidad de matrimonio incestuoso:

1091 § 1. En línea recta de consanguinidad, es nulo el matrimonio entre todos los ascendientes y descendientes, tanto legítimos como naturales.

§ 2. En línea colateral, es nulo hasta el cuarto grado inclusive.

§ 3. El impedimento de consanguinidad no se multiplica.

§ 4. Nunca debe permitirse el matrimonio cuando subsiste alguna duda sobre si las partes son consanguíneas en algún grado de línea recta o en segundo grado de línea colateral

1092 La afinidad en línea recta dirime el matrimonio en cualquier grado (...).

1.5 El incesto en el ordenamiento jurídico colombiano

En Colombia, como un país conservador y con amplia tradición católica, ha existido siempre en el legislador un deseo de evitar conductas consideradas tradicionalmente inmorales, como las uniones homosexuales, la bigamia y, por supuesto, las relaciones sexuales entre parientes cercanos. El antecedente más antiguo que se tratará en esta tesis y que a pesar de ello se encuentra vigente es el código civil de 1887 en su artículo 140 que tal y como fue concebido en sus inicios dejaba sin efectos un matrimonio cuando:

ARTICULO 140. <CAUSALES DE NULIDAD>. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:

(...)

9) Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes y descendientes o son hermanos.

10) Cuando se ha contraído entre el padrastro y la entenada o el entenado y la madrastra.

11) Cuando se ha contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva; o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que fue esposa del adoptante (...).

Sin embargo, ese mismo año el numeral 10 fue derogado por la Ley 57 de 1887 que adaptó el Código Civil. Más adelante, en el año 2003, la Corte Constitucional mediante sentencia C-482, por razones de igualdad, declaró exequible condicionalmente el numeral 11 en el entendido que también será nulo el matrimonio entre la hija adoptiva y quien fue esposo de su madre adoptante.

Por otra parte, en el derecho penal podemos resaltar que en todas las épocas el incesto ha sido sancionado, de una u otra forma, por las leyes nacionales. El delito del incesto en el ordenamiento colombiano no aparecía como delito autónomo en el Código Penal de 1890; sin embargo, sí estaba contemplado como un agravante del delito de “amancebamiento público”. El amancebamiento, según el diccionario de la lengua Española (2015), es: “Amancebamiento. (De amancebarse). 1. m. p. us. Trato sexual habitual entre hombre y mujer no casados entre sí.”

Posteriormente, en el código penal de 1936, el incesto es introducido como delito autónomo en su artículo 357:

Art. 357.- El que tenga acceso carnal o ejecute actos eróticos –sexuales con un descendiente o ascendiente, aun ilegítimo, o con un afín en la línea directa, o con un hermano o hermana, estará sujeto a la pena de prisión por seis meses a cuatro años.

Más adelante el código de 1980 continuó con la prohibición en su artículo 259 pero, a diferencia de la ley anterior, no contempló pena para las relaciones sexuales con parientes por afinidad: “Art 259. El que realice acceso carnal u otro acto erótico- sexual con un descendiente ascendiente, adoptante o adoptivo, o una hermana, incurrirá en prisión de 6 a 4 años.”

En 1998 se presentó el proyecto de ley No. 40 en el cual el incesto se consagraba como delito autónomo, pero con una variante muy interesante y sin precedentes en el ordenamiento colombiano:

Art. 230 – El que realice acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años. La pena será de multa cuando la conducta sea realizada entre mayores de dieciocho (18) años.

Como se observa, el proyecto contemplaba una pena no privativa de la libertad cuando la conducta era realizada por mayores de edad, pues se estableció de esta manera bajo el entendido que quienes realizaban la conducta lo hacían de manera libre y voluntaria en pleno uso de sus facultades. Dicha salvedad obedecía a una liberalización de la ley que, en últimas, no logró superar los debates legislativos y desapareció antes de que este proyecto fuera aprobado como la Ley 599 de 2000.

2. EL INCESTO PARA OTRAS AREAS DEL CONOCIMIENTO

Como es de suponerse, no solamente una gran variedad de culturas y ramas del derecho han estado interesadas en las relaciones incestuosas, también otras áreas del conocimiento han fijado su atención en el tema desarrollándolo desde diferentes perspectivas y contextos que hacían imposible pasar por alto dentro de esta investigación. Veamos algunas de ellas:

2.1 Genética

Todos los seres vivos que practican la reproducción sexual se crean a través de la formación de una célula llamada cigoto que resulta de la unión de dos gametos (células sexuales masculinas y femeninas). Cada gameto transporta una copia de un gen, denominados alelo materno y alelo paterno. En la reproducción incestuosa es probable que tanto el alelo de la madre como el del padre transporten el mismo material genético. Cuando un individuo tiene dos alelos idénticos se dice que es homocigoto para ese gen.

La homocigosis puede causar problemas de salud a los hijos de parejas incestuosas en caso tal que al crear prole esta heredara el gen con la enfermedad recesiva tanto de su padre como de su madre, cosa que podría haberse evitado con un cruce heterocigótico.

Sin embargo, estos problemas genéticos no suelen surgir de toda relación incestuosa, sino especialmente de aquellas precedidas por varias generaciones que han practicado el incesto. En efecto, una investigación realizada por la Universidad de Murdoch encontró que los hijos nacidos

del cruce en primera generación de primos-hermanos tenían un 4% de riesgo de sufrir de una enfermedad genética, comparado con el 2% de posibilidad que tienen los hijos de personas no emparentadas entre sí, haciendo que las posibilidades de nacer con una enfermedad genética no tenga por qué revestir de interés a las políticas públicas en materia de salud (Saggar & Bittles, 2008).

Pese a existir una baja probabilidad de complicaciones genéticas, la selección natural ha conducido a que las especies prefieran la exogamia con el fin de encontrar las mejores combinaciones genéticas para su progenie. Por ejemplo, los ratones tienen una habilidad para evitar el cruzamiento con sus parientes que consiste en ser capaces de detectar el conjunto de loci genéticos (h-2) de otro ratón. Mediante el olfato, los ratones detectan el h-2 de otro ratón para saber si es un pariente incluso sin necesidad de haber tenido contacto con el otro anteriormente y con esto intentan cruzarse con los individuos que estén en el extremo más diferente de su propio loci genético. Esta habilidad está presente tanto en los ratones machos (Krackow & Matuschak, 1991) como en las hembras (Yano, Sakamoto, & Habara, 2015). Como otro ejemplo puede mencionarse a las codornices, las cuales aprenden a diferenciar a los individuos con los cuales se criaron y evitan la reproducción con estos a fin de evitar el homocigotismo (Kim, Cheng, Ritland, & Silversides, 2007).

En otras especies la evitación del incesto se hace alejándose del grupo de origen. Los leones macho se van de la manada antes de empezar a sentirse atraídos por sus hermanas (Dawkins, 2006), igualmente las chimpancés hembra se van de la manada al alcanzar la madurez y evitan la reproducción con cualquier individuo cuyos rasgos faciales se parezcan a los de su madre (Parr, Hentiz, Lonsdorf, & Wroblewski, 2010).

2.2 Psicología

Con respecto a los orígenes del incesto, en *Totem y tabú* Sigmund Freud (1997) ideó la alegoría de la “horda primitiva” la cual consistía en que en el origen de la humanidad existió un grupo dominado por un padre opresor que no permitía a sus hijos acceder a las mujeres de la familia. Como venganza, todos sus hijos decidieron asesinarlo y comerse su cadáver, pero con posterioridad notaron que, teniendo total libertad sobre las mujeres de la familia, competirían entre ellos, por lo cual decidieron crear la prohibición del incesto.

De los razonamientos freudianos se desprende lo que ahora se conoce como el conflicto edípico, que es el supuesto deseo que tiene todo sujeto de mantener relaciones sexuales con respecto a su padre del sexo opuesto y de eliminar a su padre de mismo sexo. El nombre deriva del mito griego de Edipo, hijo de Layo y Yocasta. Un oráculo anuncia a Yaco que será asesinado por su propio hijo. Por tanto, cuando Yocasta da a luz un hijo varón, Layo da la orden a su sirviente de abandonarlo, pero este, desobedeciendo a su amo, le entrega su crianza a un pastor quien posteriormente lo da al rey Pólipo y su esposa Mérope. Años después, cuando Edipo es ya un hombre, un oráculo le anuncia que asesinará a su padre y yacerá con su madre. Edipo huye de su casa temiendo hacer daño a Pólipo y Mérope, a quienes considera sus progenitores. En el camino de huida se encuentra con Layo y, luego de una discusión, lo asesina sin saber que se trata de su verdadero padre. Edipo se casa con Yocasta y tiene con ella cuatro hijos antes de que ambos descubran la verdad, lo que ocasiona el suicidio de Yocasta y que él, en medio de su humillación, se arranque los ojos y vague como un pordiosero por toda Grecia.

Freud argumenta que todos los hombres se identifican con Edipo y lo presagiado por el oráculo es el primer impulso de todo hombre: yacer con su madre y acabar con su padre. Más adelante extendería el complejo de Edipo para que abarcara también el caso contrario de la hija atraída por su padre, que luego pasaría a llamarse complejo de Electra (Simon & Blass, 1991).

Esta teoría es rebatida por Edvard Westermarck (1891) quien planteó que no hay tal cosa como una atracción natural hacia los miembros de la familia, sino que los sujetos se encuentran prácticamente impedidos (con evidentes excepciones) de sentirse atraídos por personas que se hayan criado con ellos, sin importar si son o no su familia. La posición de Westermarck es apoyada por Pinker (1997) quien además añade que los niños criados por nodrizas pueden llegar a sentirse atraídos por su madre al no haber tenido con ella la conexión inherente a la crianza, siendo este el caso del propio Freud en su infancia.

Otro contradictor de Freud y de toda la teoría del complejo de Edipo es Malinowski (2002), para quien el rol paterno no deriva de las relaciones sexuales entre el padre y la madre sino de las posiciones de poder. Esta conclusión se basa en sus estudios de las tribus en las islas Trobiand, donde el jefe de la familia es el tío materno y no el padre, y es por tanto el tío quien recibe toda la adulación, envidia, respeto y temor que típicamente reciben los progenitores en la civilización occidental (págs. 46-49).

Desde otro punto de vista, para el psicoanálisis el incesto es una consecuencia del narcisismo, siendo este el momento en que se detiene el desarrollo social de cada persona. La prohibición del incesto se implanta en cada individuo en la etapa edípica, que es en la cual el niño aprende que la

ley del padre le impide tener cualquier acercamiento con la madre y lo obliga a guardar distancias bajo amenaza de ser castrado. Esta amenaza es descubierta por la curiosidad del niño al notar en su madre la ausencia de pene. (Rodríguez, 2012)

Desde la perspectiva de cada caso concreto dentro de las sociedades con un fuerte tabú contra el incesto, este se suele desarrollar a partir de tres diferentes situaciones: por un lado la existencia de problemas de identificación de los roles familiares, por el otro antecedentes traumáticos en la vida del “depredador” que en un momento determinado pudo a su vez, ser la víctima y por último, aquellos grupos que se encuentran segregados y con poco contacto exogámico, en los cuales es incluso frecuente que el incesto sea incentivado por los jefes del grupo (Cooper & Cormier, 1982).

El estudio de incesto se centra principalmente en las relaciones no consentidas entre el padre (o la figura masculina que asume ese papel) y su hija, por ser este el caso más común (Everstine & Everstine, 1997). En estas situaciones las víctimas de incesto con frecuencia desarrollan desórdenes en su carácter: homosexualidad, asexualidad. Adoptan una vida promiscua al llegar a la adultez y tienen problemas con intimar lazos de amistad con otras personas. De igual forma pueden aceptar de forma mucho más fácil que otras personas el involucrarse en actos prohibidos o ilegales pues, conociéndose como partícipes del mayor tabú, las demás inmoralidades parecen sin importancia y aceptan como un hecho que las demás personas están para ser usadas como cosas, por haber sido ellas mismas objetos sexuales desde el inicio de su vida.

2.3 Antropología y sociología

Encontramos significativas semejanza en materia del incesto entre la antropología y la sociología llegando a integrarse en ciertos temas. En este apartado se realizará una síntesis de lo que es el incesto antropológica y sociológicamente.

El incesto tiene una connotación negativa en la mayoría de las sociedades con base en dos puntos de vista principales:

Como primera medida, el incesto es negativo debido a las alteraciones en la estructura familiar. Al respecto Malinowski (2002) sostiene que las relaciones incestuosas confunden a los miembros de la familia debido a las fuertes emociones generadas por el sexo, que en últimas desintegran la familia (págs. 250-251). Para que un hijo tenga sexo con su madre debe primero cortejarla, y este cortejo implica comportamientos diferentes a la sumisión, independencia y reverencia que le debe en su rol de tal, además de tener que irrumpir en la relación entre ella y el padre, ocasionando guerras familiares que acaban con el equilibrio de esta institución.

El célebre Claude Lévi-Strauss, reconocido por sus estudios en el campo del incesto, es defensor de la concepción incestuosa de la humanidad la cual sostiene que “la naturaleza es desordenada y caótica, incestuosa y promiscua en donde la prohibición de incesto de acuerdo con el ilustre nos apartaría de esa naturaleza, nos llevaría a la vida ordenada y superior de la civilización” (Torres, 1996, pág. 29). Es decir, que la prohibición del incesto marca el punto en el cual el “hombre primitivo” deja de serlo para pasar a ser un “hombre civilizado”. Con la prohibición del incesto la naturaleza se supera a sí misma.

En este sentido, para Rodríguez (2012), siguiendo a Lévi-Strauss y Lacan, la prohibición del incesto no es un tema biológico ni genético y no está presente en la naturaleza salvaje del hombre, sino que es un rasgo cultural, un requisito para la vida en sociedad del hombre civilizado.

Lo anterior es desvirtuado por los biólogos etólogos pues a través de la observación y estudio de diversas especies vegetales y animales se encontró que muchas de ellas evitan el cruzamiento consanguíneo, tal y como se explicó en la sección dedicada a la genética del incesto.

Combinando el aspecto cultural y el genético, Lewis Henry Morgan (1877) consideró que las civilizaciones primitivas se dieron cuenta de los efectos biológicos de la reproducción endogámica y con base en estos crearon la prohibición de estas relaciones.

Desde otro punto de vista, Edward Taylor (2010) planteó que desde que inició el sistema de clanes y las estrategias políticas, el ser humano se dio cuenta de la conveniencia de realizar matrimonios por fuera del núcleo familiar para forjar alianzas, y de esto se desprende la prohibición de casarse con miembros de la propia familia (pág. 267).

Se ha planteado que los seres humanos pueden tener mecanismos naturales de evitación de incesto, tal y como los leones, los orangutanes y las ratas, de acuerdo con lo estudiado en el aparte dedicado a la genética, pues en la mayoría de los casos las personas no se sienten atraídas hacia sus familiares cercanos.

Sin embargo, la teoría del efecto Westermarck ha logrado demostrar que esta aparente evitación de la endogamia no ocurre por motivos biológicos ni depende de la consanguinidad entre los

individuos sino que los niños que son criados conjuntamente entre el nacimiento y aproximadamente los seis años de edad no desarrollan atracción sexual entre sí sin importar si están o no relacionados genéticamente (Shepher, 1983).

Ahora bien, en los contextos donde existe una clara prohibición del incesto, este implica diversas transgresiones:

Para Giovana Ambrosio, el incesto es una transgresión múltiple: transgrede la ley simbólica que prohíbe la endogamia; anula el impulso hacia la exogamia y el tabú narcisista; interrumpe el proceso de diferenciación y de integración del ego; desconcierta, inmoviliza; silencia al menor y lo reduce a nada al trasponer el lenguaje del afecto a lo erótico. El incesto transgrede la estructura simbólica familiar al facilitar que un sujeto ocupe todos los lugares familiares al mismo tiempo; excluye las líneas de descendencia y ascendencia, y niega el hecho de la exclusión de la escena primaria pidiendo su destrucción. El incesto es una masturbación, un autoerotismo desplegado frente a una persona que aniquila y define en términos de la satisfacción del adulto. (Rodríguez, 2012, pág. 90)

En la sociedad actual el tabú del incesto es tan fuerte que se ha optado por ni siquiera hablar de él y buscar olvidar su existencia como mecanismo para proteger la estructura familiar y evitar su ocurrencia (Everstine & Everstine, 1997, pág. 127).

3. EL INCESTO EN EL DERECHO CIVIL COLOMBIANO

El análisis de las relaciones sexuales entre parientes en el plano civil será abordado desde dos enfoques diferentes: En primer lugar se analizará todo lo relativo al derecho de familia y posteriormente se harán las disertaciones necesarias en materia sucesoral. En el derecho de familia nos concierne la validez jurídica que da el ordenamiento a las parejas conformadas por personas con vínculos sanguíneos cercanos. Esta validez será estudiada desde la perspectiva del matrimonio y de la unión marital de hecho. Más adelante, en el derecho sucesorio se analizará si las personas involucradas en estas relaciones (tanto la pareja como sus hijos) sufren algún tipo de discriminación ocasionada por los órdenes hereditarios o su tratamiento es igual que aquel que se da regularmente.

3.1 Derecho de familia

Lo primero que se debe anotar cuando hablamos del derecho de familia de parejas incestuosas es que un matrimonio de este tipo puede ser declarado nulo, de acuerdo a lo dispuesto en el título 5 artículo 140 numeral 9 del código civil:

ARTICULO 140. <CAUSALES DE NULIDAD>. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:

9o) Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes y descendientes o son hermanos.

ARTICULO 43. LINEAS RECTAS DESCENDENTES Y ASCENDENTES. Cuando en la línea recta se cuenta bajando del tronco a los otros miembros, se llama descendiente, por ejemplo: padre, hijo, nieto, biznieto, tataranieto, etc.; y cuando se cuenta subiendo de uno

de los miembros al tronco, se llama ascendiente, por ejemplo: hijo, padre, abuelo, bisabuelo, tatarabuelo, etc.

Al respecto debemos mencionar que también podrá ser declarado nulo el matrimonio entre los parientes allí enunciados incluso si uno de ellos fue adoptado por otra unidad familiar y por tanto se han extinguido sus vínculos legales con su familia de origen.

Para obtener mayor claridad sobre la aplicación de este artículo en la práctica, se envió un derecho de petición a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga (anexo número 1) solicitando informaran si entre el año 2002 y el mes de agosto de 2015 se han proferido sentencias declarando la nulidad del matrimonio por la causal 9 del artículo 140 del Código Civil.

En la respuesta del Tribunal Superior (adjunta a esta investigación mediante anexo número 1.1) se evidencia que no ha existido ningún caso, lo cual significa que al menos dentro del Distrito Judicial de Bucaramanga no se han adelantado procesos declarativos relacionados con esta causal.

Habiendo superado el matrimonio y encontrándose que las uniones entre parejas incestuosas son nulas por las razones antes expuestas, nos disponemos a estudiar las uniones maritales de hecho. Las uniones maritales de hecho se encuentran consagradas en la ley 54 de 1990, que en su artículo 1 las define así:

Artículo 1o. A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer que, sin estar

casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denomina compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.

De lo anterior se deduce que los requisitos para la unión marital son los siguientes:

- La pareja no está casada entre sí.
- La pareja hace una comunidad de vida singular.
- La pareja hace una comunidad de vida permanente.

Más adelante, la ley establece unas situaciones en las cuales se presumirá que esa unión marital de hecho conforma una sociedad patrimonial:

Artículo 2o. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;
- b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

La primera presunción habla de personas que no tienen impedimento legal para contraer matrimonio. Una pareja incestuosa sí tiene este impedimento y por tanto no se encuadraría en este supuesto. La segunda presunción se refiere a personas que sí tienen impedimento; sin embargo,

con la expresión “siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas”, el legislador parece haber entendido que el único impedimento para contraer matrimonio existente en el ordenamiento es el vínculo anterior y por tanto, desde un análisis teleológico, esta presunción solamente aplicaría para esos casos. No obstante, al haber utilizado la frase genérica “cuando exista (...) impedimento legal para contraer matrimonio” sin especificar de qué tipo, se entenderá que el impedimento por parentesco entra dentro de la presunción y por tanto el numeral b del artículo 2 de la ley 54 de 1990 admite la sociedad patrimonial de parejas incestuosas.

Ahora bien, incluso si se aplicara una interpretación teleológica al citado numeral y se admitiera que con “impedimento legal” se refiere solamente a un vínculo marital anterior, seguiría existiendo la posibilidad de conformarse una sociedad patrimonial por miembros de un mismo núcleo familiar pues, como se ha resaltado, aquel artículo segundo solamente establece presunciones, pero una pareja que cumpla con todos los requisitos del artículo primero puede demostrar la existencia de una unión incluso en el caso de existir una de las causales de nulidad para el matrimonio. En este sentido, se considera que en principio sería posible que una pareja conformada por personas con estrechos vínculos sanguíneos pueda configurar una unión marital de hecho con todos los derechos y obligaciones que esto conlleva. En la práctica, sin embargo, es probable que la gran mayoría de funcionarios se negaran a solemnizar estos vínculos.

No obstante lo anterior, la unión marital de hecho supone la existencia de relaciones sexuales entre los compañeros permanentes dado su ánimo de formar una familia, posición apoyada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación civil del 20 de septiembre del 2000:

La comunidad de vida, o comunidad vital o consorcio de vida, es pues un concepto que como acaba de apreciarse está integrado por elementos fácticos objetivos como la convivencia, la ayuda y el socorro mutuos, las relaciones sexuales y la permanencia.

Estas relaciones sexuales, por el parentesco, podrían significar incluso la prisión para los sujetos involucrados en ellas, por tal motivo debemos apelar al principio general del derecho *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nadie puede alegar a su favor su propia culpa), según el cual no podría darse los beneficios de la unión de hecho a una pareja que con su comportamiento está delinquiendo dolosamente. Adicionalmente la propia Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia estableció la licitud como un requisito fundamental para conformar una unión marital de hecho:

Por consiguiente dos son los presupuestos que a juicio de esta Corte son fundamentales para reconocerle a la unión marital de hecho la situación jurídica prevista por la ley, “la licitud y la permanencia y estabilidad de la familia, presupuestos que sin ninguna hesitación se advierten en la familia matrimonial y que en cuanto aparezcan en la unión marital de hecho, dan pie para encontrar la familia extramatrimonial que reconoce la Carta Política de 1991

Ahora que está claro que entre las personas unidas por vínculos de parentesco no puede existir matrimonio ni unión marital de hecho, procederemos a analizar las consecuencias prácticas que esto puede tener en otras materias relacionadas con el matrimonio.

3.1.1 Adopción

Dado que las parejas incestuosas no pueden conformar una unión marital de hecho o celebrar matrimonio, como se ha expuesto anteriormente, llegando al punto de no poder ejercer su libertad sexual ni concebir hijos propios so pena de cometer un delito, es una consecuencia lógica que también se les haya impedido la posibilidad de adelantar el proceso de adopción como pareja, pues el artículo 124 del código de infancia y adolescencia en su numeral cuarto establece lo siguiente como un requisito para adelantar el proceso de adopción: “(...) 4. El registro civil de matrimonio o la prueba de la convivencia extramatrimonial de los adoptantes (...)”

Es por lo anterior, que si una pareja incestuosa deseara tener un hijo a través de la adopción, se verían obligados a adelantar el proceso de manera individual como padres solteros.

Ahora bien, aunque para la mayor parte de la sociedad colombiana puede parecer negativo que dos personas viviendo en una relación incestuosa tengan el derecho a adoptar y criar un niño, es necesario tener en cuenta que cada caso puede variar de manera muy significativa con respecto a los demás y el solo hecho de estar relacionados por un vínculo de parentesco no significa que vayan a afectar el sano desarrollo del niño o le vayan a generar problemas psicológicos o perversiones. Dentro del proceso que se adelanta en el ICBF, esta entidad tiene la obligación de garantizar la idoneidad de los potenciales padres antes de entregar el menor, para lo cual dispone de expertos en diversas áreas de la psicología y el trabajo social a fin de que se garantice que el adoptado crecerá en un ambiente sano.

3.1.2 Alimentos

El artículo 411 del Código Civil consagra la obligación de dar alimentos al cónyuge. Desde el año 2002 en virtud de la Sentencia C-1033 de ese año de la Corte Constitucional esta obligación se extiende a las parejas que conviven en una unión marital de hecho y desde la sentencia C-029 de 2009 se extiende igualmente a las parejas del mismo sexo. Esta obligación es especialmente importante luego de terminada la relación matrimonial o hecho cuando uno de los compañeros no tiene medios para satisfacer sus necesidades básicas y por tanto depende económicamente del otro. Cuando esto sucede, mediante conciliación o sentencia judicial, el otro compañero puede ser obligado al pago mensual de una cuota alimentaria. Las parejas incestuosas conformadas por hermanos o por personas unidas por parentesco civil solo tendrían derecho a los alimentos necesarios, pues como se ha manifestado, su matrimonio sería nulo y no podrían conformar una unión de hecho, situaciones ambas que dan derecho a alimentos congruos.

3.1.3 Sociedad conyugal y sociedad patrimonial

La sociedad conyugal es un conjunto de bienes que se forma a partir del matrimonio en el cual se incluyen todos los bienes que se adquieren mientras esta existe y además aquellos con los que con anterioridad se posean, con algunas excepciones. Al respecto la Corte Suprema de Justicia en la sala de casación civil resaltó algunas características del régimen actual de sociedad conyugal en la sentencia de 30 de octubre de 1998:

(...) entre los atributos que para los cónyuges surge de la constitución de la sociedad conyugal, está el de disposición que durante el matrimonio puede ejercer cada uno de ellos respecto de los bienes sociales que le pertenezcan al momento de contraerlo, o que hubiere aportado a él, prerrogativa que sólo decaerá a la disolución de la sociedad, por cuya causa

habrá de liquidarse la misma, caso en el cual ‘se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio’. Significa lo anterior, entonces, que mientras no se hubiese disuelto la sociedad conyugal por uno cualquiera de los modos establecidos en el señalado artículo 1820 del Código Civil, los cónyuges se tendrán como separados de bienes y, por lo mismo, gozarán de capacidad dispositiva con total independencia frente al otro.

La sociedad patrimonial es una figura jurídica muy parecida pero que corresponde a los compañeros permanentes, es decir, a los unidos mediante unión marital de hecho. La no posibilidad de tener un matrimonio o una unión marital de hecho elimina de plano la existencia de una sociedad de bienes comunes a ambos compañeros a menos que tengan la prudencia de adquirir y registrar todos los bienes a nombre de ambos. A esta situación se enfrentan las parejas con vínculos de parentesco, quienes pueden tener una relación análoga a una unión marital de hecho durante varios años y aun así no constituirían una sociedad patrimonial.

Esto pone en precaria situación a aquellas parejas en las cuales uno de los compañeros está encargado de obtener los recursos económicos para el sustento de la familia mientras que el otro se encarga del cuidado y dirección del hogar sin obtener por esto remuneración. Cuando por cualquier motivo esta relación cese, la persona que se encargó del hogar va a quedar sin medios para subsistir por sí misma y sin forma de reclamarlos, problema que se podría evitar si tuvieran la posibilidad de constituir una unión marital de hecho o un matrimonio.

La inexistencia de sociedades conyugales y patrimoniales para las parejas incestuosas tiene efectos también para el derecho sucesorio, como se analizará en el capítulo correspondiente de esta investigación.

3.1.4 Registro de los hijos nacidos de uniones incestuosas

Después de estudiada la ley que regula el registro civil de nacimiento, no se encontró ninguna norma que limitara el registro de los niños nacidos de uniones incestuosas, a diferencia del caso español, donde se requiere autorización judicial para reconocer a dos hermanos como padres de un niño de acuerdo con el artículo 125 de su código civil, por lo que podría concluirse, de acuerdo al principio liberal según el cual todo lo que no está prohibido está permitido y a la primacía de los derechos de los niños, que en Colombia el mencionado registro es válido.

Sin embargo, dado que el incesto es un delito y una causal de nulidad matrimonial, se optó por enviar un derecho de petición a la Registraduría del Estado Civil de Bucaramanga (Anexo 2) solicitando información sobre posibles inconvenientes, impedimentos o trámites especiales para registrar a un hijo de padres unidos por vínculos consanguíneos.

En respuesta de esta entidad (anexo 2.1), se constató que efectivamente al no haber una prohibición expresa, no existe impedimento alguno para realizar este tipo de registros.

3.1.5 Otros efectos jurídicos

Además de lo anteriormente planteado, existen muchas lagunas jurídicas, situaciones peculiares y problemas prácticos producidos por la imposibilidad de casarse o formar uniones permanentes entre los cuales podemos mencionar el no poder realizar afectación a vivienda familiar a nombre de ambos, inscribirse como beneficiarios de seguridad social, realizar retiro de cesantías a favor de otros, entre muchos otros.

Dentro de los casos peculiares que se ha venido anunciando que se pueden dar, el siguiente llama la atención pues resalta las incongruencias en las que ha incurrido el legislador en la expedición de normas al obviar el alcance que pueden tener con relación a otras ramas del derecho. El código de infancia y adolescencia en su artículo 64 contempla:

Artículo 64. Efectos jurídicos de la adopción. La adopción produce los siguientes efectos:

(...)

4. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9º del artículo 140 del Código Civil. (...)

De este artículo se deriva que los vínculos consanguíneos del adoptado desaparecen para todo efecto excepto para la nulidad contenida en el artículo 140 numeral 9 del Código Civil, es decir, si contraen matrimonio con sus ascendientes, descendientes y hermanos consanguíneos el matrimonio será nulo. Sin embargo, como la consanguineidad desapareció para todos los demás efectos, el adoptado podrá tener relaciones sexuales con cualquier persona de su familia consanguínea sin que esto implique consecuencias penales, pues en la ficción que crea el derecho

civil, el adoptado y su familia consanguínea no tienen relación alguna, a pesar de compartir material genético en la realidad.

Recuérdese que en páginas anteriores a esta investigación se dijo que la Ley 54 de 1990 permite la creación de uniones maritales de hecho entre personas unidas por vínculo de consanguinidad en su artículo 2 numeral b, pero que esta posibilidad se elimina de acuerdo con el principio general del derecho *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* (nadie puede alegar a su favor su propia culpa). Pues bien, del anterior razonamiento se deriva que la persona adoptada y los miembros de la familia de donde proviene, es decir, de su familia consanguínea, pueden tener relaciones sexuales y al no ser un delito es posible que constituyan una unión marital de hecho, sin embargo, estarían ligados a este vínculo de manera indeterminada sin derecho a la unión matrimonial, en virtud a la disposición del código de infancia y adolescencia estudiada.

3.2 Derecho de sucesiones.

Otra de las consecuencias de la imposibilidad de constituir una sociedad conyugal o patrimonial debido a la prohibición de casarse o formar uniones maritales de hecho son las desmejoras patrimoniales en materia de sucesiones. Como es sabido, al fallecer una persona y no haber dejado testamento, la propiedad de sus bienes se reparte de acuerdo con unos órdenes sucesorales así:

El primer orden está conformado por los descendientes del difunto, quienes recibirán en partes iguales la media de legítimas y el cuarto de mejoras. A falta de testamento, también recibirán la cuarta de libre disposición. Al segundo orden se acudirá en caso de no existir descendientes. Este

está conformado por los ascendientes del fallecido, quienes tendrán derecho a la media de legítimas y, a falta de testamento, la media de libre disposición.

En los dos anteriores casos, se observará si el difunto tenía cónyuge o compañero permanente. De ser así, este podrá elegir entre recibir la porción conyugal equivalente a una legítima rigurosa o lo que le corresponda de la liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial, si la hubiere. De no haber ascendientes ni descendientes, se aplicará el tercer orden sucesoral en el cual la mitad de los bienes se repartirá entre los hermanos y la otra mitad será del cónyuge. A falta de cualquiera de ellos, el peculio corresponderá en su totalidad al otro. En todo caso, la porción correspondiente a los hermanos carnales será el doble de la correspondiente a los hermanos paternos o maternos. De no haber ascendientes, descendientes, hermanos ni cónyuge, todo el patrimonio se adjudicará a los sobrinos del causante en partes iguales. Por último, a falta de todos los parientes ya mencionados, los bienes pasarán a ser propiedad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Como se observó anteriormente, los beneficios del cónyuge o compañero son numerosos en cuanto a la posibilidad de recibir parte del peculio del difunto en todos los órdenes hereditarios y la facultad de elegir la adjudicación de gananciales o de la porción conyugal. Sin embargo, en el caso de parejas incestuosas, no podrán heredar sino hasta el orden que por su vínculo familiar le corresponda que podrá ser el primero, segundo o tercero, viendo así sus derechos sucesorales vulnerados pues, si pertenece al segundo o tercer orden, sus posibilidades de heredar están condicionadas a la no existencia de descendientes o de descendientes y ascendientes, respectivamente.

A modo de ilustración, Cecilia y Jaime son dos hermanos que conviven como pareja durante 40 años hasta la muerte de Cecilia. Antes de empezar su relación con Jaime, Cecilia había tenido tres hijos con Roberto. Por tanto, a la muerte de Cecilia, la totalidad de sus bienes corresponderá a los tres hijos de Roberto mientras que Jaime no recibirá producto patrimonial alguno pues la ley no le da derechos de cónyuge o compañero permanente. La única posibilidad que tendría Jaime para heredar es que a la muerte de Cecilia no existan descendientes ni ascendientes de esta, caso en el cual se acudiría al tercer orden hereditario, al cual pertenece él como su hermano.

4. EL INCESTO EN EL DERECHO PENAL

Como se ha podido observar, los cimientos de esta investigación se encuentran sobre dos ramas del derecho, la civil y la penal, a esta última dedicaremos el presente aparte. Para ello en primer lugar, haremos ciertas precisiones con base en la doctrina del Derecho Penal General y Especial y, en segundo lugar, tomaremos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional en relación al tema.

4.1 Análisis típico del delito de incesto

El incesto aparece como delito autónomo para el artículo 237 en el título VI DE LA Ley 599 de 2000 “delitos contra la familia”. El artículo en cuestión versa así: “ARTICULO 237. INCESTO. El que realice acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses.” Se advierte que el artículo original consagraba una pena entre uno y cuatro años, es decir entre doce y cuarentaiocho meses, pero estas fueron aumentadas mediante la ley 890 de 2004.

Entiéndase que cuando se ha hablado de acceso carnal se refiere a lo descrito en el artículo 212 del Código Penal en donde reza: “la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto”. Por otro lado, cuando se habla de acto sexual, nos referimos a cualquier comportamiento diferente del acceso carnal encaminado a producir satisfacción libidinosa. Se debe entender que el acto sexual del artículo 206 del Código Penal incluye los comportamientos desplegados no solo por el sujeto activo sino además por el sujeto pasivo encaminados a producir satisfacción sexual para el sujeto activo bajo engaño, coerción o violencia. En el caso del incesto, no sería posible que el acto sexual se desarrolle en los términos que acabamos de describir puesto que el sujeto pasivo en este delito es la sociedad y por tanto los actos sexuales se realizan entre los sujetos activos.

Penalmente, podemos describir el delito de la siguiente manera:

Tabla 1

Estructura del tipo penal del Incesto

Elemento del tipo	Descripción
Verbo rector	Realizar acceso carnal, realizar acto sexual.
Sujeto activo	Dos o más personas con vínculo de parentesco en caso de ser voluntario bilateralmente y una persona pariente de la víctima en caso de ser en contra de su voluntad.

Sujeto pasivo	La sociedad.
Objeto material	La persona con la que se realiza la conducta
Bien jurídico	La familia
Modo, lugar, momento, fin, elemento subjetivo.	No requiere
Elementos normativos	Ascendiente y descendiente, adoptante y adoptivo.
Fuente: Elaboración propia	

Por su estructura:

-Es un tipo básico por contener todos los elementos de un tipo penal regular: los sujetos (pasivo y activo), la conducta y el bien jurídico que tutela. Configura una conducta independiente de otros delitos, sin embargo, es importante anotar que en la práctica en la gran mayoría de los casos el incesto concurre con delitos contra la libertad, integridad y formación sexual.

-Es un tipo completo porque define el supuesto de hecho (“el que realice acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana”) y la sanción (“incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses”).

-Es un tipo penal compuesto por contener dos verbos rectores: realizar acceso carnal y realizar otros actos sexuales.

-Es un tipo penal en blanco porque su supuesto de hecho aparece parcialmente consagrado en una disposición que no es de carácter penal, en este caso el código civil en su artículo 43 cuando

establece quiénes son ascendientes y descendientes de la forma en que se citó páginas arriba y el artículo 50 sobre los adoptantes y adoptivos:

ARTICULO 50. PARENTESCO CIVIL. Parentesco civil es el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas.

Por el sujeto activo:

-Según el sujeto activo, en caso de realizarse de manera voluntaria bilateralmente estaríamos frente a un tipo penal plurisubjetivo pues para que se configure este delito es un requisito *sine qua non* la existencia de dos o más personas que simultáneamente tienen relaciones o actos sexuales con la otra, y entre ambas existe un vínculo sanguíneo cercano, y monosubjetivo en aquellos casos en los que se realiza sin consentimiento.

Ahora bien, es de anotar que aunque siempre habrá dos o más personas realizando la conducta, no siempre todas serán responsables por el delito de incesto, pues en muchos casos estas relaciones o actos sexuales se producirán sin el consentimiento de una de ellas, es decir, cuando se configura también un delito contra la libertad, integridad y formación sexual. En estos eventos, la persona que no dio su consentimiento para ello habrá realizado la conducta, pero esta será atípica por carencia de dolo y por tanto no se configurará conducta punible según el artículo 9 del código penal. Por el contrario, cuando ambas consienten en los actos o relaciones sexuales, la responsabilidad recae sobre ambos.

-También se exige un sujeto activo calificado, pues quienes realizan la conducta necesariamente necesitan un vínculo de parentesco entre sí.

Por el bien jurídico:

- Según la ubicación del incesto en el código, se trata de un tipo penal monofensivo dado que solamente protege la familia sin hacer referencia alguna a la integridad personal o sexual. Ahora bien, frente a este tema existe controversia comoquiera que de la posición del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz en sentencia C-404 de 1998, que se analizará más adelante, se desprende que el delito vulnera, además, la moralidad pública. Sin embargo, esta posición es controvertida por cuatro de sus compañeros quienes consideran que la moralidad pública no es un criterio general ni objetivo y en tal sentido no puede considerarse vulnerada. La doctrina se ha inclinado por considerarlo como un tipo mono ofensivo (Pabón Parra, 2001) y es esta posición la que consideramos válida.

-Es un tipo de peligro porque no exige que haya un menoscabo efectivo al bien jurídico de la institución familiar. Frente a este punto también se presentan discrepancias pues algunos teóricos del derecho consideran que el delito es de lesión al concluir que con la conducta vulnera efectivamente el bien jurídico tutelado, posición compartida por la Corte Constitucional en sentencia C-404 de 1998. Sin embargo esta tesis se acoge al sector de la doctrina (Macías Caro, 2011) que considera que el delito de incesto se consuma con los simples actos incestuosos y por tanto no exige una efectiva lesión al bien jurídico de la familia, como es el caso de dos hermanos que son penalizados por este delito a pesar de no contar con ningún otro familiar que pueda sentirse perjudicado por ello.

Por su contenido:

-Es un delito instantáneo porque la acción típica se agota con la sola realización de la conducta y no se requiere que se extienda en el tiempo.

-Es un tipo de acción porque los verbos rectores son de carácter positivo: realizar actos o relaciones sexuales, la norma secundaria es una prohibición: “no cometer actos incestuosos”.

-Es abierto pues el legislador no hace una descripción específica de cómo ejecutar el verbo rector, el artículo omite cualquier circunstancia de modo, tiempo o lugar.

Por su noticia criminal:

-Al no ser mencionado por el artículo 74 de la ley 906 de 2004, se trata de un delito investigable de oficio y que por tanto no requiere querrela para iniciar el aparato judicial.

4.2 Jurisprudencia de la Corte Constitucional: sentencia c-404 de 1998

Encontramos pertinente analizar la sentencia C-404 de 1998 con ponencia de los magistrados Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que se estudió la constitucionalidad del artículo 259 del código penal de 1980 que penalizaba el incesto, comoquiera que fue en esta oportunidad que la Corte Constitucional verificó por primera vez si la existencia de este delito era acorde con la constitución de 1991. Esta sentencia se encuentra analizada y resumida en el anexo 3 de esta investigación.

En la demanda de constitucionalidad, el actor manifestó que prohibir por vía penal la práctica de relaciones sexuales entre personas que las realizaban voluntariamente solo por su parentesco era vulneratorio del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Para resolver el caso, la Corte realiza una ponderación entre la protección a la familia (art 42) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de quienes deciden realizar actos sexuales con miembros de su familia cercana (art 16 C.N.)

4.2.1 Comentarios sobre los conceptos de los expertos consultados por la Corte Constitucional

Dentro del proceso de la referencia, la Corte se apoyó en los conceptos de diferentes profesionales reconocidos en diversas áreas, que se resumen en el anexo 3. A continuación se procederá a responder cada uno de sus planteamientos:

Frente a los problemas genéticos del incesto expuestos por los médicos genetistas Emilio Yunis y Rafael Elejalde se deben resaltar varios puntos: En primer lugar, que de la redacción del tipo penal y de su verbo rector se desprende que la prohibición es respecto de las relaciones sexuales y no de la concepción de un hijo. En segundo lugar, no es válido asumirse que toda unión incestuosa derivará en el nacimiento de progenie, especialmente teniendo en cuenta que vivimos en un siglo donde la procreación es más una elección que una consecuencia directa de las relaciones sexuales, pues los métodos anticonceptivos están ampliamente difundidos, son financiados por el Estado y la anticoncepción ha dejado de ser un tabú o un pecado para convertirse en una práctica comúnmente aceptada y recomendada.

Además, no es descabellado pensar que si dos personas saben que tiene un vínculo sanguíneo cercano, van a ser más precavidos al momento de tomar decisiones concernientes a la procreación de hijos. Por otro lado, tomar las posibles consecuencias negativas de la procreación de hijos entre estas parejas como un motivo para prohibir sus relaciones sexuales implica un tratamiento desigual con respecto de aquellas personas que portan genes enfermos y cuyos hijos tienen altas posibilidades de nacer con estas afecciones. Es decir, bajo la tesis genética que asume la Corte, debería estar prohibido que personas portadoras de genes correspondientes a enfermedades hereditarias tuvieran relaciones sexuales o se reprodujeran, dado que las consecuencias para los hijos de parejas donde uno o ambos padres sufren de estas enfermedades genéticas suelen ser mucho peores que las que se generan producto de la mayoría de relaciones incestuosas.

Además, si el criterio genético fuera realmente importante para la tipificación penal del incesto, este delito no incluiría a los familiares por adopción, y sin embargo el artículo 259 del decreto 100 de 1980 y la ley 599 de 200 establecen que las relaciones sexuales con adoptantes y adoptivos entran también en el rango de prohibición. Por último, es importante resaltar que no puede la Corte considerar el nacimiento de niños con problemas genéticos como una consecuencia lo suficientemente negativa como para impedir sus concepciones, pues haciéndolo estaría manifestando que los niños con discapacidades sensoriales, cognitivas u otro tipo de afecciones en su salud son menos deseables y valiosos para el Estado que aquellos que nacen con el lleno de sus capacidades. Diferente es el caso de la permisividad del aborto cuando el feto presenta malformaciones, pues en estas circunstancias se permite a los padres decidir si quieren o no que el

que está por nacer, nazca; por el contrario, con respecto del incesto existe una prohibición de *ultima ratio* que impide siquiera considerar la posibilidad de existencia de estos niños.

Con respecto al concepto de las sociólogas Ligia Echeverry Ángel y Virginia Gutierrez se desea resaltar que su afirmación “la percepción del incesto como delito no es frecuente”, significa que la gente lo considera un tabú y lo evita por la prohibición moral y social antes que por sus consecuencias penales. De acuerdo a lo expuesto por las sociólogas, en el supuesto que el tipo penal del incesto fuera removido del ordenamiento colombiano, no habría un incremento en el número de conductas de este tipo, pues como ya se dijo, son las costumbres de la sociedad y las prohibiciones morales las encargadas de evitar que los miembros de una misma familia mantengan relaciones románticas o sexuales, no las consecuencias penales. Diferente sería si se despenalizara el del hurto, caso en el cual el índice de ocurrencia de esta conducta aumentaría significativamente pues es un acto que muchas personas no consideran reprochable bajo ciertas circunstancias y por tanto no dudarían en hacerlo de no ser por las consecuencias legales.

Es más, si uno de esos padres de las culturas patriarcales que consideran a sus hijas como su propiedad se abstuviera de realizar la conducta del incesto para evitar las consecuencias penales, seguiría absteniéndose después de la despenalización del incesto pues existen otros tipos penales, mucho más efectivos, que sirven también para prevenir estas situaciones: el acceso carnal violento y todos los demás que protegen la libertad sexual (artículos del 298 al 312-B del Código Penal de 1980 y 205 al 219-B del Código Penal de 2000), específicamente cuando se agravan por cometerse sobre miembros de la familia o con aprovechamiento de posición de autoridad (artículo 306 del Código Penal de 1980, artículo 211 del Código Penal del 2000). Es un error considerar, como lo

hace la Corte, que el tipo penal del incesto es el único medio que existe en el derecho para proteger la familia de las agresiones sexuales entre sus miembros. Por último, se quiere enfatizar en que las sociólogas solamente se están refiriendo al incesto que ocurre sin consentimiento, es decir aquel en el cual, por ejemplo, un padre se aprovecha de su posición dominante para hacer que sus hijas accedan a tener relaciones sexuales con él. No se menciona en ningún momento la relación consentida que puede haber entre dos personas del mismo círculo familiar, mayores de edad y con el pleno uso de sus facultades mentales, que voluntariamente acceden a mantener relaciones sexuales.

Con respecto al concepto del psicoanalista Gustavo Ángel Villegas, debe anotarse que aunque las consecuencias negativas para la vida de las personas que se involucran en relaciones incestuosas pueden efectivamente presentarse, esto no es un factor que coadyuve a la prohibición del incesto desde el punto de vista legal. El derecho penal como última ratio no está hecho para intervenir en las decisiones libres y consientes que toma una persona mayor de edad con respecto de lo que quiere hacer consigo misma sin importar los resultados negativos que conlleve (piénsese en la penalización del intento de suicidio). No es dable penalizar las relaciones sentimentales en las que cada quien decida verse inverso sin importar las consecuencias adversas que tengan para su psiquis. Adicionalmente, la constitución consagra la libertad personal y el libre desarrollo de la personalidad como derechos fundamentales y la misma Corte Constitucional en sentencia T-881-2002 ha establecido que la dignidad humana, como pilar fundante del Estado de Derecho, consiste, entre otras cosas, en la autonomía individual (vivir como se quiere). El psicoanalista señala que la despenalización del incesto traería efectos nocivos para la salud emocional y mental de las personas, dando así a entender que se presentarían más casos de incesto si no fuera un delito. Se

ha explicado anteriormente por qué no es cierta esta teoría, comoquiera que la coerción social y la prohibición moral son suficientes para evitar que las personas incurran en esta práctica.

Con respecto al concepto de la psicóloga Margarita Sierra de Jaramillo, los autores de esta investigación comparten su punto de vista al apoyar que debe existir una despenalización del incesto en los casos de relaciones entre adultos plenamente conscientes y mediante actos voluntarios. Lastimosamente la Corte Constitucional durante sus consideraciones no tiene en cuenta la propuesta de esta profesional sino que da el mismo tratamiento al incesto producto de relaciones de poder que a aquel que se presenta espontáneamente entre individuos libres y conscientes.

Frente a la posición de los antropólogos Esther Sánchez y Guillermo Páramo no se tiene ninguna réplica, sin embargo es pertinente anotar que aunque en todo el mundo el incesto es un tabú cultural, no en todos los países es una práctica prohibida por el derecho penal. Por ejemplo, en Francia, España, Portugal y Países Bajos se despenalizó durante los siglos pasados. Es más, en Suecia se admite el matrimonio entre hermanos que comparten un solo padre (Domenech, 2015).

4.2.2 Comentarios sobre las consideraciones de la Corte

Con respecto a las precisiones desarrolladas por el magistrado Carlos Gaviria sobre la protección a la familia se advierte que en el campo de la lógica, el silogismo utilizado por la Corte es el siguiente:

Premisa 1: El Estado tiene el deber de proteger a la familia

Premisa 2: El incesto causa un daño efectivo a la estabilidad familiar

Conclusión: El Estado tiene el deber de prohibir el incesto

Partiendo de esas dos premisas, la conclusión es correcta. Sin embargo, la premisa 2 plantea diversos errores que hacen inaplicable el silogismo utilizado por la Corte. A continuación vamos a exponer algunos factores que denotan que el incesto por sí mismo no causa un daño efectivo a la estabilidad familiar.

- El suponer que todas las familias colombianas se verían afectadas con el incesto desconoce la gran diversidad de situaciones que pueden presentarse en la realidad

La Corte parece pensar solamente en el modelo típico de la familia tradicional colombiana compuesta por un padre, una madre y hermanos que viven todos en el mismo hogar y conviven hasta la adultez de estos últimos. Sin embargo, existen infinitas posibilidades en el campo de las familias y no todas ellas se verían afectadas por estas prácticas.

Un posible ejemplo de esto es el de dos hermanos que por motivos geográficos o de problemas pasados no han tenido contacto con su familia durante muchos años. Las relaciones sexuales de esta pareja no afectarían la estabilidad familiar, e incluso si la familia llegara a enterarse de esta situación, el no tener contacto verbal ni físico con ellos haría que la posible afectación no fuera la suficiente como para dañar de manera significativa la armonía familiar. Sin embargo, esta relación sería penalizada con dureza pues el artículo no hace ninguna distinción ni condiciona la pena al daño de la familia.

- Personas sin familia o con familia incompleta o lejana

También podemos mencionar el caso hipotético de dos hermanos huérfanos y sin tíos ni familia cercana que empiezan a tener, voluntaria y conscientemente, relaciones sexuales a sabiendas de su parentesco. Al no existir un núcleo familiar diferente de ellos mismos, no puede hablarse de una afectación a la armonía o estabilidad de esta institución.

- Existen otras situaciones que afectan la familia y no son penalizadas

La Corte hace parecer que las relaciones incestuosas son una situación trágica para la familia y que por lo tanto debe prohibirse a través de regulaciones penales. Sin embargo no tiene en cuenta la existencia de muchas otras situaciones que para la sociedad colombiana actual son igualmente dañinas para el núcleo familiar y cuya permisividad se fundamenta en el libre desarrollo de la personalidad y en la autonomía individual sin que la garantía de protección a la familia aparezca como un limitante de estos derechos. Entre estas podemos encontrar el alcoholismo, el adulterio, la homosexualidad, el travestismo, el transgenerismo, la bigamia, la drogadicción y la ludopatía, situaciones que dependiendo de las costumbres morales y religiosas de cada familia pueden llegar a generar un detrimento más grande que el incesto, pero que a pesar de ello no se encuentran prohibidas por el derecho penal, o su prohibición cesó para darle primacía a la autonomía de cada persona.

- La ley penal no condiciona la pena a la existencia de una efectiva afectación a la familia

Aunque la Corte estaba analizando el artículo de incesto correspondiente al código penal pasado, esta crítica aplica también para el que está vigente actualmente. La Corte Constitucional manifiesta que el motivo para prohibir el incesto es la afectación a las relaciones que deben existir entre los miembros de la familia y la inestabilidad familiar a la que esta práctica conduce. Sin embargo, como se pudo apreciar en los dos numerales anteriores, este daño a la familia no es una consecuencia inevitable de las relaciones incestuosas. Ahora bien, el artículo del código penal no menciona una exclusión de responsabilidad por no afectación a la familia: "Artículo 259. El que realice acceso carnal u otro acto erótico sexual con descendiente o ascendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años."

Tampoco lo hace el que está vigente desde el año 2000: "ARTICULO 237. INCESTO. El que realice acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses".

Es decir, no puede la Corte manifestar que lo que se está penalizando es el "daño efectivo" que las relaciones incestuosas producen a la institución familiar cuando el artículo no lo hace, sino que da el mismo tratamiento a todo caso de incesto sin importar cómo se produzca este. Y a pesar de que la Corte dio al artículo una interpretación que depende del daño efectivo a la familia, no condicionó el artículo a esta interpretación sino que declaró su exequibilidad plena, por tanto dejó completamente vigente un artículo que penaliza situaciones que constitucionalmente no son dañinas.

Con respecto a las precisiones desarrolladas por el magistrado Eduardo Cifuentes sobre la moralidad pública.

La primera objeción con respecto a este tema tiene que ver con el concepto de moralidad pública. Aunque el magistrado Cifuentes se esfuerza por dar una definición de lo que esta significa, lo que dice sigue siendo tan vago que continúa siendo un tema difuso, abierto y vacío. Ignora el magistrado que la moralidad pública cambia entre tiempos y culturas y que en una época como la nuestra y en un país tan diverso como Colombia, mal puede hacerse en intentar definir un código moral que rija a todos los ciudadanos. Mucho menos cuando implica prohibiciones que tienen que ver con algo tan personal y autónomo como las relaciones sexuales.

Consideramos imposible llegar a una determinación de lo que es la moralidad pública, siendo este un término tan voluble y dependiente de la perspectiva de cada quien. El solo término es un oxímoron que intenta combinar el concepto personalísimo de la moral, completamente ligado con cada persona, con la cosa pública, es decir lo que es de todos. Bajo esta perspectiva, “moralidad pública” es una expresión tan carente de sentido como “personalidad colectiva”. Si bien dijeron los profesionales consultados que la práctica del incesto afecta la armonía familiar, nunca se refirieron a afectaciones que podría tener en el plano social, ni mucho menos que tales afectaciones pudieran ser lo suficientemente graves como para manifestar que el incesto va en contra de lo que toda la sociedad considera debe ser permitido.

La segunda objeción se refiere a que, incluso si se lograra definir la moralidad pública colombiana, utilizar esta como un criterio para definir la constitucionalidad de normas penales podría llevar a situaciones en extremo peligrosas. La mayoría de los colombianos estarán de acuerdo en que la

homosexualidad y el transgenerismo van en contra de la moralidad pública. Sin embargo, esto no es un argumento para declarar que la prohibición de estas conductas está ajustada a la constitución. Es más, esto ni siquiera sería suficiente para declarar que pueden considerarse como malas conductas. Lo mismo puede decirse de otras conductas que han tenido el aval de la Corte Constitucional en diversas oportunidades después de un análisis objetivo bajo la luz de los principios del Estado social de Derecho, como el aborto y el consumo de drogas alucinógenas, conductas que sin duda seguirían penalizadas si esta decisión dependiera de la moral pública.

4.2.3 Sobre los salvamentos de voto

La sentencia cuenta con dos aclaraciones de voto que coincide con el punto de vista de los autores de esta investigación. La primera de ellas fue realizada por los magistrados Carlos Gaviria, Antonio Barrera, Alejandro Martínez y Alfredo Beltrán. La segunda por los mismos, excepto el último.

En la primera, los magistrados manifiestan su desacuerdo con utilizar la moralidad pública como argumento en una sentencia de constitucionalidad. Consideran que se trata de un concepto indefinible y que no puede asegurarse que el incesto esté prohibido por este: “Y dentro de una sociedad pluralista como la colombiana, cabe preguntar: ¿Hay una sola moralidad pública, o hay varias? Si hay una sola, ¿quién la determina? y si hay varias, ¿cuál prevalece y por qué?”

La segunda aclaración de voto es la que para esta tesis resulta de vital importancia, puesto que los magistrados Gaviria, Barrera y Martínez llegan a la conclusión que de verdad concuerda con los pilares liberales de la constitución de 1991 y con la propuesta que se plantea en esta investigación.

Manifiestan necesario que los jueces apliquen el principio de antijuridicidad para eximir de responsabilidad penal a los adultos con plena capacidad de discernir, que no conviven dentro del núcleo familiar, y deciden tener relaciones sexuales, comoquiera que en este caso no se lesiona el bien jurídico que se busca proteger con el tipo penal.

4.3 Jurisprudencia de la Corte Constitucional: sentencia c-241 de 2012

En esta sentencia la Corte recoge los mismos argumentos esbozados en 1998 cuando analizó por primera vez la constitucionalidad de la prohibición del incesto. Sin embargo, no procedió la figura de la cosa juzgada comoquiera que en aquella primera oportunidad se estudió el código penal de 1980, mientras que para la fecha de esta sentencia ya estaba vigente la ley 599 del 2000. El resumen de esta sentencia puede apreciarse en el anexo 4.

4.3.1 Consideraciones de la corte

Comienza expresando que la prohibición del incesto tiene fundamentos éticos, psicológicos y sociológicos, dejando de lado las consideraciones genéticas que se tuvieron en cuenta en la sentencia anterior al manifestar que para que se causen problemas genéticos de gravedad, se requiere que la práctica endogámica se dé durante varias generaciones.

Más adelante establece tres razones fundamentales por las cuales reitera lo establecido en la sentencia 404 de 1998: i) el Estado tiene la obligación de garantizar protección a la familia, ii) las consecuencias negativas que trae el incesto para la estabilidad familiar y iii) el tema involucra la

razón pública y los intereses estatales y sociales. En general, la labor de la Corte se limita a resumir y reiterar lo dicho anteriormente, sin realizar ningún cambio significativo en sus consideraciones. El magistrado Juan Carlos Henao Perez realiza una aclaración de voto en la que recoge los argumentos de las aclaraciones de voto de la sentencia pasada, es decir, critica el uso de la moralidad pública como argumento en las sentencias judiciales y propone eximir de responsabilidad por falta de lesión al bien jurídico a los adultos en pleno uso de sus facultades que no habitan con el núcleo familiar y consideren mantener relaciones. El magistrado Nilson Pinilla aclara el voto manifestando que debió haberse declarado la cosa juzgada material.

4.3.2 **Comentarios sobre la sentencia**

Se reitera todo lo manifestado en los comentarios de los autores de esta tesis con respecto a la sentencia de 1998. Sin embargo, resaltamos cómo la Corte no actualizó de ninguna manera sus consideraciones a pesar de haber pasado catorce años entre una y otra providencia, incluso aunque ninguno de los magistrados presentes en 2012 lo estuvo en la pasada sentencia. Exceptuando a Juan Carlos Henao, ninguno de los nuevos magistrados acogió lo expresado en las aclaraciones de voto de la sentencia C-404 de 1998, por el contrario se mantuvieron firmes en la utilización de un concepto tan etéreo como la moralidad pública para tomar decisiones que conciernen a todos los ciudadanos. Tampoco dieron su brazo a torcer con la responsabilidad penal de casos en los que, por tratarse de adultos que no conviven con sus familias, no existe daño al bien jurídico protegido.

Una de las mayores críticas que se puede plantear frente a esta sentencia es cómo la Corte parece no haber realizado siquiera el esfuerzo de reconsiderar lo anteriormente dicho. Esto se evidencia en cómo siguen basándose en los mismos conceptos de los profesionales consultados catorce años

antes, sin llegar a considerar los grandes cambios que pueden ocurrir para las ciencias sociales, sectores científicos y humanísticos en este periodo de tiempo. Es posible que si se hubieran solicitado nuevos conceptos periciales, estos habrían diferido en ciertos aspectos de los anteriores dados los grandes cambios por los que la sociedad colombiana ha atravesado.

4.4 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Para el desarrollo de esta investigación se analizaron ochenta y cuatro sentencias de casación que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal ha expedido durante los últimos diecisiete años (2002-2015) en relación con el incesto como delito. Del presente análisis encontramos que todas esas sentencias implican violencia física o psicológica, es decir, no se trata de casos voluntarios de incesto en los cuales ambas partes aceptan la relación libre y voluntariamente en pleno uso de sus facultades, sino que el incesto concurre con otros delitos sexuales, especialmente el acceso carnal violento y el acceso carnal en menor de 14 años. La relación de las sentencias analizadas puede encontrarse en el Anexo 5 de esta tesis.

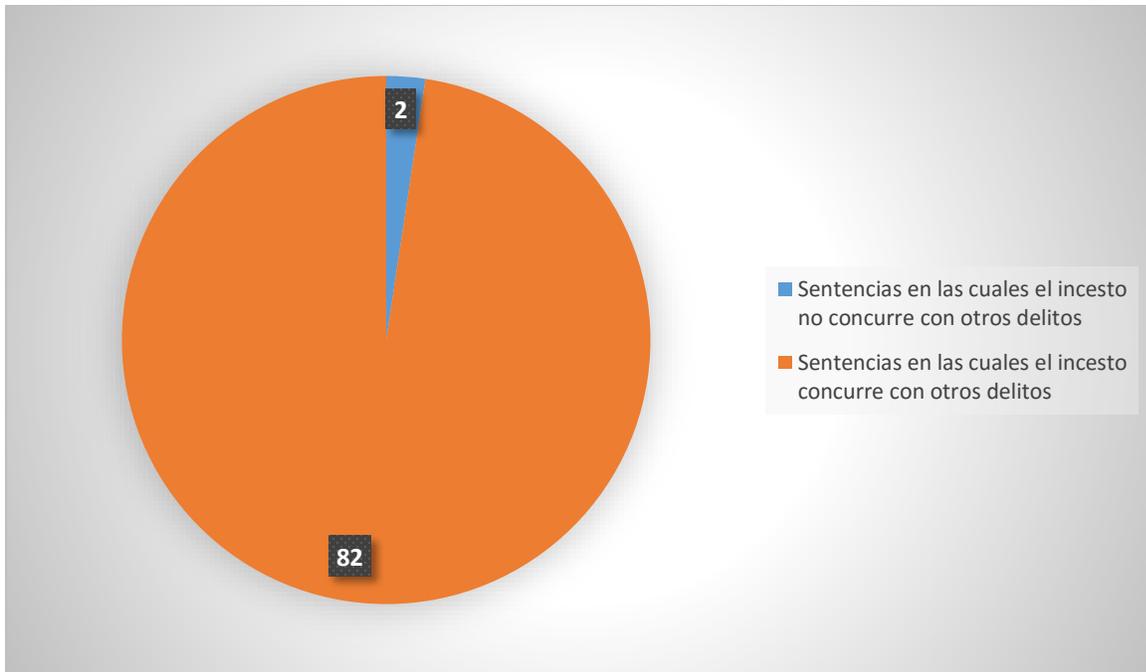


Figura 1. Sentencias de casación en las cuales el delito que dio origen a la acción penal es el incesto
Fuente: elaboración propia

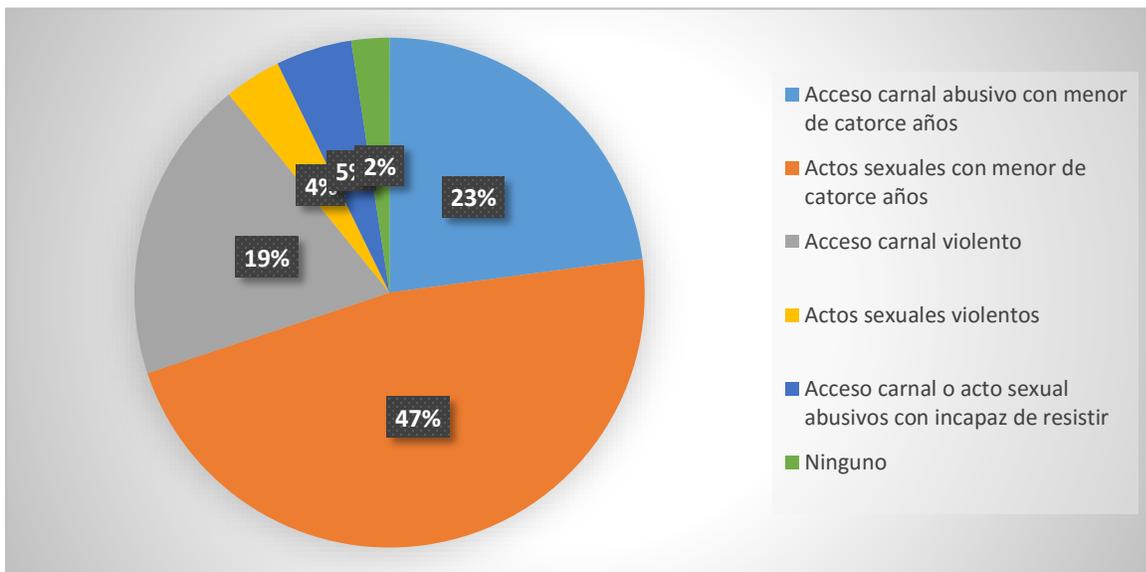


Figura 2. Delitos con los cuales concurre el incesto en las sentencias analizadas.
Fuente: elaboración propia

De lo anterior podemos llegar a una conclusión muy clara: actualmente el sistema judicial colombiano está tomando al incesto prácticamente como un agravante de otras conductas que

constituyen delitos sexuales y no como un delito autónomo, es decir, no se está judicializando a personas por el único hecho de mantener relaciones sexuales con sus parientes cercanos, sino que en la práctica se está exigiendo que estas impliquen violencia, coerción o engaño para ser consideradas relevantes para el derecho.

Ahora bien, ello no implica que en todo el país no han existido casos de incesto consensual judicializado, es posible que a nivel de circuitos y distritos judiciales se haya realizado este tipo de procesos. La conclusión que aquí se expresa se desprende de las ochenta y dos sentencias de casación tomadas como muestra. Esto es de resaltar si se tiene en cuenta que además de la imputación del delito de incesto y los demás delitos que procedían en cada situación, a gran parte de las personas judicializadas en estos ochenta y dos casos se les imputó el agravante del numeral 5 del artículo 211 del Código Penal:

ARTICULO 211. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

(...)

5. La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre. (...)

En aras de obtener una mayor seguridad con respecto a la aplicación práctica del delito, se enviaron derechos de petición a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga (anexos 6 y 7, respectivamente) solicitando una relación de sentencias proferidas entre el año 2002 y el mes de agosto de 2015 en las cuales ese órgano hubiere conocido casos en los cuales el incesto fuera el delito que dio origen a la acción penal sin que este concurriera con otros delitos, es decir, sentencias en las cuales los sujetos procesales únicamente hayan incurrido en el delito de incesto.

Lo anterior con el fin de determinar cuántas veces ha existido incesto bilateral consensual y ha sido denunciado ante las autoridades judiciales.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga respondió informando de la existencia de una sentencia que cumplía con los requisitos solicitados (anexo 7.1). Sin embargo, esta entidad aclara que la sentencia en cuestión contiene datos sensibles de las partes involucradas y por tanto está sometida a reserva, motivo por el cual fue imposible realizar un análisis para esta investigación.

La Corte Suprema de Justicia dio respuesta (anexo 6.1) adjuntando las sentencias con Radicación 32875 de 2009 y 25078 de 2006, que ya habían sido encontradas en esta investigación.

Con respecto a las dos sentencias encontradas en las cuales solamente se condenó por el delito de incesto y cuyo análisis puede encontrarse en los Anexos 8 y 9 de esta tesis, hemos de resaltar que

el aspecto común entre ambas es que no hay una verdadera voluntad. Es decir, en el caso con radicación 32875 de 2009, la hija del procesado manifiesta haber intentado detenerlo, participó en la denuncia del hecho y testificó en su contra. De igual forma en el caso con radicación 25078 de 2006 encontramos que en primera instancia la Fiscalía le imputó el delito de acceso carnal violento agravado por tratarse de una víctima menor de 12 años; sin embargo, por hechos que se desconocen pues no aparecen en el escrito de la sentencia de casación, la condena procedió solamente por el incesto.

En los dos casos la Corte y la Fiscalía consideran a las hijas de los procesados como víctimas, en vez de ser la institución de la familia de acuerdo con el análisis del delito hecho por la Corte Constitucional. Obsérvese cómo en la sentencia del año 2009 la única persona en testificar en contra del procesado es su hija, quien recibió los tocamientos, y ella misma manifiesta siempre haber estado en desacuerdo con estos actos. Por su parte, en la sentencia del año 2006, la hija del condenado es quien da pie a iniciar la acción penal y la Corte se refiere a ella como “la ofendida” en tres ocasiones.

Nótese como el delito de incesto en ambos casos es usado como un comodín por parte del ente acusador cuando no logra probar más allá de duda lo razonable la violencia necesaria para que se configure un delito sexual.

Debido que en Colombia no se encontró jurisprudencia que de una luz sobre el tratamiento a los casos prácticos del incesto voluntario bilateral, como se pudo observar con las respuestas a los derechos de petición solicitados, esta investigación se remitirá a dos de los casos más famosos

sobre incesto en la última década. El primero de ellos es el de los hermanos alemanes Patrick Stuebing y Susan Karolewski quienes, a sabiendas de su vínculo consanguíneo, iniciaron una relación sentimental fruto de la cual nacieron 4 hijos.

El código penal alemán en su sección 173 consagra la prohibición del incesto. Por tanto, Patrick Stuebing fue juzgado y condenado a un año de prisión en el año 2002. Nuevamente en 2004 el mismo tribunal lo condeno a 10 meses prisión. En 2005 fue condenado por la misma conducta a un año y 2 meses. Susan Karolewski fue acusada de los mismos cargos pero no recibió ninguna condena gracias a su personalidad tímida y dependiente de Patrick. Este caso fue analizado por la Corte Europea de Derechos Humanos por demanda de Patrick en 2008. Sin embargo esta Corte decidió que Alemania como país autónomo tiene derecho a prohibir el incesto por lo cual no se declaró la violación al derecho de su privacidad y vida familiar, de acuerdo con la aplicación número: 43547 de 2008 (Stübing v. Deutschland, 2011).

El otro caso es el de los hermanos españoles Moya Peña, los cuales se conocieron siendo ya adultos y sin tener conocimiento de su parentesco, y fue luego de haber iniciado su relación sentimental que descubrieron que eran hermanos carnales. En contraste con el caso alemán, en España el incesto no es un delito y por tanto pudieron llevar su vida marital sin complicaciones legales. Sin embargo, el código civil español exige autorización judicial para que dos hermanos puedan reconocer legalmente la paternidad de un menor, por lo tanto, los hijos de los Moya Peña, habían sido registrados como hijos de una madre soltera pues el funcionario encargado de realizar el registro se rehusó a inscribir como padre a Daniel Moya Peña. Como se puede observar el plano de la discusión jurídica para los españoles no fue de índole penal, sino de índole civil, y a diferencia

del caso alemán, luego de la discusión en estrados judiciales, la decisión fue favorable a la familia española.

5. CONCLUSIONES

El incesto en la legislación colombiana se presenta como una institución anticuada que necesita ser modificada por no adaptarse a los cambios normativos y sociales ni a los avances de la medicina y la farmacología. Esto se evidencia con:

- A pesar de que el incesto causa repulsión en la mayoría de sociedades actuales, muchas legislaciones ya se adaptaron a las ideas liberales que abogan por las libertades personales y sexuales. Ejemplos de ello son los ordenamientos de España, Francia y Suecia, países donde no existe pena para quienes voluntariamente cometen actos de incesto.
- Las diferentes normas que regulan el incesto son contradictorias entre sí o no guardan necesaria armonía, como se recordará del aparte dedicado a la unión marital de hecho que desde una postura exegética es permitida entre miembros de una misma familia, y de las normas que permiten las relaciones sexuales incestuosas cuando uno de los sujetos ha sido adoptado, pero sigue sin permitirse el matrimonio.
- Existen diversos medios legales para la protección de la institución de la familia que hacen del incesto un tipo innecesario. Ejemplos de estos son delitos que pueden ser usados por el ente acusador para salvaguardar las libertades sexuales y la integridad de las víctimas de incesto no consentido, tales como el acoso sexual, , la violencia intrafamiliar, el acceso

carnal violento, los actos sexuales violentos, los actos sexuales en menor de catorce años etc.

- El agravante a los delitos sexuales por motivo del parentesco fue creado años después de la creación del delito de incesto y suple en su plenitud la función de este, haciéndolo inútil en la práctica pues actualmente el tipo penal del incesto está siendo utilizado como un agravante y no como un delito autónomo.
- Cualquier argumento que justifique la limitación civil y penal de las relaciones incestuosas voluntarias bilaterales en los efectos biológicos o posibles consecuencias en la descendencia desconoce todos los avances en materia de anticonceptivos, exámenes prenatales de detección temprana, aborto, e incluso desconoce el derecho de los padres de asumir sus propios riesgos y la igualdad ante la ley entre los niños sanos y los que tienen una discapacidad.
- En la práctica la nulidad del matrimonio por motivo de incesto no está cumpliendo ninguna función, por lo tanto hoy en día no existe justificación válida para limitar el matrimonio incestuoso.
- La limitación del incesto voluntario bilateral se entromete con la potestad que tiene cada individuo de autodeterminarse y hacer con su cuerpo y con su sexualidad lo que le plazca. El prohibir el incesto significa una intromisión del Estado dentro de la órbita personal de cada quien, una extralimitación de su potestad soberana y una actitud paternalista.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cooper, I., & Cormier, B. M. (1982). Inter-generational transmission of incest. *The Canadian Journal of Psychiatry*, 231-235.
- Dawkins, R. (2006). *The selfish gene*. London: Oxford university press.
- Domenech, R. N. (9 de Marzo de 2015). ¿Dónde es legal el incesto? *El Nuevo Día*. Recuperado el 11 de Octubre de 2015, de <http://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/dondeeslegalelincesto-2017361/>
- Everstine, D. S., & Everstine, L. (1997). *El sexo que se calla*. México D.F.: Pax México.
- Freud, S. (1997). *Obras Completas*. Buenos Aires: Losada.
- García Corral, I. (1989). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona: Jaime Molinas.
- García García, G. L. (Junio de 2011). El Incesto en la Historia: ¿Pecado o Delito? *Crimogenesis*, 8, 24-46.
- Gottlieb Haubold, C., & Valderrama, A. M. (1848). *Tablas cronológicas o ilustración sinóptica de la historia externa del derecho romano, fragmentos de las leyes de las doce tablas y sentencias del edicto pretorio y edilicio*. Madrid: establecimiento tipografico-literario de Don Nicolas de Castro Palomino y compañía.
- Gutiérrez-Alviz Armario, F. (1982). *Diccionario de derecho romano*. Madrid: Reus.
- Hartsock, N. (1992). Gender and sexuality: masculinity, violence and domination. En T. Wartenberg (Ed.), *Rethinking Power* (págs. 249-276). New York: SUNY Press.
- Kim, S., Cheng, K.-T., Ritland, K., & Silversides, F. (2007). Inbreeding in Japanese Quail Estimated by Pedigree and Microsatellite Analyses . *Journal of heredity*, 378-381.
- Krackow, S., & Matuschak, B. (1991). Mate choice for non-siblings in Wild house mice: evidence from a choice test and a reproductive test. *Ethology*, 82, 99-108.
- Lakarra Lanz, E. (2010). Incesto marital en el derecho y en la literatura medieval. *Clio&Crimen*, 7, 15-40. Obtenido de http://www.durango-udala.net/portalDurango/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/5_3437_3.pdf
- Macías Caro, V. (2011). El delito de incesto en Colombia:. *Revista nuevo foro penal*, 101-127.
- Malinowski, B. (2002). *Sex and Repression in Savage Society*. New York: Routledge.

- Margadant S, G. (1998). El concepto de incesto aplicado por la justicia eclesiástica en la Nueva España y en el México independiente preliberal. *Anuario mexicano de historia del derecho*, X, 507-536.
- Maslow, A. H., & Lowry, R. R. (1974). *Dominance, Self Esteem, Self Actualization*. Thomson Brooks/Cole.
- Matos, H. D. (1 de noviembre de 2012). INCESTO Y TENDENCIAS SEXUALES CRIMINALES. *GACETA JUDICIAL*, 50-75.
- Morgan, L. H. (1877). *Ancient Society*. New York: Henry Holt .
- Pabón Parra, P. (2001). *Delitos contra la familia*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Parr, L., Hentiz, M., Lonsdorf, E., & Wroblewski, E. (2010). Visual Kin Recognition in Nonhuman Primates: (Pan troglodytes and Macaca mulatta): Inbreeding Avoidance or Male Distinctiveness? *Journal of Comparative Psychology*, 343-350.
- Pinker, S. (1997). *How the Mind Works*. New York: W. W. Norton & Company.
- Real Academia Española. (27 de Septiembre de 2015). *Diccionario de la lengua española*.
Obtenido de Incesto: <http://lema.rae.es/drae/?val=incesto>
- Real Academia Española. (30 de septiembre de 2015). *Diccionario de la lengua española*.
Obtenido de amancebamiento: <http://lema.rae.es/drae/?val=amancebamiento>
- Rodríguez, I. (2012). El poder del acto: odio en su forma erótica. *Cuadernos de Literatura* , 83-96.
- Sagar, A., & Bittles, A. (2008). Consanguinity and child health. *Paediatrics and Child Health*, 18, 244-249.
- Seemanova, E. (1971). A study of children of incestuous matings. *Human Heredity* , 108-128.
- Shepher, J. (1983). *Incest: A Biosocial View (Studies in Anthropology)*. New York: Academic Pres.
- Simon, B., & Blass, R. B. (1991). The development and vicissitudes of Freud's ideas on the Oedipus complex. En J. Neu (Ed.), *The Cambridge Companion to Freud* (págs. 161-174). Nueva York: Cambridge University Press.
- Stübing v. Deutschland, 43547/08 (Corte Europea de Derechos Humanos 12 de Abril de 2011).
- Torres, M. (1996). *El incesto y los genes*. Bogotá: Tercer Mundo.
- Tylor, E. B. (2010). *On a method of investigating the development institutions*. Londres: Kessinger Publishing's Legacy Reprint Series.

- VV. AA. (2005). *Mitología: Todos Los Mitos Y Leyendas Del Mundo*. España: RBA libros.
- Westermarck, E. (1891). *The History of Human Marriage*. New Work: Macmillan.
- Wood, S. (1995). Diva Drusilla Panthea and the Sisters of Caligula. *American Journal of Archaeology*, 457-482.
- Yano, S., Sakamoto, K., & Habara, Y. (2015). Female Mice Avoid Male Odor from the Same Strain via the Vomeronasal System in an Estrogen-Dependent Manner. *Chemical senses*. doi:10.1093/chemse/bjv052

LEGISLACIÓN

- Ley 19 de 1890
Ley 57 de 1887
Ley 95 de 1936
Decreto 100 de 1980
Ley 54 de 1990
Ley 599 de 2000
Ley 890 de 2004
Ley 1098 de 2006
Proyecto de ley No. 40 de 1998

SENTENCIAS

- Colombia – Corte Constitucional. Sentencia C-404 de 1998. (M.P: Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz; 10 de agosto de 1998)
- Colombia – Corte Constitucional. Sentencia C-1033 de 2000. (M.P: Jaime Córdoba Triviño; 27 de noviembre de 2000)
- Colombia – Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002. (M.P: Eduardo Montealegre Lynett; 17 de octubre de 2002)
- Colombia – Corte Constitucional. Sentencia C-241 de 2012. (M.P: Luis Ernesto Vargas Silva; 22 de marzo de 2012)
- Colombia – Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Exp. 4920. (M.P: Jorge Antonio Castillos Rúgeles; 30 de octubre de 1998)
- Colombia – Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Exp. 6117. (M.P: Silvio Fernando Trejos Bueno; 22 de septiembre de 2000)

7. ANEXOS

ANEXO 1: Derecho de petición ante la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE BUCARAMANGA

Sala Civil

E.S.D.

Ref: Derecho de Petición de información de acuerdo con el artículo 14 numeral 1 de la ley 1755 de 2015.

Yo, JUAN CARLOS VARGAS CARRILLO, identificado como aparece al pie de mi firma, haciendo uso de mi derecho fundamental de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política de 1991 y la ley 1755 de 2015 art. 14 numeral 1, formulo ante ustedes la siguiente petición de información:

1. Solicito se me informe si entre el año 2002 y el mes de agosto de 2015 esta Sala ha proferido sentencias declarando la nulidad de un matrimonio de acuerdo con la causal 9^{na} del art 140 del Código Civil:

ARTICULO 140. <CAUSALES DE NULIDAD>. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:

9o) Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes y descendientes o son hermanos.

2. En caso afirmativo, solicito se me informe la cantidad y el número de radicado de estas.
3. Si la divulgación de dichos radicados resulta vulneratoria del derecho a la intimidad de las partes involucradas de acuerdo con los criterios establecidos en la sentencia T-020 de 2014, solicito me indiquen la cantidad de providencias que cumplen con los requisitos del numeral 1^{ro} de esta petición especificando el año en el cual se profirió cada una.

MOTIVO DE LA PETICIÓN

La información será utilizada para sustentar una tesis de grado de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga denominada “la figura del incesto desde una perspectiva civil y penal en el ordenamiento jurídico colombiano” con el fin de establecer estadísticas sobre la frecuencia de este tipo de matrimonios y conocer la jurisprudencia al respecto.

NOTIFICACIONES

Recibiré la respuesta de este derecho de petición en la Cra 14 No. 35-26 Of. 403 Edificio García Rovira de la ciudad de Bucaramanga.

Atentamente,

JUAN CARLOS VARGAS CARRILLO

C.C. 1.098.694.829

ANEXO 1.1: Respuesta de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BUCARAMANGA
SECRETARIA SALA CIVIL- FAMILIA**



Bucaramanga, 24 de septiembre de 2015

Oficio No.16902

Señor
JUAN CARLOS VARGAS CARRILLO
Carrera 14 No. 35 -26 Of. 403 Edificio García Rovira
Ciudad.

Ref.: DERECHO DE PETICIÓN

En respuesta a su Derecho de Petición de fecha 4 de septiembre de 2015, me permito informar que una vez realizadas las respectivas investigaciones en los despachos judiciales y en la relatoría del Tribunal, se pudo constatar que entre el año 2002 a agosto de 2015 la Sala Civil Familia de este Tribunal no profirió ninguna sentencia declarando la nulidad de un matrimonio por la causal 9^{na} del artículo 140 del Código Civil.

En estos términos dejo contestado su petición.

Atentamente,

*Consejo Superior
de la Judicatura*

LAURA PAOLA GARCÍA FONTECHA
Secretaria



ANEXO 2: Derecho de petición ante la Registraduría Nacional de la República de Bucaramanga.

Señores
REGISTRADURÍA DEL ESTADO CIVIL
Bucaramanga
E.S.D.

Ref Derecho de Petición de información de acuerdo con el artículo 14 numeral 1 de la ley 1755 de 2015.

Yo, JUAN CARLOS VARGAS CARRILLO, identificado como aparece al pie de mi firma, haciendo uso de mi derecho fundamental de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política de 1991 y la ley 1755 de 2015, formulo ante ustedes la siguiente petición de información:

1. Solicito se me informe si existe impedimento, trámite especial o inconveniente procesal, administrativo o legal para el registro de un menor cuyos padres están en la misma línea de ascendientes, descendientes o son hermanos.
2. De existir, solicito se me dé la información respectiva y el fundamento jurídico para ello.

MOTIVO DE LA PETICIÓN

La información será utilizada para sustentar una tesis de grado de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga denominada “la figura del incesto desde una perspectiva civil y penal en el ordenamiento jurídico colombiano”.

NOTIFICACIONES

Recibiré la respuesta de este derecho de petición en la Cra 14 No. 35-26 Of. 403 Edificio García Rovira de la ciudad de Bucaramanga.

Atentamente,

JUAN CARLOS VARGAS CARRILLO
C.C. 1.098.694.829

ANEXO 2.1: Respuesta de la Registraduría Nacional de la República de Bucaramanga.

0901
Bucaramanga

Señor(a):
JUAN CARLOS VARGAS CARRILLO
Carrera 14 No. 35 – 26 Oficina 403 Edificio Garcia Rovira
Bucaramanga, Santander


**REGISTRADURÍA
NACIONAL DEL ESTADO CIVIL**

ESPECIAL BUCARAMANGA
CORRESPONDENCIA ENVIADA
003149
2015/09/29 18:23:26
REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL
REMITE : GLORIA TULENA-EDY MORANTES
DESTINATARIO : JUAN CARLOS VARGAS CARRILLO


ASUNTO: DERECHO DE PETICION RADICADO INTERNO No. 5611 DE SEPTIEMBRE 17 DE 2015.

Cordial saludo

En atención a su solicitud y dando cumplimiento al artículo 23 de la Constitución Nacional Política de Colombia, los artículos 13 y siguientes de la Ley 1755 de 2015, el artículo 213 del Código Electoral y demás normas concordantes, nos permitimos informarle:

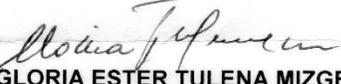
Que el decreto Ley 1260 de 1970, establece en su artículo 45 quienes pueden solicitar la Inscripción en el Registro Civil y reza así:

“**Artículo 45.** Están en el deber de denunciar los nacimientos y solicitar su registro:

1. El padre.
2. La madre.
3. Los demás ascendientes.
4. Los parientes mayores más próximos.
5. El director o administrador del establecimiento público o privado en que haya ocurrido.
6. La persona que haya recogido al recién nacido abandonado.
7. El director o administrador del establecimiento que se haya hecho cargo del recién nacido expósito.
8. El propio interesado mayor de diez y ocho años.

Por lo anterior, la Ley no hace mención alguna a que exista un impedimento para realizar el registro civil de un menor que se encuentre en la misma línea consanguínea.

Cordialmente,



EDY AURORA MORANTES ARIAS - GLORIA ESTER TULENA MIZGER
Registradores Especiales del Estado Civil

Proyectó: MARITZA ISABEL BARBA – Oficina Jurídica.

ANEXO 3: Análisis de la sentencia C-404 de 1998 de la Corte Constitucional de Colombia.

Análisis de la figura del incesto desde la perspectiva penal y civil colombina.
Nombre Estudiantes: Juan Carlos Vargas Carrillo Tania Vanessa Eslava Suárez
IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA:
Órgano: Corte Constitucional
Número: C-404
Fecha: Diez de agosto de mil novecientos noventaiocho
Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz
Norma demandada: Artículo 259 del Decreto 100 de 1980.
Clase de Acción: Pública de inconstitucionalidad.
Método de interpretación: Discursivo y sistemático.
TEMA:
Tema 1: Libre desarrollo de la personalidad
Tema 2: Deber del Estado de proteger la institución de la familia
Tema 3: Moralidad pública
SÍNTESIS DE LOS HECHOS RELEVANTES y/ o PROCEDIMIENTOS:
El ciudadano Alberto Franco presentó demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 259 del Decreto 100 de 1980 al considerar que cuando el acto sexual incestuoso sucede con el mutuo consentimiento de las partes es “una acción privada que no ofende siquiera la moralidad pública, sino que únicamente concierne a la moral individual” (esto es citado en la sentencia de un argumento que tiene el actor) y por tanto su prohibición es una limitante injustificada del derecho consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de Colombia.
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:
PROBLEMA 1:

¿Es el artículo 259 del Decreto 100 de 1980 una limitación excesiva del derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política?

PROBLEMA 2:

¿Se ven vulneradas la moralidad pública y la institución de la familia en la comisión de la conducta descrita en el artículo 259 del Decreto 100 de 1980 de manera libre y voluntaria entre mayores de edad?

PROBLEMA 3:

¿Es la moralidad pública un criterio relevante para determinar la constitucionalidad de las normas penales?

CONCEPTO ESPECIALIZADO DE PROFESIONALES EN DIFERENTES ÁREAS

Médicos genetistas:

Expresaron que los hijos nacidos de uniones incestuosas tienen mayor posibilidad de sufrir enfermedades genéticas, discapacidades sensoriales y problemas cognitivos.

Sociólogas:

Manifestaron a la Corte Constitucional que las prácticas incestuosas son nocivas para la institución familiar. Las profesionales refieren que la forma más frecuente del incesto se presenta como consecuencia de formas de poder patriarcal en el que el “jefe de familia” puede hacer su voluntad sin importar cuál sea esta.

Psicólogo:

Es la primera de las profesionales consultadas por la Corte en diferenciar el incesto consentido del que se produce contra la voluntad de alguien. Manifiesta que incluso en el incesto consentido se pueden presentar “síndromes depresivos y dificultades en las relaciones de pareja”. Sin embargo, considera que “la despenalización del incesto debe hacerse sólo en casos especiales, como cuando las relaciones se dan entre adultos con plena conciencia y capacidad de autodeterminarse”

Psicoanalista:

Plantea las consecuencias negativas para la salud mental de las personas que conlleva el cometer actos incestuosos. Como ejemplos de estas menciona “depresiones y estado depresivo crónico menos grave; estado de angustia, bien flotante o asociada con fobias; neurosis de fracaso; búsqueda inconsciente de

autocastigo en accidentes traumáticos, quiebras económicas o rupturas matrimoniales”, además de “la acción perturbadora del superyo o conciencia moral”.

Antropólogos:

Resaltaron que la prohibición cultural del incesto puede considerarse de carácter universal pues ha estado presente en la mayor parte de culturas del mundo sin importar ubicación geográfica o época.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La sentencia de la Corte Constitucional se divide en dos partes, cada una de las cuales fue escrita por un magistrado ponente diferente. La primera de ellas estuvo encargada al magistrado Carlos Gaviria Díaz y la segunda de Eduardo Cifuentes Muñoz.

Aparte de la sentencia con M.P. Carlos Gaviria Díaz:

El magistrado argumenta que la pena es un medio razonable, proporcional y adecuado para castigar el incesto por ser un comportamiento “efectivamente dañino” para la familia.

Más adelante la Corte diferencia entre el incesto consensual y el incesto no consensual, es decir, aquel que al mismo tiempo configura un delito contra la libertad sexual. Al respecto, menciona que los del primer caso serán castigados con la pena correspondiente solamente al delito de incesto, que para esa época era entre seis meses y cuatro años de prisión. En cambio, en el segundo caso existiría un concurso ideal entre el delito de incesto con los demás delitos contra la libertad y desarrollo sexual a que hubiere lugar.

La Corte realiza un juicio de ponderación enfrentando los artículos 16 y 42 constitucionales en relación con el incesto y concluye que el deber constitucional que tiene el Estado de proteger a la familia es más importante que el derecho de una persona a elegir como compañero sexual a un pariente cercano en virtud del libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, la pena definida para el incesto, incluso cuando este es consentido, configura una medida razonable, adecuada y proporcionada para garantizar la protección integral de la familia.

Aparte del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz

Este aparte se basa en la vulneración a la moralidad pública y solamente recibió el aval de cinco magistrados. Dice el ponente que el legislador está facultado para expedir normas basándose en principios fuertemente arraigados a la sociedad los cuales pueden llegar al punto de restringir relaciones de la esfera personal de los individuos, incluso, ciertos tipos de relaciones sexuales.

Para ello, el magistrado define la moralidad pública como: “[la] que puede ser fuente de restricciones a la libertad, es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional [...]”.

Fuente:

Constitución política de Colombia, artículo 16 (derecho al libre desarrollo de la personalidad)
Constitución política de Colombia, artículo 42 (deber del Estado de proteger la familia)
Constitución política de Colombia, artículo 5 (la familia como institución básica de la sociedad)
Constitución política de Colombia, artículo 15 (derecho a la intimidad)
Decreto 100 de 1980, artículo 259 (el delito del incesto en el código penal)

¿Salvamento de voto?Si No **¿Aclaración de voto?**Si No

La sentencia cuenta con dos aclaraciones de voto.

La primera de ellas fue realizada por los magistrados Carlos Gaviria, Antonio Barrera, Alejandro Martínez y Alfredo Beltrán. La segunda por los mismos, excepto el último.

En la primera, los magistrados manifiestan su desacuerdo con utilizar la moralidad pública como argumento en una sentencia de constitucionalidad. Consideran que se trata de un concepto indefinible y que no puede asegurarse que el incesto esté prohibido por este: “Y dentro de una sociedad pluralista como la colombiana, cabe preguntar: ¿Hay una sola moralidad pública, o hay varias? Si hay una sola, ¿quién la determina? y si hay varias, ¿cuál prevalece y por qué?”

La segunda aclaración de voto es la que para esta tesis resulta de vital importancia, puesto que los magistrados Gaviria, Barrera y Martínez llegan a la conclusión que de verdad concuerda con los pilares liberales de la constitución de 1991 y con la propuesta que se plantea en esta investigación. Manifiestan necesario que los jueces apliquen el principio de antijuridicidad para eximir de responsabilidad penal a los adultos con plena capacidad de discernir, que no conviven dentro del núcleo familiar, y deciden tener relaciones sexuales, comoquiera que en este caso no se lesiona el bien jurídico que se busca proteger con el tipo penal.

EXTRACTO – RATIO DECIDENDI:

Cabe recordar el tenor literal del artículo 16 de la Carta: "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico". Como tantas veces lo ha expresado esta Corporación, de dicha norma se desprende el reconocimiento de la persona como autónoma, con capacidad plena para elegir dentro de todo un universo amplio de opciones de vida, cuál es la más adecuada para darle sentido a su existencia. No obstante y en armonía con el texto Constitucional, este ámbito de libertad que se confiere al sujeto no es absoluto y, por tanto, es posible que el legislador pueda imponer límites, en aras de garantizar la convivencia pacífica que debe reinar entre sus asociados.

(...)

De allí que los comportamientos desestabilizadores de la institución familiar resultan atentatorios no sólo de ella (bien indiscutible para el Constituyente), sino de otro principio axial de la Carta: la solidaridad. La restricción del libre desarrollo de la personalidad dentro de la familia, resulta entonces no sólo debida sino necesaria, en vista de su preservación.

La pena, como mecanismo disuasivo, que en un Estado democrático debe reservarse para comportamientos *efectivamente* dañinos para "el otro" resulta entonces un medio razonable, proporcional y adecuado al fin, máxime si se considera que la que el legislador colombiano ha establecido es benigna, pues fluctúa entre seis meses y cuatro años de prisión.

OTROS ASPECTOS SUSTANCIALES RELEVANTES (Obiter Dicta)

“En principio, una norma que restringe el libre desarrollo de la personalidad sólo es legítima si es útil y necesaria para proteger un bien constitucional de la misma entidad que aquél que se limita. Adicionalmente, la restricción debe ser estrictamente proporcionada respecto de la finalidad perseguida. Siguiendo esta regla, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido la limitación de la libertad, con el fin de proteger, entre otras cosas, derechos constitucionales de terceras personas e, incluso, en casos de imposición de medidas de protección, la propia autonomía del sujeto cuya libertad se limita”.

(...)

No obstante, en el asunto que ocupa la atención de la Corte, ya se ha señalado como argumento adicional al histórico e institucional, que la práctica del incesto está asociada a una cadena de daños que se ciernen sobre la sociedad y los individuos, lo que confirma la idea de que la sociedad y el Estado sí están concernidos por esta conducta sexual y que, por consiguiente, sus regulaciones en principio no pueden entenderse como injerencias abusivas en un campo que es propio del sujeto autónomo y de su vida privada. En consecuencia, el criterio moral al que se ha hecho referencia coadyuva la reflexión hasta ahora realizada y disipa las dudas que aún puedan existir sobre su exequibilidad.

INSTITUTO JURÍDICO PROTEGIDO

Familia

Moralidad Pública

ANEXO 4: Análisis de la sentencia C-241 de 2012 de la Corte Constitucional de Colombia.

Análisis de la figura del incesto desde la perspectiva penal y civil colombina.
Nombre Estudiantes: Juan Carlos Vargas Carrillo Tania Vanessa Eslava Suárez
IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA:
Órgano: Corte Constitucional
Número: C-241
Fecha: Veintidós de marzo de dos mil doce
Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva
Norma demandada: Artículo 237 de la ley 599 del 2000.
Clase de Acción: Pública de inconstitucionalidad.
Método de interpretación: Discursivo y sistemático.
TEMA:
Tema 1: Libre desarrollo de la personalidad
Tema 2: Deber del Estado de proteger la institución de la familia
Tema 3: Moralidad pública
SÍNTESIS DE LOS HECHOS RELEVANTES y/ o PROCEDIMIENTOS:
El ciudadano Oscar Eduardo Borja Santofimio presentó demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 237 de la Ley 599 de, 2000 al considerar que vulnera los artículos 1, 5, 12, 13, 16 y 42 de la Constitución. El ciudadano manifiesta que cuando la relación incestuosa sucede entre dos adultos con pleno consentimiento, la conducta no trasciende la esfera íntima del individuo y no se justifica la sanción penal.
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:
PROBLEMA 1:

¿Es el artículo 237 de la Ley 599 del 2000 una limitación excesiva de los derechos consagrados en los artículos 1, 5, 12, 13, 16 y 42 de la Constitución Política?

PROBLEMA 2:

¿Se ven vulneradas la moralidad pública y la institución de la familia en la comisión de la conducta descrita en el artículo 237 de la Ley 599 del 2000 de manera libre y voluntaria entre mayores de edad?

PROBLEMA 3:

¿Existe cosa juzgada con respecto a la sentencia C-404 de 1998?

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

No procedió la figura de la cosa juzgada comoquiera que en aquella primera oportunidad se estudió el código penal de 1980, mientras que para la fecha de esta sentencia ya estaba vigente la ley 599 del 2000.

Con respecto al análisis de fondo, la Corte comienza expresando que la prohibición del incesto tiene fundamentos éticos, psicológicos y sociológicos, dejando de lado las consideraciones genéticas que se tuvieron en cuenta en la sentencia anterior al manifestar que para que se causen problemas genéticos de gravedad, se requiere que la práctica endogámica se dé durante varias generaciones. Más adelante establece tres razones fundamentales por las cuales reitera lo establecido en la sentencia 404 de 1998: i) el Estado tiene la obligación de garantizar protección a la familia, ii) las consecuencias negativas que trae el incesto para la estabilidad familiar y iii) el tema involucra la razón pública y los intereses estatales y sociales.

Con base en lo anterior la Corte concluye que la protección a la institución de la familia y la moralidad pública constituyen un límite legítimo al libre desarrollo de la personalidad cuando se penaliza el delito de incesto, incluso siendo este consentido.

Fuente:

- Constitución política de Colombia, artículo 16 (derecho al libre desarrollo de la personalidad)
- Constitución política de Colombia, artículo 42 (deber del Estado de proteger la familia)
- Constitución política de Colombia, artículo 5 (la familia como institución básica de la sociedad)
- Constitución política de Colombia, artículo 15 (derecho a la intimidad)
- Ley 599 de 2000, artículo 237 (el delito del incesto en el código penal)
- Sentencia C-404 de 2000

¿Salvamento de voto?

Si No

¿Aclaración de voto?

Si No

El magistrado Juan Carlos Henao Pérez realiza una aclaración de voto en la que recoge los argumentos de las aclaraciones de voto de la sentencia pasada, es decir, critica el uso de la moralidad pública como argumento en las sentencias judiciales y propone eximir de responsabilidad por falta de lesión al bien jurídico a los adultos en pleno uso de sus facultades que no habitan con el núcleo familiar y consideren mantener relaciones.

El magistrado Nilson Pinilla aclara el voto manifestando que debió haberse declarado la cosa juzgada material.

EXTRACTO – RATIO DECIDENDI:

Considera la Sala que la penalización del incesto, tal como fue establecida en el precepto acusado, plasma un desarrollo legítimo de la potestad de configuración del legislador en materia de política criminal; que dicha actuación legislativa no quebranta los límites constitucionales que se imponen al legislador, comoquiera que la prohibición se orienta a la protección de un bien jurídico de rango constitucional, valioso tanto para el individuo y para la sociedad, como es la familia y el sistema de relaciones entre sus miembros, basado en el respeto recíproco, la solidaridad y el apoyo mutuo; que la limitación que se genera a la libertad de acción del individuo, se encuentra plenamente justificada en la comprobación de los peligros reales que se ciernen sobre la estabilidad, la cohesión y la armonía de la institución familiar a partir de las relaciones incestuosas, y la necesidad de brindar protección a un bien jurídico de relevancia constitucional; que la prohibición cuestionada se muestra como razonable a la luz de la profusa evidencia sobre la consideración pública que ha tenido este asunto en diferentes culturas y sistemas jurídicos, sustrayéndolo del ámbito privativo y de disposición del individuo, para ubicarlo en un plano mediado por la razón pública que concierne a la sociedad y al Estado, por lo que sus regulaciones al respecto no pueden ser consideradas como injerencias indebidas en un ámbito privativo y autónomo del sujeto.

OTROS ASPECTOS SUSTANCIALES RELEVANTES (Obiter Dicta)

“De acuerdo con el alcance del artículo 42, en la sociedad y el Estado reposa el deber de garantizar la protección integral de la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte. Esta protección integral que prodiga la Constitución se asegura mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer la importancia de la institución familiar en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales que la orientan, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos”

(...)

“La penalización del incesto resulta compatible con la Constitución por cuanto los fundamentos de esta decisión legislativa coinciden con reglas de conducta que prescribe la moralidad pública, en el sentido de que el tipo de relaciones deseable entre los miembros de la familia, debe caracterizarse por la presencia de valores como la solidaridad, el cuidado fraternal, el auxilio, el respeto recíproco, entre otros. Las relaciones sexuales entre parientes, en cambio, afirman vínculos de dominación y

sometimiento entre los miembros de la familia e invierten y distorsionan lo roles familiares. Esta creencia compartida, que se institucionaliza con la penalización del incesto, permite que los miembros de las comunidades cuenten con un referente objetivo por medio del cual las personas pueden evaluar de manera negativa las conductas incestuosas.

La comunidad en general se beneficiaría con la penalización del incesto por cuanto se reafirmaría la convicción de que dicha conducta atenta con la protección de la familia y los valores de solidaridad, y respeto mutuo entre sus miembros”

(...)

“La penalización del incesto constituye así un acto oficial en el que el órgano legislativo establece una norma en la que materializa un criterio moral colectivo que considera a la familia como un bien social que merece protección. Adicionalmente, y más importante aún, con la penalización del incesto se obtiene un beneficio conjunto en la sociedad colombiana en la medida que el interés crítico de que la familia sea protegida se ve respaldado con la posibilidad de que algunos de los actos que atentan contra ella, sean objeto de persecución penal por parte del Estado”

(...)

La categorización del incesto como injusto penal contra la familia, no ocasiona menoscabo a la dignidad de las personas, comoquiera que la prohibición no persigue un propósito discriminatorio, ni se endereza deliberadamente a ocasionar agravio a un determinado grupo de personas en virtud de sus rasgos, origen o creencias. De otra parte, la prohibición que la norma incorpora no cercena la posibilidad de que los individuos se realicen integralmente como individuos y obtengan satisfacción en el ámbito de la sexualidad, siempre y cuando ello se realice dentro del grupo externo a la familia. En suma, no se advierte que la prohibición de relaciones sexuales entre parientes, se proyecte en una reducción, instrumentalización, o menoscabo esencial del ser humano, como destinatario del mandato restrictivo, o que represente una carga desproporcionada que le obstruya la posibilidad de desarrollarse armónica e integralmente como individuo”

(...)

La categorización del incesto como injusto penal contra la familia, no ocasiona menoscabo a la dignidad de las personas, comoquiera que la prohibición no persigue un propósito discriminatorio, ni se endereza deliberadamente a ocasionar agravio a un determinado grupo de personas en virtud de sus rasgos, origen o creencias. De otra parte, la prohibición que la norma incorpora no cercena la posibilidad de que los individuos se realicen integralmente como individuos y obtengan satisfacción en el ámbito de la sexualidad, siempre y cuando ello se realice dentro del grupo externo a la familia. En suma, no se advierte que la prohibición de relaciones sexuales entre parientes, se proyecte en una reducción, instrumentalización, o menoscabo esencial del ser humano, como destinatario del mandato restrictivo, o que represente una carga desproporcionada que le obstruya la posibilidad de desarrollarse armónica e integralmente como individuo.

INSTITUTO JURÍDICO PROTEGIDO

Familia

Moralidad Pública

ANEXO 5: Listado de sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia analizadas.

Listado de sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia analizadas	
Delito con el cual concurre	Número
Acto sexual violento.	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 14625 de 4 de Julio de 2002
Acceso carnal violento.	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 18238 de 11 de Marzo de 2003
Actos sexuales abusivos con menor de 14 años.	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 16368 de 22 de Octubre de 2003
Acto sexual agravado con menor de 14 años.	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 23414 de 6 de Abril de 2005
Acceso carnal abusivo con menor de 14 años.	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 23879 de 13 de Julio de 2005
Acto sexual abusivo con menor de 14 años.	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 23706 de 26 de Enero de 2006
Acceso carnal violento.	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 22004 de 9 de Febrero de 2006
Acto sexual abusivo con incapaz de resistir.	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 23509 de 30 de Marzo de 2006
Actos sexuales abusivos con menor de 14 años.	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 23790 de 7 de Septiembre de 2006
Acceso carnal abusivo con menor de 14 años.	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 26002 de 12 de Octubre de 2006
Incesto en concurso homogéneo y sucesivo.	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 25078 de 16 de Mayo de 2006
Acceso carnal abusivo	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 25724 de 19 de Octubre de 2006
Actos sexuales con menor de 14 años.	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 26915 de 6 de Junio de 2007
Acto sexual abusivo agravado	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 27575 de 11 de Julio de 2007
Acto sexual violento	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 27555 de 18 de Julio de 2007
Actos sexuales abusivos	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 27515 de 15 de Agosto de 2007
Acto sexual violento	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 28255 de 10 de Octubre de 2007
Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 27420 de 5 de Diciembre de 2007
Acceso carnal violento	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 25095 de 13 de Febrero de 2008

Acceso carnal violento	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 29281 de 6 de Marzo de 2008
Acto sexual con incapaz de resistir	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 29757 de 23 de Junio de 2008
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 29951 de 17 de Septiembre de 2008
Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 29699 de 17 de Septiembre de 2008
Acceso carnal violento	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 31103 de 27 de Marzo de 2009
Acceso carnal violento agravado	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 31641 de 14 de Septiembre de 2009
Actos sexuales con menor de 14 años agravado	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 31795 de 16 de Septiembre de 2009
Acceso carnal violento	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 32616 de 30 de Septiembre de 2009
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 33206 de 24 de Marzo de 2010
Acceso carnal violento	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 33664 de 12 de Mayo de 2010
Acceso carnal abusivo	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 33987 de 12 de Mayo de 2010
Acceso carnal violento en menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 33715 de 19 de Mayo de 2010
Acceso carnal violento	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 33990 de 9 de Junio de 2010
Acto sexual con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 33643 de 30 de Junio de 2010
Actos sexuales abusivos con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 33991 de 30 de Junio de 2010
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 34597 de 25 de Octubre de 2010
Actos sexuales abusivos con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 35039 de 17 de Noviembre de 2010
Acto sexual con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 35029 de 17 de Noviembre de 2010
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 35085 de 18 de Noviembre de 2010
Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 34585 de 24 de Noviembre de 2010
Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 34219 de 9 de Diciembre de 2010
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 32387 de 19 de Enero de 2011
Acto sexual con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 34568 de 23 de Febrero de 2011

Acto sexual con incapaz de resistir	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 36262 de 27 de Abril de 2011
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 34133 de 25 de Mayo de 2011
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 34322 de 6 de Julio de 2011
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 33751 de 6 de Julio de 2011
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 36243 de 6 de Julio de 2011
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 36730 de 27 de Julio de 2011
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 36470 de 9 de Agosto de 2011
Acceso carnal violento	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 36569 de 21 de Septiembre de 2011
Acceso carnal violento y acto sexual violento	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 36645 de 21 de Septiembre de 2011
Acceso carnal en menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 37266 de 21 de Septiembre de 2011
Incesto	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 32875 de 11 de Noviembre de 2011
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 37670 de 8 de Febrero de 2012
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 38600 de 21 de Marzo de 2012
Acceso carnal violento	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 35695 de 18 de Abril de 2012
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 37730 de 18 de Abril de 2012
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 38604 de 18 de Abril de 2012
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 38164 de 23 de Mayo de 2012
Acceso carnal en menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 38808 de 23 de Mayo de 2012
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 38496 de 23 de Mayo de 2012
Acceso carnal en menor de 14 años y Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 38857 de 27 de Junio de 2012

Acceso carnal en menor de 14 años y Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 39093 de 27 de Junio de 2012
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 34245 de 19 de Septiembre de 2012
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 33657 de 31 de Octubre de 2012
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 39621 de 28 de Noviembre de 2012
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 40916 de 10 de Abril de 2013
Acceso carnal abusivo en menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 40321 de 17 de Abril de 2013
Acceso canal violento	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 41046 de 22 de Mayo de 2013
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 33790 de 3 de Julio de 2013
Acceso canal violento	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 35885 de 3 de Julio de 2013
Acceso carnal abusivo en menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 40876 de 10 de Julio de 2013
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 40975 de 21 de Agosto de 2013
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 41985 de 28 de Agosto de 2013
Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 36411 de 5 de Septiembre de 2013
Acceso carnal abusivo en menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 40043 de 11 de Septiembre de 2013
Acceso carnal abusivo en menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 40455 de 25 de Septiembre de 2013

Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 42093 de 9 de Octubre de 2013
Acceso carnal abusivo en menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 33790 de 9 de Octubre de 2013
Acceso carnal abusivo en menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 41996 de 9 de Octubre de 2013
Acceso carnal en menor de 14 años y Actos sexuales con menor de 14 años	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. 40691 de 9 de Octubre de 2013
Actos sexuales en incapaz de resistir	Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala penal Rad. de 12 de Marzo de 2014

ANEXO 6: Derecho de petición ante la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

Honorables Magistrados
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Sala Penal
E.S.D.

Ref: Derecho de Petición de información de acuerdo con el artículo 14 numeral 1 de la ley 1755 de 2015.

Yo, JUAN CARLOS VARGAS CARRILLO, identificado como aparece al pie de mi firma, haciendo uso de mi derecho fundamental de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política de 1991 y la ley 1755 de 2015 art. 14 numeral 1, formulo ante ustedes la siguiente petición de información:

1. Solicito se me informe si entre el año 2002 y el mes de agosto de 2015 esta Sala ha proferido sentencias por el delito de incesto consagrado en el artículo **237** del Código Penal sin que se configure un concurso con otros delitos. Es decir, **sentencias en las cuales los sujetos procesales únicamente hayan incurrido en el delito de incesto.**
2. En caso afirmativo, solicito se me informe el número de radicado de estas.
3. Si la divulgación de dichos radicados resulta vulneratoria del derecho a la intimidad de las partes involucradas de acuerdo con los criterios establecidos en la sentencia T-020 de 2014, solicito me indiquen la cantidad de providencias que cumplen con los requisitos del numeral 1^{ro} de esta petición y si ellas fueron absolutorias o condenatorias.

MOTIVO DE LA PETICIÓN

La información será utilizada para sustentar una tesis de grado de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga denominada “la figura del incesto desde una perspectiva civil y penal en el ordenamiento jurídico colombiano” con el fin de determinar si el incesto está teniendo aplicación práctica como delito independiente o solamente como complemento de otras conductas.

NOTIFICACIONES

Recibiré la respuesta de este derecho de petición en la Cra 14 No. 35-26 Of. 403 Edificio García Rovira de la ciudad de Bucaramanga.

Atentamente,

JUAN CARLOS VARGAS CARRILLO
C.C. 1.098.694.829

ANEXO 6.1: Respuesta de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal
Relatoría*

Bogotá D.C., 21 de septiembre de 2015

Señor
JUAN CARLOS VARGAS CARRILLO
carrera 14 No 35-26 Of. 403
Bucaramanga – Santander

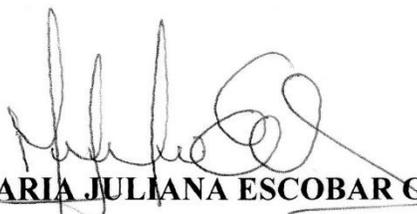
Oficio No. RSPCSJ-2015-0133

Estimado señor:

En atención a su solicitud le informo que revisadas nuestras bases de datos durante el periodo y la temática determinada por usted, se encontraron dos providencias, las cuales se adjuntan al presente escrito. Esta información consta de cinco (5) folios.

Finalmente, le indico que la Corte cuenta con la página web www.cortesuprema.gov.co, donde podrá realizar consultas y descargar archivos de diferentes providencias y temas según sus necesidades.

Cordialmente,


MARIA JULIANA ESCOBAR GUTIERREZ
Relatora



Anexo lo anunciado
MCU

ANEXO 7: Derecho de petición ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE BUCARAMANGA

Sala Penal

E.S.D.

Ref: Derecho de Petición de información de acuerdo con el artículo 14 numeral 1 de la ley 1755 de 2015.

Yo, JUAN CARLOS VARGAS CARRILLO, identificado como aparece al pie de mi firma, haciendo uso de mi derecho fundamental de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política de 1991 y la ley 1755 de 2015 art. 14 numeral 1, formulo ante ustedes la siguiente petición de información:

1. Solicito se me informe si entre el año 2002 y el mes de agosto de 2015 esta Sala ha proferido sentencias por el delito de incesto consagrado en el artículo **237** del Código Penal sin que se configure un concurso con otros delitos. Es decir, **sentencias en las cuales los sujetos procesales únicamente hayan incurrido en el delito de incesto.**
2. En caso afirmativo, solicito se me informe el número de radicado de estas.
3. Si la divulgación de dichos radicados resulta vulneratoria del derecho a la intimidad de las partes involucradas de acuerdo con los criterios establecidos en la sentencia T-020 de 2014, solicito me indiquen la cantidad de providencias que cumplen con los requisitos del numeral 1^{ro} de esta petición y si ellas fueron absolutorias o condenatorias.

MOTIVO DE LA PETICIÓN

La información será utilizada para sustentar una tesis de grado de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga denominada “la figura del incesto desde una perspectiva civil y penal en el ordenamiento jurídico colombiano” con el fin de determinar si el incesto está teniendo aplicación práctica como delito independiente o solamente como complemento de otras conductas.

NOTIFICACIONES

Recibiré la respuesta de este derecho de petición en la Cra 14 No. 35-26 Of. 403 Edificio García Rovira de la ciudad de Bucaramanga.

Atentamente,

JUAN CARLOS VARGAS CARRILLO

C.C. 1.098.694.829



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA
RELATORIA

Bucaramanga, septiembre 24 de 2015

Señor

JUAN CARLOS VARGAS CARRILLO
CARRERA 14 No. 35-26 OFICINA 403
EDIFICIO GARCÍA ROVIRA

Ciudad

Ref. Respuesta Derecho de Petición

En consideración a su Derecho de Petición, remitido al TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL – SALA PENAL- de este Distrito Judicial, de manera comedida y para los fines legales pertinentes, me permito informarle que revisados una a una las sentencias proferidas por la Sala, tanto en la ley 600 de 2000, como en la Ley 904 de 2004, solo se encontró dentro del periodo comprendido entre el año 2002 y el mes de agosto de 2015, una sentencia por el referido delito de INCESTO, dentro del cual a criterio del Magistrado no se configuró concurso con otros delitos.

Dicha providencia fue proferida por el Honorable Magistrado Dr. JUAN CARLOS DIETTES LUNA, el pasado 2 de marzo de 2011, dentro del proceso radicado al 2007-80078 bajo el sistema penal previsto en la ley 600 de 2000, la cual fue de carácter condenatorio.

Cabe anotar que como quiera que la misma, no obstante ser un documento público, contiene datos sensibles tanto para el condenado como para su víctima, su divulgación se encuentra restringida conforme a los criterios plasmado por la Corte Constitucional en la sentencia T-020 de 2014.

Cordial saludo,



JOHN JAIRO NARANJO ORTIZ

Relator Tribunal Superior Bucaramanga

Tel 6330143

ANEXO 8: Análisis de la sentencia con radicación 25078 de 2006 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Análisis de la figura del incesto desde la perspectiva penal y civil colombiana.

Nombre Estudiantes: Juan Carlos Vargas Carrillo
Tania Vanessa Eslava Suárez

IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA:

Órgano: Corte Suprema de Justicia – Sala de casación penal

Número: 25078

Fecha: Dieciséis de mayo de 2006

Magistrado Ponente: Javier de Jesús Zapata Ortiz

Delitos que dieron lugar a la acción penal: Incesto en concurso homogéneo y sucesivo.

Método de interpretación: Exegético.

TEMA:

Tema 1: Casación discrecional

Tema 2: Principio de favorabilidad

Tema 3: Incesto

SÍNTESIS DE LOS HECHOS RELEVANTES y/ o PROCEDIMIENTOS:

Se recurrió al recurso extraordinario de casación discrecional la sentencia anticipada de segunda instancia que condenó Obdulio Rubiano Rangel por ser responsable del delito de incesto en concurso homogéneo sucesivo. En la sentencia se le niega la suspensión condicional de la sanción y la prisión domiciliaria.

La abogada casacionista plantea el recurso extraordinario de casación discrecional argumentando que no entiende el motivo por el cual se negó la suspensión condicional de la sanción y la prisión domiciliaria. Igualmente plantea que el juzgador no apreció algunas pruebas del proceso e interpretó la duda en contra del procesado. Finalmente argumenta que se violó el principio de favorabilidad pues no hizo la rebaja de pena del artículo 351 de la ley 906 de 2004.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

¿Puede ser resuelto un recurso de casación discrecional que carece de una exposición clara y precisa de los señalamientos que se hacen en contra de la decisión censurada?

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte Suprema de Justicia – Sala Penal, considera que es deber del abogado que interpone la demanda de casación discrecional el justificar la necesidad de que la Sala de Casación Penal proceda a intervenir en el caso.

Como en la presente demanda la abogada se limitó a hacerle cuestionamientos a la Corte en lugar de justificar el motivo por el cual esta debía admitir la demanda, considera esta entidad que no se cumplen los requisitos formales para la admisión de este recurso y por tanto lo inadmite.

Fuente:

artículo 351 de la Ley 906 de 2004

artículo 216 de la Ley 600 de 2000

artículo 232 de la Ley 600 de 2000

artículo 63 de la Ley 599 de 2000

¿Salvamento de voto?

Si No

La magistrada Marina Pulido de Barón salva parcialmente su voto para reprochar la negativa de la Corte de examinar la posibilidad de conceder al procesado la rebaja de pena prevista en la Ley 906 de 2004, la cual le resulta más favorable que aquella contenida en la ley 600 de 2000.

EXTRACTO – RATIO DECIDENDI:

“La demandante ignoró por completo que a diferencia de la casación ordinaria la discrecional debe ser justificada, de ahí que no destina en el libelo espacio alguno a justificar la necesidad de que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia intervenga para efectos de garantizar los derechos fundamentales del procesado o el desarrollo de la jurisprudencia, en los términos indicados en esta providencia.

La labor insuficiente del recurrente, impide a la Corte admitir la demanda examinada, pues así se trate de una facultad “discrecional”, la Sala se rige por el principio de limitación, según el cual el examen

del libelo petitorio se restringe a los términos de la acusación formulada en dicho escrito, pues en este caso no se advierte por la Sala la posibilidad de ejercer las facultades oficiosas a que se refiere el artículo 216 del C.P.P”

OTROS ASPECTOS SUSTANCIALES RELEVANTES (Obiter Dicta)

“La justificación en la casación discrecional es un requisito de viabilidad que en el régimen actual ha de estar contenida en el cuerpo de la demanda. Sin el cumplimiento de esta exigencia la Corte no puede con base en la discrecionalidad que el legislador le otorgó admitirla, pues el ejercicio de dicha facultad fue condicionada al hecho de que se estableciera la necesidad de desarrollar la jurisprudencia o para intervenir en procura de garantizar los derechos fundamentales quebrantados con el fallo impugnado, a menos de que la Corte deba actuar oficiosamente, en los términos del artículo 216 del C.P.P., situación que no corresponde en este caso.

La necesidad de justificar la casación excepcional surge de los mismos condicionamientos que el legislador estableció para su viabilidad, los cuales son a su vez el marco dentro del cual la Corte hace operante la discrecionalidad, por ello la sustentación debe demostrar a la Sala que realmente el caso amerita el trámite extraordinario en aras del desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, no basta, por consiguiente, simplemente enunciar, como lo hace la demandante.

INSTITUTO JURÍDICO PROTEGIDO

Requisitos formales del recurso extraordinario de casación discrecional.

ANEXO 9: Análisis de la sentencia con radicación 32875 de 2011 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Análisis de la figura del incesto desde la perspectiva penal y civil colombiana.
Nombre Estudiantes: Juan Carlos Vargas Carrillo Tania Vanessa Eslava Suárez
IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA:
Órgano: Corte Suprema de Justicia Sala Penal
Número: 32875
Fecha: Once de noviembre de 2011.
Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.
Delitos que dieron lugar a la acción penal: Incesto.
Método de interpretación: Exegético.
TEMA:
Tema 1: Requisitos de admisibilidad del recurso de casación.
Tema 2: Precisión en la causal de casación invocada.
Tema 3: Incesto.
SÍNTESIS DE LOS HECHOS RELEVANTES y/ o PROCEDIMIENTOS:
Se recurrió al recurso extraordinario de casación la sentencia de segunda instancia contra R.R.A por responsabilidad en el delito de incesto por los hechos ocurridos en febrero de 2007 cuando el procesado realizó tocamientos de carácter sexual a su hija adolescente con los cuales esta no estuvo de acuerdo e inmediatamente denunció.
A pesar de que la parte actora acreditó los presupuestos de legitimidad e interés para el presente recurso de casación, olvidó los demás requisitos consagrados en el artículo 181 de la ley 906 de 2004 necesarios para su admisibilidad, lo que obligó a que la Corte inadmitiera el recurso de casación.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

PROBLEMA:

¿Es obligación del demandante precisar si el error cometido por parte del fallador en segundo grado fue de hecho o de derecho en relación con cada uno de los medios de prueba a los que aquel se refiere y a la causal de procedencia correspondiente?

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La casación no es un recurso más al que se puede optar por vía de la jurisdicción ordinaria, su finalidad, procedencia, legitimación y oportunidad procesal están definidos taxativamente y deben ser observados y aplicados de manera correcta por quien tenga el interés de hacerlo. Siendo este el escenario de la casación, el interesado debe ir mucho más allá de enunciaciones fácticas y controversias probatorias, pues se reitera, su labor debe ser en aras de realizar un ejercicio argumental en torno a los errores del juzgador.

En este caso el abogado se limitó a solicitar a la Corte que se pronuncie sobre el verdadero alcance del testimonio de la víctima y el dictamen psicológico rendido; es decir, está utilizando la casación como si de otra instancia se tratara.

De acuerdo con lo anterior, la Corte inadmite el recurso.

Fuente:

Ley 906 de 2004

Artículo 235-1 de la Constitución Política

¿Salvamento de voto?

Si No

¿Aclaración de voto?

Si No

EXTRACTO – RATIO DECIDENDI:

“En síntesis, los argumentos ofrecidos por la libelista no se sujetan a las exigencias que impone el artículo 183 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) como condiciones insoslayables en la confección del libelo casacional, puesto que tratándose de un recurso rogado, esto es, que procede a instancia de las partes y por los motivos taxativamente señalados en el artículo 181 ídem, constituye carga para el demandante, no sólo la de indicar la causal que aduce, sino los fundamentos de la misma respetando, en todo caso, los cimientos teóricos de cada una de ellas, de manera que

indique cómo los yerros que atribuye a la sentencia pudieron causar perjuicio a las partes, lo cual supone, desde luego, demostrar su incidencia en el fallo”

OTROS ASPECTOS SUSTANCIALES RELEVANTES (Obiter Dicta)

“Desde esa perspectiva, en el asunto examinado era obligación del demandante precisar en relación con cada uno los medios de prueba a los cuales se refiere, si el error cometido por parte del fallador de segundo grado fue de hecho o de derecho, y la especie correspondiente a esas modalidades, empero, nada de ello se aprecia en la disertación ofrecida por el actor, quedando reducida la misma a un intrascendente alegato de instancia con el denodado e inadmisibles propósito de hacer prevalecer la particular y subjetiva apreciación de las pruebas por parte del recurrente, frente a la expuesta por el Tribunal.

5. En conclusión, ningún ejercicio argumental para ilustrar la ocurrencia de una probable violación directa de la ley sustancial o la materialización de errores típicos de la violación indirecta (de hecho o de derecho, se reitera) aparece consignado en la demanda objeto de estudio; lo allí alegado eventualmente permite apenas concluir que, como si se tratara de una instancia adicional, que no lo es la sede de casación, el defensor se dedicó a exponer su particular valoración del testimonio de la víctima y del dictamen psicológico rendido en el juicio, así como de las declaraciones evacuadas en favor del acusado, prescindiendo de formular crítica alguna en términos de este recurso en relación con esos elementos de conocimiento, con el inaceptable propósito de hacer prevalecer su criterio frente al sustentado en el fallo de segundo grado.

La réplica del demandante no demuestra con el rigor lógico argumental que requiere este mecanismo extraordinario de impugnación, la configuración de un vicio que deje sin efecto la doble presunción de acierto y legalidad con la que llega ungida a esta sede la sentencia de segunda instancia, la cual sólo puede ser resquebrajada en virtud de la acreditación de yerros manifiestos y graves, con trascendencia en su parte dispositiva.”

INSTITUTO JURÍDICO PROTEGIDO

Requisitos formales del recurso de casación