

que retiene, pero el cumplimiento de esa obligación no se le puede exigir sino cuando, extinguido el derecho de retención por el pago de su crédito por mejoras, deba restituir al señor Nieto esos predios con los dichos frutos. Mientras el demandante Nieto no le cubra al señor Buitrago la deuda por mejoras, no puede exigirle a éste la restitución de las fincas ni el pago de los frutos percibidos en ellas. Esto significa que la declaración que sobre este particular se impetra en la demanda es prematura, es decir, que se ha formulado antes de tiempo, porque no hay prueba de que haya cesado el derecho de retención que se le otorgó al demandado Buitrago. . .”

Todo lo expuesto hace patente que el sentenciador no violó en ninguno de los sentidos que el recurrente indica los mencionados artículos 8º de la Ley 153 de 1887, 2.428 y 1.995 del Código Civil, por lo cual se declara improcedente el cargo.



Un grave vacío del Código Penal Colombiano

LA SUSTRACCION DE MENORES NO ES DELITO DE SECUESTRO

Por LUIS CARLOS PEREZ

Respuesta a una consulta

I

LOS HECHOS

En sentencia del 25 de julio de 1958, el Juzgado de Menores otorgó a don Antonio Fernández la “**guarda definitiva**” de Julio José Fernández, de cuatro años y medio de edad, nacido del matrimonio católico que el citado señor contrajo con la señora Mariana Estévez de Fernández. El mismo fallo señaló el día y la hora para que la madre vencida en el juicio visitara a su hijo, en la casa del padre guardador, o en el lugar que éste designara.

Desde la ejecutoria del fallo, don Antonio Fernández tenía al menor en su casa de habitación, ubicada en el barrio de Santo Domingo, hasta que el 1º de agosto del año en curso, doña Mariana, aprovechando la oportunidad de una de las visitas que periódicamente hacía a su hijo, y con la colaboración de otras personas, lo sustrajo contra la voluntad de quienes momentáneamente vigilaban al menor, y, desde luego, contra el querer de su padre. Según parece, la autora de la sustracción del niño Julio José Fernández Estévez, se encuentra fuera del país, con el citado hijo, a pesar de todas las providencias administrativas que se tomaron tratando de impedir la salida.

El padre guardador, burlado así en el derecho reconocido judicialmente, presentó denuncia a las autoridades judiciales, pidiendo se investigara el secuestro cometido, según la calificación que dio a los hechos.

II

EL CUESTIONARIO PROPUESTO

Frente a los hechos que acaban de enunciarse los interesados preguntan:

1º ¿Existe en realidad el delito de secuestro o alguna otra figura criminosa?

2º En el caso de que no haya delito, ¿qué medidas legales pueden tomarse contra la persona que mediante la sustracción del menor está impidiendo el cumplimiento de una sentencia judicial ejecutoriada?

III

SOLUCIONES PREVIAS

La respuesta final, para que sea adecuada, comprende la resolución previa de las cuestiones siguientes:

a) ¿Cuál es el derecho, interés o bien jurídico protegido con la sanción penal de los artículos 293 y 294?

b) ¿Cuál es el requisito esencial para que ese bien tenga garantía penal?

c) ¿Qué formas asume la violación de ese derecho o bien?

d) ¿Cuáles son los elementos del delito de secuestro?

Procedemos, pues, a esclarecer estos puntos, tanto a la luz de la teoría general como a la de nuestros textos legislativos. La comparación entre los resultados consiguientes con la realidad planteada, permitirá calificar nitidamente los actos sobre que versa ya la investigación.

1. El bien jurídico lesionado por el delito

Todas y cada una de las infracciones descritas en el Título XI del Código protegen la libertad individual del hombre en cualquiera de sus manifestaciones: como autonomía para trasladarse de un lugar a otro (Arts. 293 y 294); como el derecho de no ser

detenido arbitrariamente por las autoridades (Arts. 295, 296 y 297); como facultad de no sufrir coacción para hacer algo opuesto a las propias decisiones (Arts. 298 a 301); como el goce de la tranquilidad domiciliaria (Arts. 302 y 303), de la inviolabilidad de la correspondencia y de ciertos secretos documentales (Arts. 304, 305 y 306), lo mismo de otros secretos de que los demás conocen por razón de su oficio (Art. 307); como la garantía de asociarse para trabajar, o la de trabajar aisladamente (Arts. 308 y 309); como la de ejercer los derechos políticos y las funciones publicitarias (Arts. 310 y 311); o como la de conservar cierta veneración por los muertos y la de practicar cualquier credo religioso.

Los hechos ejecutados en contra violan normas constitucionales que determinan, entre otros, los derechos que acaban de ser enunciados.

De este modo, el delito de secuestro descrito en el Art. 293 lesiona el derecho de locomoción, que es parte de los atributos del hombre para disponer de sí mismo, y que responde a la garantía constitucional de autodeterminarse. Quien ejecuta la acción descrita en dicho precepto imposibilita a otro para moverse según su voluntad en el espacio y en el tiempo. En el espacio, en cuanto no puede trasladarse de un lugar a otro; y en el tiempo, en cuanto la ejecución requiere cierta durabilidad para que sea perfecta. Pertenece ésta al grupo de infracciones que tienen efecto permanente, pues la actividad consecutiva y la situación creada por ella prolongan el hecho originario.

Lo expuesto respecto del artículo 293 debe decirse también sobre el artículo 294, pues tanto el primero como el segundo exigen "privación de la libertad". Lo que ocurre es que aquél reúne ciertas modalidades de orden psíquico, como el ánimo de lucro o el propósito de obtener cualquier provecho, mientras que éste sanciona la simple privación del derecho de trasladarse de un lugar a otro, aun sin finalidad específica en el agente.

2. El requisito básico para que la libertad tenga garantía penológica

Es indispensable que la "capacidad de autodeterminación", tomada en el sentido físico de libertad de movimiento, exista realmente en la persona y que ella la sienta, ya que sólo de esa manera se hace ostensible la pugna entre el acto de aprehensión ejecutado y la voluntad de quien lo sufre. La libertad es un me-

dio y un fin: es el presupuesto necesario para el ejercicio de todo derecho, y un bien jurídico en sí. Por eso, como cualquier otra cosa jurídica, es susceptible de defensa, según el numeral 2º del artículo 25. Sin la conciencia del bien poseído, y en este caso, sin el disfrute del derecho de la propia determinación, se escapa el requisito básico exigido por la ley para configurar las infracciones del Título XI.

Los autores están de acuerdo en afirmar que no hay delito de secuestro si alguien encierra a un sujeto que está dormido y vuelve a abrir la habitación antes de que despierte, pues el durmiente no se ha enterado de las limitaciones a su libertad, y, por eso mismo, no ha podido manifestar su oposición a ellas. Análogamente, no es posible privar de libertad al niño de pocos años, que desconoce el valor de dicho bien porque no está en capacidad de ejercerlo.

Tan racional es esta exigencia que los expositores uniformemente sostienen que si al secuestrado le queda alguna posibilidad de evadirse, sin correr grave riesgo, la acción punible del secuestrador se desintegra. Empero, si la salida se hace invadiendo habitación ajena, o por una ventana o balcón, o escalando peligrosamente un muro; o si se produce en circunstancias perjudiciales para el pudor o la dignidad, por ejemplo, en estado de desnudez, la infracción se modela plenamente.

La primera condición para aplicar la ley penal es, pues, en éste, como en todos los casos, la existencia del bien que la norma tutela. Del mismo modo que el homicidio se comete en la persona viva y no en el feto o en el cadáver; que la propiedad vulnerable por el agente delictivo debe preexistir al acto de éste; que la violencia carnal requiere el sometimiento de una víctima; que el rapto necesita un derecho previo paterno o marital, etc., el secuestro exige el uso anterior de libertad por una persona y que, consecuentemente, ésta sea capaz de determinarse, capaz de querer en sentido contrario al que se le impone.

Faltando la capacidad, falta el derecho mismo, y si no existe bien jurídico susceptible de defensa penal, no es posible realizar la infracción.

El artículo 294 impone las mismas consideraciones: este precepto habla de la **privación de la libertad**, determinada por estímulos distintos de los descritos en el artículo 293, o por ningún fin especial. Para que ocurra privación de una cosa es necesario

que esa cosa exista y sea poseída por alguien. **Privar** es tanto como hacer un despojo; y privación es acción de despojar, impedir o privar, según la acepción técnica, lo que impone —repetimos— la previa capacidad del sujeto para ejercer el derecho.

3. Formas delictivas de privación de la libertad individual

El despojo del derecho de moverse o trasladarse puede consumarse por los particulares o por un funcionario público, con abuso de sus funciones. El primer caso es el que prevén los citados artículos 293 y 294. El segundo está definido en los artículos 295 y siguientes.

Ahora bien: la privación de libertad en que aparezca como agente quien carece de funciones oficiales, presenta, a su vez, doble aspecto:

a) Cuando el fin que se persigue es el de obtener rescate o cualquier provecho. Este es el delito conocido con el nombre de **plagio**, una de cuyas modalidades es la que con el nombre de **secuestro** configura el artículo 293 de la ley colombiana;

b) Cuando no concurre ninguna finalidad de lucro ni de provecho en otro sentido, pero sí el conocimiento de la arbitrariedad que se comete. Es el secuestro simple previsto en el artículo 294.

Examinaremos en seguida el artículo 293, cuyo texto dice:

“Al que secuestre a una persona con el propósito de conseguir para sí o para otro un provecho o utilidad ilícitos, se le impondrá presidio de uno a siete años”.

4. El plagio o secuestro propiamente dicho

“Plagio” es palabra latina, de origen griego, y se la tomó primitivamente como equivalente de lo que es **oblicuo** o **atravesado**. Voltaire asegura que la etimología viene de la palabra latina **plaga**, que significaba condenar a la pena de azotes a los que habían vendido hombres libres como si fueran esclavos. Cuando se introdujo en la terminología jurídica se quiso significar con ella la acción de reducir a un hombre libre a la condición de esclavo, y contemporáneamente, la privación de la libertad de una persona, en busca de un provecho cualquiera. El mundo antiguo

defendía así al ciudadano, pues el plagiado perdía su libertad y estado civil.

En los últimos siglos se ha llamado **plagio** a muchas acciones equivalentes, en el fondo de las cuales hay un ataque a la soberanía individual. Carrara definió el delito como “la abducción violenta o fraudulenta de un hombre para lucrar con él o con el fin de venganza”.

El mismo autor distinguió tres clases de plagio:

El **político**, consistente en enrolar al súbdito de una nación en el servicio militar de otra.

El **civil**, que consiste simplemente en privar a un hombre de su libertad.

El **literario**, que consiste en aprovecharse de las producciones de la inteligencia ajena.

Al derecho penal interesan las dos últimas clases. La segunda, como objeto de delitos contra la libertad. La tercera, como objeto de delitos contra la propiedad.

5. Elementos del plagio o secuestro propio

Son elementos constitutivos del delito de plagio o secuestro propio, según el artículo 293, los que pasamos a analizar someramente.

PRIMER ELEMENTO:

Una actividad física en el agente para privar a otro de su libertad. El precepto hace consistir la acción en el hecho de secuestrar, y secuestrar es privar a una persona de su libertad, entendida como la física capacidad de moverse según su gusto de un lugar a otro. En reemplazo de la expresión “al que secuestre”, pudo emplear el artículo 293 la que incorporó en el 294 y decir: “Al que prive a otro de su libertad”, sin que variara la significación jurídica y gramatical del concepto.

La objetividad del delito de secuestro es, por consiguiente, la privación de la libertad, el arrebato más o menos estable de este derecho, sin que interese la forma ejecutiva: sujeción física (con mordaza, esposas, grillos, etc.). Importa el resultado: que la persona pierda físicamente la capacidad para dirigirse de acuerdo con su voluntad. La mera disminución de esa capacidad, por presión moral, no configura el secuestro sino un delito contra la autonomía individual (artículo 298 y ss.).

Dicho resultado es punible, bien porque el paciente haya sido llevado a un lugar donde no pensaba o no quería ir; o porque haya sido obligado a quedarse; o porque le haya sido trazado un círculo fuera del cual no puede moverse, aunque dentro de él si lo pueda hacer, siempre que ese espacio ofrezca límites precisos (por ejemplo, el encerramiento en un edificio, un campamento, una calle, etc.); o porque haya sido arrebatado en un vehículo, etc.

SEGUNDO ELEMENTO:

Una actividad psíquica orientada hacia la obtención de un provecho para sí o para otro. Este es el elemento moral, que configura el dolo específico (el dolo genérico es el simple ánimo de privar a una persona de su libertad); dolo específico que radica no en el provecho realmente obtenido, sino en el mero propósito de obtenerlo.

La ley emplea los términos “provecho” y “utilidad”, que parecen representar la misma idea, pero entre los cuales se patentizan distinciones a juicio de los sinonimistas y aún en el contenido que les da la Academia de la Lengua.

La idea genérica de **utilidad**, dice Barcia, envuelve todo un sistema, en cuanto se presta para satisfacer todas las necesidades con que ha nacido la persona, y de allí el que tome nombres muy variados; cuando es derivada del cambio mercantil, la utilidad se llama **ganancia**; cuando representa el progreso (en ingenio, cortesía, educación, amor, fuerza, etc.), es una **ventaja**; cuando se adquiere un goce moral de buen origen, existe un **provecho**; cuando tuerce hacia la usura, el egoísmo, la crueldad o cualquier otro sentimiento análogo, resulta el **lucro**.

Comúnmente, los hombres buscan la utilidad en cualquier sentido: como ganancia, ventaja, provecho o lucro. Ninguna de estas inclinaciones es ilícita por sí sola. Se requiere que la ley señale su aplicación como especialmente prohibida. Por ejemplo, si se pretende obtener una ganancia con interés excesivo, se comete el delito de usura (artículo 416); si se pretende obtener ventajas en el campo deportivo hiriendo al contendor, se incurre en delito de lesiones; si se priva de la libertad a alguien para lucrar, existe el plagio o secuestro en su forma clásica.

El **provecho** es, según lo anteriormente expuesto, una utilidad o rendimiento de orden moral, no reducible a valores patrimoniales ni cifras económicas ni estadísticas. Dentro de este

concepto sería secuestro —lo es en realidad— la aprehensión que una mujer hiciera de su amante o novio ideal, tratando de tenerlo consigo, aunque no realizara ninguna suerte de actos eróticos. La satisfacción por ese medio del amor platónico sería elemento moral constitutivo de delito.

Debemos aclarar que no fue este el efecto propuesto por los redactores del código. Quisieron ellos que el artículo 293 sancionara el secuestro propio, esto es, la privación de la libertad individual determinada por el ánimo de lucro; y que el artículo 294 se enfrentara a circunstancias distintas en que no concurriera el mismo propósito. Pero la redacción del texto traicionó esa idea, ya que el concepto de utilidad y específicamente el de provecho, incluido en el artículo 293, tienen una gran amplitud que la doctrina explica y acepta como acabamos de verlo.

Confirma esta interpretación la proposición de los redactores de incluir el plagio o secuestro con rescate entre los delitos contra la propiedad (Título XVI), y el secuestro simple (privación de la libertad sin ánimo de lucro), entre los delitos del Título XI, siguiendo prácticas legislativas universales. Pero después, según explicó el ponente Parmenio Cárdenas, “resolvió pasarlo a esta clase de delitos contra los derechos individuales, pues aunque no se lesione la propiedad, el solo hecho del secuestro constituye un atentado contra los derechos individuales, y debe ser reprimido severamente”. Se admitió, pues, que el secuestro podía ofender la propiedad cuando el secuestrador exigía rescate; pero también se admitió otra clase de provechos. Toma así mayor énfasis la tesis de que el artículo 293 sanciona toda utilidad y todo provecho que traten de obtenerse por el medio indicado, es decir, privando a otro de su libertad.

El artículo proyectado decía: “El que secuestre a una persona con el propósito de conseguir para sí o para otro un provecho o utilidad **como precio de la liberación**, se le impondrá de uno a siete años de presidio, aunque no logre su intento”. La frase subrayada “como precio de la liberación”, quedó suprimida, eliminándose con ella el contenido exclusivamente económico de la palabra **precio**. De modo que, repetimos, el provecho y la utilidad pueden ser patrimoniales o de cualquiera otra índole.

De otra parte, la extensión del concepto de **utilidad** no deriva solamente de cuanto hemos expuesto, sino de las orientaciones generales propias de nuestra ley punitiva. Así, cuando el artículo 194 señala al que soborne testigos, peritos o intérpretes con dinero “o

cualquiera otra utilidad”, comprende tanto el interés monetario que se moviliza para lograr el fin, como toda otra forma de interés: moral, jurídico, social, religioso, académico, etc.; cuando los artículos 156 y 157 autorizan la sanción para el empleado público concusionario, lo hacen teniendo en cuenta no sólo la parte del patrimonio ajeno que aspiren a recibir, sino cualquier provecho o utilidad. Igualmente, el artículo 406 erige como elemento de la extorsión “el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito”, y el artículo 408 responsabiliza como estafador al que persiga análogo aprovechamiento.

Si se limitara caprichosamente el alcance del provecho no sería secuestro el hecho de enclaustrar a una persona para contemplarla o admirarle de cerca; ni estafa la toma engañosa de una posición o distinción, a costa del patrimonio ajeno; ni soborno la oferta de honores a un testigo falso, ni la entrega carnal de una mujer que pretendiera por ese medio obtener del perito una exposición judicial contraria a la verdad, etc., ya que en las situaciones mencionadas no persigue el agente un rendimiento económico ni para sí ni para otros.

TERCER ELEMENTO:

La utilidad o el provecho obtenidos ilícitamente. Ilícito es todo lo que se opone a las normas éticas más o menos extendidas de convivencia y solidaridad, y es también lo que contraría una norma legal. Por eso existe el ilícito moral y el ilícito jurídico. Cuando éste viola una garantía básica para la seguridad individual y colectiva, constituye el ilícito criminoso.

Provecho ilícito es el que se obtiene violando una regla de derecho privado, por ejemplo, sobre custodia de los hijos, sobre patria potestad; o una medida administrativa, por ejemplo, sobre incompatibilidades para contratar con el Estado o para ejercer ciertos cargos; o una prohibición sancionada con pena, como en el robo; o defraudando una renta pública, como en el contrabando.

Puede haber casos de antagonismo entre el ilícito moral y el ilícito civil, administrativo o penal. Verbigracia: el que toma lo ajeno para regalar a los pobres, viola la ley, ejecuta un hecho ilícito penalmente, pero su acto tiene resonancia ética; el que incumple un contrato para salvar a un enfermo que necesitaba del dinero proveniente del mismo, ha desconocido una obligación jurídica en respuesta a nobles solicitudes humanas.

RESPUESTA AL CUESTIONARIO

De acuerdo con esta discriminación de elementos delictivos podemos enjuiciar la situación planteada diciendo que, aunque las circunstancias materiales y psíquicas tipifican la infracción del artículo 293 o del 294, falta en ella nada menos que su fundamento normativo —constitucional y legal—, esto es, la razón misma de la ilicitud: el bien jurídico objeto de tutela.

Para que se vea bien clara la anterior conclusión es conveniente confrontarla en cada uno de sus puntos. Nos referimos, pues, a los siguientes:

- 1º Los actos ejecutados persiguieron un provecho;
- 2º Ese provecho es ilícito; y
- 3º No existe el precedente necesario del delito de secuestro.

Punto 1º—Los actos ejecutados persiguieron un provecho

Es indudable que doña Mariana Estévez de Fernández no sólo enderezó su conducta hacia el logro de un provecho, sino que realmente lo obtuvo y que disfrutará de él mientras el menor permanezca a su lado. En casos como éste es improcedente decir que concurre ánimo de lucro, pues la madre no se beneficia económicamente con el acto cumplido. Al contrario, es obvio pensar que los cuidados y educación del hijo, y hasta las alternativas que ha sufrido desde que consumó la sustracción, disminuyan su patrimonio. Pero, al colmar un anhelo, poniendo término a una natural angustia por la forzada distancia a que había sido colocada de su hijo, obtuvo una satisfacción afectiva. Esta realidad de su anhelo lograda por ella misma, aunque correcta moralmente, constituye jurídicamente el **provecho** criminoso de que se ha hablado antes.

Punto 2º—El provecho obtenido es ilícito

Resulta igualmente indudable que este provecho es ilícito desde el ángulo legal, si bien el obligado respecto hacia la función materna no configuren la ilicitud moral. En efecto, la conciencia humana se rebela contra la idea de que una madre eje-

cute un acto indebido arrebatando a su hijo o sustrayéndolo al poder del guardador, y aún en el caso de ser este el propio padre. Pero la norma jurídica, menos sensible a las oscilaciones de los sentimientos, toda vez que ella es garantía del orden social y político preestablecido, se pronuncia en sentido inverso. Lo deseable es la concordancia entre las dos corrientes que ayudan a la normalidad de las relaciones humanas y que conjuntamente brinden soluciones racionales. Pero no siempre ocurre así. Y cuando se presenta la contradicción entre moral y derecho, el jurista está obligado a resolverse en favor del segundo.

La acción acusada desconoció un mandamiento jurisdiccional que, si no es infalible, al menos entraña, como todos los de su clase, una presunción de certeza que le comunica vigor para mantenerse contra todo procedimiento no indicado en la ley. De modo especial en las circunstancias en que se conducía, la madre estaba inhibida para hacerse justicia por sí misma, ya que la Ley 83 de 1946, en cuyo nombre se le quitó la guarda del niño, contiene también en el artículo 65 el derecho de la parte vencida para “rehabilitarse en cualquier tiempo”. El fallo del Juez de menores tiene apenas un valor relativo y temporal, pues cuando la ley admite el derecho de demostrar realidades diferentes de las admitidas en él, por la persona a quien dicha decisión perjudica, no opera la autoridad de la cosa juzgada.

Se entiende que sea así porque la jurisdicción establecida por la Ley 83 de 1946 no se dirige contra el padre, si contra la madre, ni contra ninguna clase de guardadores, sino que pretende esclarecer cuál es el ambiente más favorable para la asistencia moral y material del menor. La apreciación sobre adulterio que haga en estas condiciones el Juez, no vale como tal, sino a manera de referencia o índice de la conducta materna en cuanto su continuidad pueda situar en peligro la cultura de sus hijos y el buen sentido con que deben valorar la vida.

Punto 3º—No existe el precedente necesario del delito de secuestro

Lo dicho es cierto en lo tocante a los dos elementos enunciados, pero no en lo que se relaciona con el presupuesto básico del delito, esto es, la existencia del bien jurídico sobre que debe recaer la actividad psico-física del agente. El niño Julio José Fernández, de cuatro años y medio de edad, no es sujeto en quien

se pueda cometer el delito de privación de la libertad, simplemente porque no tiene libertad. La carencia de ese bien, debido a la inmadurez que le impide disfrutarlo y aún conocerlo, induce a la ley a conferir la dirección del menor a otros; y así, su persona misma, sus bienes, y en general todos los intereses jurídicos que le corresponden, están a cargo de representantes plenamente capaces que obran por él. Sin la intervención de estos representantes pierden valor las decisiones adoptadas.

Aunque antes hemos dado ejemplos sobre la necesidad de que el bien jurídico preexista al ataque de que es objeto, podemos ilustrar la materia con otros: la acusación por delitos contra la integridad moral tiene que ser desechada si el sujeto contra quien se dirigió la injuria carece de honor o de buena reputación; el bien jurídico es el patrimonio moral de cada uno; pero si ese patrimonio no existe? ¿O si se ha malbaratado en fechorías y malandanzas? La ley protege el bien que se posee realmente, y no el que se aspira a poseer en el futuro.

De igual manera, tampoco procede la imputabilidad contra alguien por haber corrompido a un menor (Art. 325) que ya estaba corrompido; ni puede condenarse por lesión si antes la víctima no gozaba de integridad corporal; ni puede hablarse de la comisión de un delito político por un gobierno que apenas aspira a constituirse, por un presidente que todavía no se ha posesionado del cargo; ni vale acusar por el incendio de un edificio que sólo figuraba en los planos del ingeniero. El mecanismo de la tutela funciona frente a alguien o a algo. Jamás frente a la nada o a la mera posibilidad.

Sería erróneo sostener que con el secuestro se ha violado la libertad del padre para tener al hijo a su arbitrio, porque ese delito, como todos los del Título XI, viola una garantía estrictamente individual, y no la de una colectividad (como los del Título VIII), ni la de una institución, como la familia (Título XIV). En este caso no se han violado, como decía Carrara, derechos inherentes a la persona sustraída, sino derechos inherentes a otras personas relacionadas con aquella (**Programa...** N° 1976).

En otros términos: se ha inferido agravio a derechos familiares, pero no se ha producido un ataque criminoso o la libertad del niño. No es jurídico, pues, invocar como infringidos los artículos 293 y 294, ni siquiera en el grado de tentativa.

UN VACIO DE LA LEY PENAL COLOMBIANA

Esta respuesta debe hacer constar también un grave vacío de la ley penal colombiana. Precisamente para que casos como el que ha sido objeto de la presente consulta no se queden sin represión, todos los códigos extranjeros contienen disposiciones especiales, bien bajo el título de los delitos contra la familia, bien bajo el título de los delitos contra la libertad. Pero en ninguno se revela la omisión que ostenta el estatuto nuestro. Citaremos dos ejemplos para explicarnos mejor.

El código italiano sanciona como “delito contra la asistencia familiar”, el rapto de incapaces, así:

“**Artículo 574.**—(Sustracción de personas incapaces). El que sustraiga un menor que no haya cumplido catorce años, o un enfermo mental, al padre que ejerza la patria potestad, o a su tutor o a su curador, o a quien tenga su vigilancia o custodia, o lo retenga contra la voluntad de los mismos, se aplicará...”

El artículo 146 del código argentino está dentro del tema: “delitos contra la libertad individual” y define así el rapto del infante:

“Será reprimido con reclusión y prisión de tres a diez años, el que sustrajere a un menor del poder de sus padres, tutor, o persona encargada de él, y al que lo retuviere u ocultare”.

Análogo precepto figura en todas las legislaciones penales, ya que en otra forma son inapelables las figuras que tutelan la libertad para reprimir la sustracción de menores. Algunos limitan hasta los doce años la protección. Otros, la amplían. Otros, la admiten durante el periodo en que dura la incapacidad civil. Pero todos entienden que el secuestro de un niño o de un menor de las edades indicadas como límite, no ataca la libertad de dicho menor, sino otro bien jurídico, que por lo mismo requiere tutela especial.

Sin ir más lejos, el artículo 690 del Código Penal de 1890, sustituido por el que hoy rige en Colombia, contemplaba la situación en los siguientes términos:

“El que arrebate algún menor de edad que se halle bajo la patria potestad, o bajo la del tutor o curador, o al cuidado o bajo

la dirección de otra persona, sufrirá la pena de presidio por dos a cuatro años”.

Y el artículo 691 de la misma obra incluía esta agravante:

“Si el menor arrebatado no hubiere cumplido doce años, se impondrá al raptor la quinta parte más de las penas señaladas en el artículo anterior”.

Como se vé, no indicaba la ley derogada ningún elemento psíquico específico, bastando sólo para la responsabilidad la simple ruptura de los vínculos que ataban al menor. Tales preceptos eran por cierto bien distintos de los que tutelaban la autonomía individual, comprendidos en los artículos 676 y siguientes.

VI

¿QUE MEDIDAS PUEDEN APLICARSE?

No existiendo delito de secuestro, ¿qué otra infracción puede configurarse? En nuestro concepto, ninguna. Simplemente, el hecho realizado no está descrito en ninguna parte de nuestro Código Penal.

Sin haber delito, mal puede seguirse la investigación. Y no siguiéndose, la autora de la sustracción, que permanece fuera del país, no regresará a Colombia por ministerio de la ley, sino cuando ella lo tenga a bien. Es, pues, improcedente la extradición, única manera de hacer intervenir eficazmente a los organismos administrativos nacionales.

Inclusive es muy discutible si el Juez de menores tiene autoridad para aplicar el artículo 309 del Código de Régimen Político y Municipal, que lo faculta para imponer multas pequeñas y arrestos breves a quienes le desobedezcan. En fin, esta es la única disposición legal que figura en todo el sistema colombiano y que pudiera aplicarse al caso. Trátase de meras sanciones disciplinarias, sin consecuencia penal de ninguna clase, y sin otra trascendencia administrativa que la de impedir la expedición de certificados de paz y salvo hasta que la multa se pague.

VALOR PROBATORIO DE LOS LIBROS DE COMERCIO (*)

POR HUMBERTO GONZALEZ NARVAEZ

1.—Efecto de la contabilidad regularmente llevada es la fe que le reconoce nuestro Derecho Positivo. Esa fuerza probatoria de los libros manifiéstase a favor o en contra de su dueño. Sabios procesalistas suelen indicar que dichos libros son documentos privados, mas que constituyen prueba *sui generis*, cuyo valor equidista del que tienen los públicos y aquéllos, pues si anda lejos del asignado a los primeros, es mayor que el de los últimos: los asientos brindan garantía de autenticidad superior a la dispensada por los demás papeles particulares.

2.—Atribuirles especial confianza a los cuadernos y, por tanto, más eficacia probatoria que a los restantes documentos privados es tema de discusión nada reciente ni superficial. Sin arribar al lirismo de Baldo, quien lo califica de “sumo bien, quinto elemento” (1), el comercio es conocido por doquiera como actividad indispensable para la humanidad. No fue entonces difícil separarse —a la postre siempre priva el público interés— del principio riguroso en virtud del cual nadie puede crear prueba escrita en su favor (*scriptura non probat pro scribente*). Se quiso insuflar hálito vital a los cambios: Lo vertiginoso de su celebración, la simplicidad de formas y la confianza que gobiérnalos adscriben cuasi sello de autenticidad a los apuntes. De otra parte,

* Capítulo VIII de la tesis “De los Libros de Comercio”, laureada por los catedráticos examinadores, con que el 3 de diciembre de 1956 optó al título de Doctor en Jurisprudencia en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario el señor Colegial Mayor Humberto González Narváez. El Departamento del Valle del Cauca editó dicha obra en enero de 1958.

(1) “*Summum bonum quintunque elementum*”—C/fr. Bolaffio, “Derecho Comercial”, vol. III, pág. 403.