

333
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL INCESTO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
JORGE CESAR GUTIERREZ LOPEZ



MEXICO, D. FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE EXAMENES PROFESIONALES 1987



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE

| | |
|--------------------|-----------|
| INTRODUCCION ----- | Pág. 1 |
|--------------------|-----------|

CAPITULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTORICOS

| | |
|-------------------------------|----|
| A) Generalidades ----- | 1 |
| B) En la Antigüedad: ----- | |
| 1) Principales civilizaciones | |
| 2) Grecia | |
| 3) Roma | |
| C) Edad Media ----- | 17 |
| D) Derecho Penal Azteca ----- | 18 |

CAPITULO SEGUNDO.

GENERALIDADES SOBRE EL INCESTO

| | |
|--------------------------------------|----|
| A) Aspectos Sociales ----- | 22 |
| B) Aspectos Psicológicos ----- | 33 |
| C) El incesto en la literatura ----- | 52 |

CAPITULO TERCERO.

ASPECTOS LEGALES DEL INCESTO

| | |
|---|----|
| A) Concepto ----- | 60 |
| B) Códigos Penales de 1871, 1929, 1931 ----- | 61 |
| C) Códigos Penales de los Estados ----- | 62 |
| 1) Códigos con la misma terminología que el Distrito Federal | |
| 2) Códigos con ligeras variantes | |
| 3) Códigos con diferente terminología | |
| 4) Códigos que no incluyen al incesto como delito | |
| D) Repercusiones Civiles del Incesto ----- | 65 |
| E) Jurisprudencia sobre el incesto ----- | 67 |

CAPITULO CUARTO

ESTUDIO ANALITICO DEL INCESTO

| | |
|---|----|
| A) Breves consideraciones | 75 |
| B) Análisis de los elementos del delito en estudio, así como de sus aspectos negativos | 76 |
| 1) Conducta | |
| 2) Tipicidad | |
| 3) Antijuricidad | |
| 4) Imputabilidad | |
| 5) Culpabilidad | |
| 6) Punibilidad | |

CAPITULO QUINTO

FORMAS DE CONSUMACION, PARTICIPACION Y CONCURSO

| | |
|---|-----|
| A) Breve referencia del Iter-Criminis | 166 |
| B) Tentativa y Consumación | 166 |
| C) Participación | 171 |
| D) Concurso | 174 |
| CONCLUSIONES | 185 |
| BIBLIOGRAFIA | 196 |

C A P I T U L O PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

- A. Generalidades
- B. En la Antigüedad
 - 1. Principales civilizaciones (Egipto, Persia, etc.)
 - 2. Grecia
 - 3. Roma
- C. Edad Media
- D. Derecho Penal Azteca

C A P I T U L O PRIMERO
ANTECEDENTES HISTORICOS

SUMARIO:

A. Generalidades. B. En la Antigüedad: 1. Principales civilizaciones. (Egipto, Persia, etc.). 2. Grecia. 3. Roma. C. Edad Media. D. Derecho Penal Azteca.

A. Es incuestionable que las sociedades deben su existencia a la organización y ajuste recíproco de la conducta y actitudes de los individuos que las componen. Pero hablar de la interacción social reviste inusitada complejidad en virtud de que son sumamente variables los factores que entran en consideración para poder determinar y explicar las relaciones entre los integrantes de una colectividad dada. Y se suscita -- aún mayor complejidad cuando nos encontramos con una conducta que la sociedad ha desvalorado y, por ello, sancionado como un comportamiento que viola el status normal del grupo social y, en consecuencia, quién realiza esa conducta desvalorada se convierte en un infractor de las normas de convivencia y debe ser castigado a efecto de evitar el posible rompimiento del equilibrio social. Tal es el caso de quién realiza una acción u omisión sancionada como delito por el derecho objetivo.

También es incuestionable que toda sociedad esta demarcada no puede salir de las fronteras que le imponen el tiempo y el espacio. Dentro de esos límites espacio-temporales se han - generado - y se siguen generando - características sui géneris - que diferencian a una sociedad de otra, aunque sin duda alguna siempre encontramos, por tratarse de la especie humana una --

gama intensa de semejanzas y paralelismos. Así mismo, podemos afirmar que el presente, el momento histórico que vivimos es resultante del pasado de los pueblos, de las diversas actitudes que el hombre pretérito asumió frente a los más grandes problemas de la relación humana a los que hizo frente y, a su manera, resolvió. Desde este punto de vista -quizá un cuanto pesimista - podemos afirmar que mientras el hombre, con toda su experiencia pasada a costas, ha logrado, en el campo de la ciencia y la tecnología, grandes triunfos que lo han llevado a posar su planta en el satélite de nuestro planeta, no ha sido capaz, sin embargo, de elevarse por encima de sus más -- primitivos instintos y sigue, aunque vestido de finos casimires, siendo un hombre sujeto a todos los lineamientos de la fuerza salvaje. Basta únicamente como ejemplo de lo aseverado parangonar al hombre de las cavernas que agredía a bestias y semejantes y las invaciones en diferentes puntos de nuestro planeta perpetradas por poderosas naciones al mando de hombres modernos y se colegirá que no hay gran diferencia en la actitud aunque sí en la justificación de la conducta, ya que el -- hombre primitivo actuaba en esa forma a fin de conservar su -- propia existencia.

Sin embargo, continuando estas breves divagaciones, se manifiesta, como antes se aseveró, que las sociedades engendran peculiares características que, en el devenir del tiempo

evolucionan y se afirman o desaparecen, por ello, instituciones que en un momento determinado tienen vigencia, en un momento -- distinto se desvanecen a veces dejando huellas indelebiles, y otras, olvidándose completamente, en razón de su importancia o - su inocuidad. Pero no se trata de convertirse en absoletos anti cuarios ocupados en encontrar cadáveres sino, por el contrario, ser explotadores del pasado en razón del hábito viviente que ci menta todo conocimiento. El pasado es, por definición un dato - que ya nada podrá modificar. Pero el conocimiento del pasado es algo que está en constante desarrollo y siempre nos muestra matices antes inexplicados que nos llevan a una mejor comprensión del presente, presente que ha de ser, sin discusión, pilar de - la sociedad futura en la que -ahora seamos optimistas - las relaciones humanas tendrán como fundamento inquebrantable a la -- justicia y la libertad y, como consecuencia (o causa) la plenitud de la divinidad humana.

Luego, entonces, es menester sumergirnos en el contradicto rio plélago de la Historia para explicarnos algunos anteceden-- tes de la condición humana que han hecho manar, como actos il-- citos, algunas conductas enmarcadas semánticamente en el concep to delito.

Dentro de la diversidad de motivaciones que el hombre, co- mo ente social, tiene para actuar en la colectividad es casi im

posible establecer determinaciones conclusivas de validéz absoluta, pues no hay que olvidar ni se puede soslayar la intrincada maraña de causaciones que la propia entidad social impone a cada uno de sus miembros.

Es evidente que los cánones y normas de conducta imperantes varían de una sociedad a otra, de acuerdo al tiempo y al espacio en que se desarrolle cada sociedad con todas sus consecuencias de carácter sociológico, pues no ha existido -ni existe- unificación de criterio, por obvias razones, para determinar --cuales son las perfectas formas de actuación en la vida de relación, y el establecimiento a que estas normas obedece, necesariamente, a un gran número de factores variables en el tiempo y en el espacio, es decir, lo que era válido en una sociedad nómada no puede serlo en una sedentaria; ni son las mismas características, por ejemplo, en una colectividad mono cultivadora que en la altamente industrializada; la sociedad que posea una forma de gobierno democrático basado en la justicia económica no puede tener identidad en sus matices de conducta, con una sociedad cuya organización política se base en la dictadura y en la explotación económica de sus miembros; una colectividad autosuficiente económicamente no tendrá las mismas restricciones ni los mismos imperativos que una colectividad sujeta a un colonialismo económico, que vale tanto como decir político y cultural;

de donde se deduce, con claridad meridiana, que cada sociedad, de acuerdo con su propio desarrollo y evolución de sus peculiaridades sociales, va estableciendo lo que debe permitirse y lo que debe prohibirse, haciéndose notar la constante y alarmante reducción de la libertad humana, que en la actualidad va haciéndose cada vez más evidente a través de las formas más agudas de represión que llevan a cabo las sociedades industrializadas convirtiendo así al hombre -único ser capaz de realizar valores - en simple objeto manipularlo en favor de los intereses - utilitaristas de élites selectas en lo económico y en lo político.

Con lo expuesto anteriormente ya podemos llevar nuestro pensamiento a la problemática del tema a desarrollar que es -- tratar de buscar el delito del incesto.

Hablar del incesto entraña graves interrogantes que deben plantearse en un clima humano.

Por la naturaleza misma de esta exposición no se discernirá lo que debe entenderse por delito, baste con decir que es - lo jurídicamente prohibido y ordenado bajo la amenaza de una - pena y se concretará solamente al concepto demarcado en la palabra incesto. Gramaticalmente significa contacto carnal entre parientes dentro de los grados en que está prohibido el matrimonio. Relacionado con el Derecho Penal, relaciones sexuales -

entre ascendientes y descendientes o entre hermanos. Dichas actividades sexuales, independientemente de sus motivaciones, aparecen como una conducta abominable, antinatural e ilícita, pero ¿Siempre ha sido así? La respuesta es plenamente negativa y engendra otras interrogantes: ¿En qué momento y por qué causas -- esa clase de relaciones fué considerada como una conducta socialmente condenable?.

Remontándonos a los principios de la Humanidad, podremos observar que en esa época se practicaba el Heterismo o sea un estado de promiscuidad total, y sobre todo sexual entre parejas de ambos sexos, que desconocían totalmente los vínculos de sangre, éticos y morales, como hoy se conocen.

En esa época se desconocía el patriarcado y el matriarcado ya que se creía que los hijos eran provocados por causas externas, y en consecuencia eran hijos de todos.

Posteriormente la horda se convierte en clan y es aquí donde aparece el matriarcado, y es donde surgen los tabúes de la mujer. Estos originan la Exogamia que consistía en buscar mujer fuera de su clan, y a partir de esto es cuando el hombre se roba o compra a la mujer en otros clanes, por este motivo empieza a perder fuerza el matriarcado y surge el patriarcado.

En esta era se manifiesta la libertad sexual, sustituyendo a la periodicidad sexual practicada por las hordas, y es aquí donde se inicia la primera figura delictiva; la violación, y es cuando -

el hombre agredía genésicamente a la mujer.

Cuando el hombre se vió obligado a buscar a una mujer fuera de su clan en virtud de la regla de la exogamia y no lo hacía así o quebrantaba esta regla, dió lugar a que naciera la segunda figura delictiva sexual; el incesto.

Por lo tanto el delito de incesto surge en el clan totémico, cuando se unían un hombre y una mujer del mismo clan.

Aquí se debe hacer notar que, obedeciendo a leyes naturales, toda especie animal tiende a conservarse y a reproducirse en forma instintiva, la vida tiene una tendencia irresistible a conservarse ya que de no ser así hace mucho tiempo se hubiera extinguido. La ley de la conservación de la vida, podríamos decir, se encuentra inserta en el propio organismo de todo ser viviente y se manifiesta en diversas formas que nos hacen comprender la innata tendencia de los mismos a conservar su existencia. Todo organismo viviente, a efecto de conservar esa calidad, se ve obligado a modificar su propia estructura de acuerdo con las agresiones que resiste al medio exterior, adaptándose, sin otra alternativa que la muerte, a los cambios que el medio físico le va imponiendo y del que, obligado, va extrayendo los elementos que le son necesarios para satisfacer sus necesidades primarias: hambre y sed.

"Hay en todos los animales -expresa ALEXIS CARREL- una segunda tendencia fundamental y no menos imperiosa que la de con-

servar la vida.

Es la tendencia a propagar la raza. Los seres humanos son irresistiblemente impulsados a reproducirse. Entre los animales sólo el hombre puede poner el obstáculo de su voluntad al desencadenamiento del apetito sexual. En todas las épocas ha sido ascetas. Pero los ascetas nunca fueron numerosos; porque el apetito sexual es, después de la sed y del hambre, el más exigente de los apetitos". El impulso genésico que tiende a la reproducción determina toda una gama de relaciones de carácter sexual. (1)

Para el Maestro ANTONIO CASO, los primeros hombres -- que vivían en común la regla universal debe haber sido la endogamia y el incesto. Sin embargo, esos grupos humanos fueron el antecedente más remoto de la formación de la familia. (2)

En cambio para BACHOFEN, el incesto no debe de tomarse como tal en la era primitiva ya que su práctica era la norma general del grupo. (3)

En las organizaciones de tipo religioso-familiar, el parentesco social y religioso suple al de consanguinidad que aparece posteriormente más evolucionado.

Para muchas civilizaciones resulta inadmisibile el incesto y consecuentemente en nuestro país. Pero históricamente no siempre fué así, ya que antiguamente en Egipto los faraones - tenían por costumbre casarse con sus hermanos y aún en la Bi-

blia encontraremos pasajes donde es aceptado el incesto, si no en forma expresa sí tácita, ya que para quienes aceptan que el origen del hombre fueron Adán y Eva, aceptamos que la tercera generación surgió de la unión entre hermanos o sea los hijos de Adán y Eva.

"Y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó varón y hembra los creó". "Y los bendijo Dios; y díjole - Dios: Fructificad y multiplicad, y henchid la tierra, y sojuzgadla, señoread en los peces de la mar, y en las aves de los cielos, y en todas las bestias que se mueven sobre la tierra".

(4)

Igualmente nos encontramos con el pasaje bíblico del Arca de Noé ya que únicamente hace referencia a Noé con sus tres hijos y sus respectivas esposas, por consecuencia la tercera generación fué producto de la unión entre hermanos o bien entre primos; siendo entre primos hermanos no serfa incesto de orden natural, ni tampoco de orden civil ya que serfa éste únicamente de orden canónico y aún esto es muy discutible, ya que es un impedimento dispensable.

B. Se afirma que en el período Fetichista de la humanidad -- que únicamente se tenía conciencia de la supervivencia, y de la procreación, el incesto era natural, ya que por ejemplo en Egipto los padres desfloraban a las hijas, y era usual la unión entre hermanos, de los casos más interesantes fué el de Cleopatra II que se casó primero con su hermano mayor, Ptolomeo VI

y después con el más joven, Ptolomeo VIII. Durante cierto tiempo los tres hermanos vivieron en absurda promiscuidad, gobernando juntos el reino. De que esas uniones entre hermanos no sólo eran políticas, sino también conyugales, son buena prueba los hijos que de ellas nacieron. Sin interrupción cada hecho sangriento engendra otro. Cleopatra II debía purgar sus ansias de mando, y de eso se encargó la hija que tuvo de su primer matrimonio, llamada Cleopatra III, una de las más destacadas personalidades de la trágica dinastía. Valiéndose de todas sus seducciones, suplantó a su madre en favor del Soberano, que, al propio tiempo, era su tío carnal.

En Persia la madre se amancebaba con los hijos, y en Perú los Incas se casaban entre hermanos. Cuando la evolución del hombre les dió conciencia de los sentimientos, el incesto dejó de ser natural y se convirtió en algo repulsivo y es la conciencia lo que hacía que sintieran horror por este acto.

Concluimos, entonces, que el hombre primitivo, antes de evaluar las significaciones de la familia y del parentesco, vivió un estado de promiscuidad sexual y, por ende, dentro de ese ambiente promiscuo en el que las relaciones sexuales eran practicadas, sin distinción, por el hombre con todas las mujeres y éstas con todos los hombres, no es posible ubicar, como conducta censurada o ilícita, a las relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes o entre hermanos, por lo que el vocablo incesto, -

en el tiempo a que nos referimos, carecía de contenido semántico condenable, por lo que las mencionadas relaciones aparecían como una forma natural de proveer la propagación de la especie humana.

2. En Grecia también fué conocido el incesto, ya que eran hermanos Zeus y Hera. Hasta la misma Penélope, la más fiel de las esposas, la presentaron como adúltera. Adonis fue cantado como el engendro de una hora de amor entre padre e hija. Hermafrodita, esa deidad que se componía de la ninfa Salmacis y su hermano porque según la leyenda, no queriendo separarse del hermano adolescente, fueron éste y ella convertidos en un solo ser, era la personificación de la época, sobre todo de las mujeres. Adonis, el amante de Afrodita, fué muerto en el bosque por un jabalí y amargamente llorado por la diosa. Cada año se le permitía que durante breve tiempo saliera del reino de las sombras y acudiera a su lado.*

3. La historia de la familia en Roma, se ve desde sus comienzos, como un sistema patriarcal en el que sólo es reconocido el parentesco por línea paterna; sistema llamado "agnaticio" y siendo la familia parte intrínseca del acontecer histórico de Roma, también evolucionó durante la Monarquía, la República y el Imperio.

En un principio, el territorio romano se encontraba dividido en cierto número de circunscripciones, pertenecientes, cada una a una sola familia, agrupándose entre sí, para formar los -

(*) Carl Grimberg. Historia Universal Daimon. Ediciones Daimon Manuel Tamayo, México, 1983, pag. 60

antiguos cantones o tribus rústicas, tomando el nombre de la familia, ejemplo: tribu claudiana. (5)

La familia, compuesta de todos los descendientes del mismo padre, tiene su base en la casa común, y a su vez es el origen del Estado, predominando rápidamente este último. (6)

En las primeras épocas en el seno familiar, la madre tenía autoridad en el interior de la casa, pero muy pronto se confirió a la potestad paterna, atribuciones absolutas, transformándose la subordinación de la familia en una verdadera servidumbre legal, de aquí que el papel del paterfamilias fuera el principal y de ahí también, que la madre ocupara un lugar completamente secundario.

La familia romana estaba compuesta del hombre libre, quién por la muerte de su padre se convertía en dueño de sus derechos; de su esposa, de sus hijos, de las esposas de éstos y de sus nietos, de sus hijas no casadas y de las hijas de sus hijos, con todos los bienes que cada uno poseía, amén de los esclavos. (7)

El paterfamilias fué la única persona en Roma, con capacidad de goce y de ejercicio, y como centro de la domus (casa) ejercía basto poder sobre todos y cada uno de los miembros, teniendo la patria potestad de hijos y nietos.

Así mismo, realizaba la función de juez y era el sacerdote de la religión familiar.

Para ser paterfamilias no era requisito el ser casado, bajo ese término se designaba a un hombre romano libre y sui iuris, -

independientemente de si estaba casado y de si tenia descendientes. (8)

Las relaciones del paterfamilias con los diversos miembros de la domus eran las siguientes:

Con los esclavos existía una relación casi similar a la que se tiene, respecto de la propiedad privada;

Con los libertos tenía una relación de Derecho Patronal.

El vínculo con la esposa y las nuéras era la de la manus; y

Con los hijos y los nietos ejercía las facultades de la patria potestad.

En la organización familiar es de suma importancia hablar de la unión monógama de una mujer y un varón como fundamento de la familia.

Es de todos conocido que la organización familiar, parte -- del vínculo establecido entre un hombre y una mujer, esta unión -- a través del tiempo fué reglamentada por la ley y la religión, -- recibiendo el nombre de "matrimonio".

En la sociedad primitiva romana, el interés político y religioso hacía necesaria la continuación de cada familia, dándoles -- por ésto gran importancia al matrimonio, cuyo fin primordial era la procreación de los hijos. (9)

Durante la época de Augusto se promulgó la Lex Pappia Poppaea, que abordaba el problema demográfico. Este emperador era enemigo de que los romanos no quisieran casarse o que ya casados no

tuviesen hijos, por lo que puso en vigor una política de premios y castigos. Del mismo modo prohibía a los célibes y cónyuges sin hijos, recibir herencias y legados de personas que no pertenecían a su inmediata familia, y también les obstaculizaba sus carreras políticas.

Los requisitos necesarios que debían reunir los contrayentes, para que la unión fuera considerada legítima eran cuatro:

a) Pubertad.- La edad en que el hombre y la mujer, tienen la facultad física para realizar el objeto principal del matrimonio; la procreación.

b) Consentimiento de los contrayentes.- La libre voluntad recíproca de las partes.

c) Consentimiento del paterfamilias.- Todo descendiente *Nosui iuris*, para casarse, tiene necesidad de la autorización del jefe de la familia, lo cual estaba fundado en el interés paterno y no en los beneficios de los desposados.

d) *Connubium*. - Aptitud legal para contraer *iusta nuptiae*, - que se refiere a ser ciudadano romano, con el tiempo sólo los esclavos y los bárbaros no tenían el *connubium*.

El matrimonio legítimo recibía en Roma el nombre de "*iustae nuptiae*" o "*justum matrimonium*", que no exigía ninguna formalidad ni la intervención de autoridad alguna, solamente era investido de pompas exteriores que la costumbre imponía, pero de hecho existían pruebas de su celebración, tales como el escrito -- que hacía constar la dote de la mujer, o el simple testimonio de las personas asistentes.

El delito de incesto aparece en Roma ya reglamentado en el Derecho Imperial. La Etimología Latina es Incestus que para algunos es igual que Non Castus, que significaba la Cintura de Venus, la cuál a las casadas cuando no había ningún impedimento para casarse; por eso el matrimonio contraído a pesar del impedimento era llamado Incestuoso, es decir sin cintura, como si se tuviera por indecoroso hacer intervenir a la Diosa del Amor en algo que va contra la naturaleza. La unión carnal entre los ascendientes y los descendientes podrá resultar repulsiva para el ser humano, pero no a la naturaleza en general, ya que ésta unión se da entre los animales como forma natural de procreación.

Como ya se ha indicado, la palabra es de origen latino, y en los orígenes del Derecho Romano, el incesto designaba "los atentados más graves a la castidad contra los preceptos de las normas religiosas, atentados para los cuáles no se admitía ninguna expiación y probablemente en esa época la pena fué la muerte.

Los romanos en sus orígenes comprendían en el incesto todas las relaciones entre consanguíneos, pero además el estupro de las vestales y la participación del hombre en actos religiosos exclusivo de las mujeres y la noción clásica de él se refiere a las relaciones sexuales de personas entre las cuales está prohibido el matrimonio por causas de parentesco.

Parentesco viene de parens, parentis, el padre o la madre el abuelo u otro ascendiente de quien se desciende.

Como señalamos al principio de este capítulo, Roma en sus comienzos vivió bajo un sistema patriarcal, en el que sólo era reconocido el parentesco civil, por línea paterna, llamado agnatio, distinguiéndolo del parentesco natural o cognatio.

El parentesco llamado agnatio era el fundado sobre la autoridad paterna y comprendía a los que estaban bajo la autoridad del mismo la manus, del jefe de familia, los que hayan estado bajo la autoridad del jefe y que lo estarían si aún viviese, los que nunca estuvieron bajo la autoridad del padre, pero que lo hubiesen estado de haber vivido. (10)

Resumiendo, los parientes agnados son los descendientes, por vía de varones, de un jefe común, colocado bajo su autoridad, o que le estuvieran sometidos si aún viviera. Lo que significa, que este parentesco sólo era transmitido por vía masculina, quedando así excluido por línea femenina.

En cuanto a los grados en el parentesco, para determinarlos en línea directa es necesario contar el número de generaciones, entre dos parientes, por lo tanto, el padre y el hijo están en el primer grado, el abuelo y el nieto en el segundo, etc.

Para establecer el grado en línea colateral, se determinaba sumando los números de las dos personas, que expresan el grado de parentesco de cada una, en relación con el autor común, -

ejemplo: dos hermanos: cada uno se encuentra en el primer grado con respecto del autor común, sumando, ellos estarán en segundo grado, etc.

El sistema llamado cognatio, reconoce el parentesco, tanto por línea materna como paterna, siendo el parentesco natural o de sangre y que fué ampliamente reconocido por Justiniano, quien le confirió a la cognación, los derechos de familiar.

Se castigaba el incesto cometido entre ascendientes y descendientes consanguíneos, afines y adoptivos; entre hermanos, tíos, tías abuelas, sobrinos, sobrinos nietos; afines en algunos grados entre cuñado o tutor y pupilo; aún cuando la mujer fuera meretriz. Cuando se castigaba a la pareja incestuosa, se atenuaba la pena para la mujer, porque era considerada más débil. La relación entre ascendientes y descendientes constituía el INCESTUS IURIS GENTIUM; y la relación entre afines y colaterales era el llamado INCESTUS IURIS CIVILIS.

En un principio la pena era la muerte, pero posteriormente con Justiniano se cambió por el destierro, y la confiscación de bienes pérdida del rango civil si se trataba de HUMILTIORES.(11)

C. Durante la Edad Media en que las concepciones jurídicas mucho tenían de religiosas y teológicas, el Derecho Canónico -- realiza una simbiosis entre delito y pecado, llegando a condenar groseramente -- y esto en nombre de Cristo -- todo lo relativo al sexo, como si este fuese engendro de los inexistentes avernos y no una función natural de los propios organismos, levantando su voz

tronante frente a todo lo que ellos (los curas) consideraban lujuria y fornicación, condenándolas, sin ninguna muestra de caridad cristiana, a las severas penas como eran la tortura y la hoguera. El clero se olvida de que el reino de Dios no es de este mundo y trata a toda costa de entronizarse en el poder terreno y material que determina el poder económico y político y lanza sus anatemas ante todo lo que a sus intereses mundanos conviene calificar como pecaminoso. Por ello toda relación sexual que no esté santificada por el divino sacramento del matrimonio es condenable y el Santo Oficio con todos sus sábdicos tribunales, se encarga de incinerar todo lo que tenga el más leve matiz de pecado. El incesto es considerado, entonces, como una satánica herejía y grave ofensa a la religión y, por lo mismo, objeto de los más crueles castigos que van desde la tortura, pasando por la hoguera, hasta la condenación eterna en los fuegos del infierno. Así mismo si se cometía el incesto mediante el matrimonio la sanción era una multa, la confiscación de bienes o el destierro según la gravedad del incesto, si se efectuaba el incesto sin mediar matrimonio, la sanción era la muerte, o bien el castigo se dejaba al arbitrio del juzgador. (12)

D. Los Aztecas consideraban como incesto la intangibilidad de las doncellas (ICHPOCATZIN) de la casta superior y el voto de continencia de sacerdotes y sacerdotizas, por ese tabú, resabio de la época del tótem, que hacía castigar a ambos sujetos -

del delito con la pena de muerte por empalamiento y cremación.

También se consideraba como incesto el acceso carnal entre marido y mujer divorciados.

Con lo anterior observamos que los Aztecas consideraban el incesto, delito y comprendían tanto el aspecto legal, como el aspecto civil, además es considerado pecado de tipo religioso.

Estaban prohibidos los enlaces entre parientes en línea recta de consanguinidad hasta el infinito, lo mismo que los hermanos de primer grado civil o de afinidad, quedan excluidos los cuñados, por que era costumbre entre los aztecas que el hermano se casará con la esposa de su difunto hermano; pero sólo en caso de que hubieran procreado hijos.

La prostitución de una persona de grado prohibido era pena da con la horca.

Era impedimento para contraer matrimonio los parientes ascendientes en línea recta, dentro de todos los grados. El hombre y la mujer que sean parientes en línea colateral desigual hasta el tercer grado, con la excepción del varón con la hija de su hermano materno, los parientes por afinidad, los padrastros con los entenados, y por último el hijo con la concubina de su padre.(13)

Entre nuestros antepasados no era rigurosa la prohibición con la madrastra, así mismo era práctica frecuente el matrimonio entre el tío y sobrina y entre primos.

Cuando el incesto lo cometían madre e hijo o bien padrastro con la madrastra, así mismo era práctica frecuente el matrimonio entre el tío y sobrina y entre primos.

Con la conquista de México, nuestros indígenas sufrieron un cambio radical en sus costumbres, y que con los conquistadores vinieron otros, así como nueva religión, leyes, etc; -- con esto se da nacimiento a la Nueva España.

España no sólo trae sus leyes, sino que crea una nueva legislación aplicable a los indios. (14)

C A P I T U L O SEGUNDO

GENERALIDADES SOBRE EL INCESTO

- A) Aspectos Sociales
- B) Aspectos Psicológicos
- C) El incesto en la literatura

C A P I T U L O S E G U N D O
GENERALIDADES S O B R E E L I N C E S T O

S U M A R I O :

A) Aspectos Sociales.- B) Aspectos Psicológicos.- c) El incesto en la literatura.

A) La Etiología del incesto ha sido estudiada por múltiples autores y están de acuerdo en que una de las causas principales del incesto se deriva de los hacinamientos y de la promiscuidad de la habitación. De suerte que esta relación no se da con frecuencia en aquellas esferas sociales, que cuentan con medios económicos suficientes para tener espacio adecuado donde vivir y -- evitar la promiscuidad de sexos. De ahí se ve con más frecuencia que las familias con carencias económicas y que por necesidad -- tienen que convivir en una sola habitación y a veces dormir en -- una misma cama, es donde se presenta este acto reprobable.

Así vemos que en nuestros tiempos facilitan el incesto la -- promiscuidad de los sexos en las familias proletarias, así mismo se desarrolla en ámbitos familiares irregulares donde por causas de las toxinas, alcoholismo y la promiscuidad su índice es muy -- elevado.

El Dr. LARS ULLESTAM respecto al incesto opina:
"Existe una riquísima floración de seudoteorías para explicar las razones de la prohibición del incesto. Los psiquiatras tienen naturalmente, su pequeña idea sobre el particular: hay en el famoso complejo de Edipo el 'Sesámo abrete', que les sirve de ex--

plicación para toda clase de manifestaciones humanas, sean o no patológicas. Alexander, filósofo psicoanalista, ha llegado a decir, que si se suprimieran todas las leyes y todos los reglamentos, todos los crímenes aumentarían en número a excepción de dos el incesto y el parricidio... ¿Es razonable considerar el incesto entre dos adultos? ¿Acaso se gana algo en lo que hace a la -- prevención general o en el terreno individual con privar a las -- incestuosas débiles mentales, como suele hacerse de su libertad -- durante varios años?... Para poder tomar seriamente posición -- frente a este problema, es indispensable informarse un poco sobre el incesto, sin tomar como punto de partida ciertas concepciones supersticiosas y repletas de fantasía (15)

"...Quisiera refutar un par de argumentos, el uno médico y -- el otro socio-filosófico, a los que recurren con frecuencia cuán -- tos se oponen a la supresión de la prohibición del incesto que -- acarrearía una disminución del patrimonio hereditario consiguien -- temente una degeneración, la mala salud, la idiotez y la esterili -- dad. Pero ciertas experiencias de consanguinidad en animales, -- los estudios llevados a cabo sobre hijos nacidos de incesto y tam -- bién sobre algunos grupos humanos aislados (habitantes en islas, en municipios aislados, etc., donde la consanguinidad es frecuen -- te) contradicen lo esencial de esa tesis. Hay ciertamente un au -- mento de los riesgos cuando se trata de enfermedades hereditarias pero ese aumento es insignificante si la enfermedad no apareció -- aún en la familia; por lo demás vistas las cosas desde un estric --

to punto de vista eugénico, estaría mas justificado todavia declarar criminales las relaciones sexuales con una persona diabética. Añadimos para acabar que la técnica preventiva ha alcanzado en -- nuestros días un grado tal de desarrollo que no hay prácticamente que temer la llegada de ningún hijo que no se deseé." (16)

"., El argumento de filosofía social pretende, por una parte que la familia es parte integrante e indispensable de la sociedad y por otra parte, que el incesto constituye una amenaza contra la institución familiar... Si queremos clasificar esta discusión que ha sido llevada acabo a base de argumentos a priori, tenemos que distinguir dos problemas:

1.- "¿En qué medida perturba el incesto las relaciones en el interior de la familia?.

2.- ¿El hecho de suprimir la prohibición legal del incesto -- provocará un aumento del número de actos incestuosos?." (17)

"Cualesquiera que sean las consecuencias nefastas que el incesto puede tener para la familia, el hecho de quitarle su carácter de crimen no tendría consecuencias sociales si el número de - casos de incesto no aumentaría... en Suecia disponemos ya de la gran encuesta de KINBERG que es un estudio muy penetrante bajo-- el triple punto de vista sociológico, médico y psiquiátrico.. Afirma que las razones principales del comportamiento incestuoso son la abstinencia sexual junto con la tensión sexual que de ella deriva, combinada con el escaso nivel de autocontrol de los interesados. KINBERG llega a la conclusión de que en éstos casos no-- se trata de 'perversiones sexuales', sino de 'Conflictos de ins-

tinto'... KINBERG considera no obstante, que puede licitamente sa carse la conclusión de que la pena de encarcelamiento como profi-
laxis y protección del individuo es irracional e inaceptable des-
de el punto de vista humanitario. Considerando la naturaleza de
la clientela de los incestuosos.

Desde un punto de vista social y psíquico, KINBERG cree po--
der determinar que la supresión de la prohibición del incesto no
acarrearía ningún aumento del número de casos... Podemos pregun-
tarnos, finalmente, como es que los grupos sociales más elevados
no están representados en la muestra de KINBERG. ¿Será porque --
esos grupos no practican el incesto o tal vez porque disponen de
más facilidades para esconderlo? Las amneias psiquiátricas indi-
can que el incesto tiene también lugar en los estratos más eleva-
dos de la sociedad, muchas mujeres pertenecientes a ellos narran
episodios sexuales de su infancia que las relacionó con sus pa--
dres.

KINBERG tiene sin duda toda la razón cuando sostiene que hay
una gran diferencia entre el número oficial y el número real de
incestos. Pero eso sólo sirve para que los incestuosos que lleguen
a ser juzgados como tales sean castigados con mayor dureza por la
espada de Damocles de la ley " (18)

Para la maestra MARCHIORI , la relación sexual entre parien-
tes consanguíneos siguiendo las teorías de VON HENTING, mani-
fiesta que el incesto es un delito de aislamiento, tienen poco -
contacto con el mundo exterior y con la familia misma, frecuente-

mente la madre desaparece como compañera y la hija pasa a tomar su lugar. En algunos casos nos dice, la madre es culpable, ya que tolera sumisamente la relación de su marido con la hija. Es frecuente que estas relaciones duren años.

Contemplando el aspecto puramente psicológico, es frecuente -- que los jóvenes rechazados por la madre, o sea que así lo sienten ellos, busquen refugiarse en un hombre de edad madura, que visto -- bajo determinadas circunstancias puede ser el padre.

En un gran número de padres incestuosos se encuentran aquellos que vienen de familias numerosas, o bien que han pasado por instituciones para menores; normalmente su nivel intelectual es muy bajo, por lo general su actividad es de tipo rural, sin embargo las relaciones con otras personas son normales. (19)

Según las teorías de HESNARD , la exploración psicoanalítica en la conducta del incesto podemos observar en ciertos mecanismos psíquicos, particularmente especiales; Cuando un padre se ocupa del cuidado de una o varias hijas, después de que la mujer falleció o los abandonó, ese interés de cuidado va adquiriendo progresivamente un matiz erótico. (20)

Se ha observado que en determinadas zonas rurales, es donde -- con más incidencia se da el delito de incesto.

Esto hace que se planteen dos aspectos importantes, sobre el -- incesto. Por un lado las características de la estructura familiar esto es la relación padre-madre-hija que provoca el delito y en un segundo término el medio social, por lo común con características rurales y aislados del núcleo urbano.

En el análisis sobre los delitos de incesto se observa que la conducta se produce cuando la esposa ya no representa una relación de pareja, y esto puede ocurrir por diferentes motivos: Que la esposa no sea pareja sexual por motivos de salud o bien por la edad que la esposa se sienta rechazada. El esposo se siente solo y sin

la posibilidad de establecer una pareja por su grave incomunicación, opta por quedarse en el intra-grupo familiar. En todos los casos es evidente que la hija substituye a la esposa.

Para la Maestra MACHIORI, el problema que se plantea es muy grave ya que el autor y la víctima pertenecen al mismo núcleo familiar, es la patología familiar la que se desencadena en el delito, es el abuso del alcohol, ya que es un factor de desinhibición así como defensa psicológica no estructurada adecuadamente. (21)

Y agrega: "Son personalidades que presentan una grave depravación socio-cultural, que ha sufrido serios conflictos en sus historias personales, carencias de oportunidades y con una escasa interacción social fuera de su grupo familiar"

Es muy frecuente en este tipo de relaciones incestuosas el delito de infanticidio, ya que la pareja incestuosa opta por matar el producto para evitar el escándalo. (22)

El abuso sexual por un familiar (incesto) se da principalmente cuando la adolescente es prestonada por una persona, que se encuentra en posición de poder sobre ella por virtud de edad, autoridad o de alguna otra manera. Las reacciones emocionales de la adolescente resultan de verse obligada a tener actividad sexual y de la tensión adicional de mantener secreto el acto. La adolescente se ve obligada a mantener el secreto a causa de temores de castigo, abandono o rechazo y ser culpada de la situación.

El secreto puede ser descubierto por confrontación directa, por testigo ocular o porque la adolescente lo dice a alguien. Más a menudo, indicaciones indirectas hacen sospechar. Los signos

y síntomas pueden incluir cambios de conducta, embarazo en adolescentes, enfermedades venéreas, trastornos somáticos vagos de la índole de dolor abdominal de etiología desconocida o cefalalgia, y cambios en las relaciones con los contemporáneos o en el desempeño escolar (23). Los jóvenes en ocasiones eligen enfrentarse a una situación hogareña insoportable por mecanismos defectuosos de adaptación como huir del hogar o abusar de sustancias, especialmente alcohol, y otras drogas. Es indudable que estos síntomas pudieran indicar otras situaciones psico-sociales que exigen intervenir. Sin embargo, el incesto debe tomarse en cuenta en el diagnóstico-diferencial cuando hay cualquiera de las manifestaciones antes mencionadas.

La asistencia a breve plazo del abuso sexual por un familiar se encamina a proteger a la adolescente de que continúe el abuso y a hacer que participe la familia en orientación de crisis para facilitar la transición a un programa terapéutico familiar en largo plazo.

Las familias que intervienen en casos de abuso sexual de un menor de edad, a menudo son renuentes para aceptar el tratamiento. El mecanismo de defensa de negación suele ser fuerte y la actividad quizá continúe. Aunque la finalidad de la intervención es apoyar la dinámica familiar sana, éste no es siempre el resultado de la terapéutica.

En ocasiones se necesita enviar a la adolescente de manera pasajera o permanente a un medio substitutivo o institucional.

Se utiliza una tipología del abuso sexual de adolescente para brindar una armazón que permita comprender los aspectos que afectan a la familia y a la muchacha.

Según las investigaciones efectuadas en los E.E.U.U. por JOHN M. CARPER, los autores que están en desacuerdo acerca de si el incesto fraterno es más frecuente que entre padre e hija.

"Padre se usa de manera poco estricta para denotar una figura paterna, aunque en realidad sea padrastro, amigo de la madre o padre natural de la muchacha." (24)

"Estudios recientes calculan que la frecuencia de incesto en Estados Unidos es entre 200 a 5,000 casos por millón de habitantes. Dice JOHN M. CARPER, que pueden ser más frecuentes - estos casos en áreas rurales y suburbanas que en el corazón de la ciudad, y no se circunscribe a grupo social o clase socio-económica específico". (25)

En México no se ha tenido cuidado de llevar ninguna clase de estadísticas, ya que investigué en el I.N.E.G.I (INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y GEOGRAFÍA) en el D.I.F. (DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA) y en la PROCURADURÍA DE JUSTICIA DEL D.F. y no fue posible encontrar ningún dato al respecto.

" En un principio los estudios psicológicos sobre el incesto consideran que era el resultante de una desviación sexual paterna y que la niña era víctima de un padre mentalmente perturbado.

Lo que comenzaba con el padre y la hija jugando juegos físicos o 'llevándose rudamente' podría progresar a mayores excitaciones y estímulos con el tiempo. Con gran necesidad de afecto, o por carecer de amor y protección, el padre, la hija o ambos, pueden tener actividad sexual en un intento inadecuado para satisfacer la necesidad de ternura. La joven quizá inicialmente haya participado en conducta de tipo seductor o causa de sentimiento, de afecto, con ingenuidad hacia el potencial como estímulo sexual. La hija que es agredida por el padre que desde luego no fué engatuzada, a menudo es culpada por la madre de haber derrumbado la familia y de haber sido la causa del encarcelamiento del padre " (26)

Según JOHN M. CARPER, la teoría más reciente acerca del incesto lo considera como representación de conflictos y desequilibrios familiares puestos en acción. De esta manera, las familias se miran como sistemas de interacción y la conducta que muestra cada uno de los miembros de la familia se mira como intento de solución de tensiones y cambios a que se enfrenta la familia en general, en los cuales el incesto actúa como válvula de presión homeostática. A menudo la hija se utilizaba en un conflicto entre el padre y la madre, y la muchacha considera su participación en el acto como aportación a mantener unida a la familia,

Según esta teoría, el padre creció en un hogar que lo rechaza

zaba. Se siente inadecuado y crónicamente angustiado. Cuando el matrimonio llega a una desavenencia importante, se vuelve a la hija como alivio de temor de abandono y percibe inconscientemente por lo menos la colusión de la esposa.

A menudo son vagos los límites entre los miembros familiares esto es, cada miembro no tiene una identidad o un papel individual fuertes, lo cual contribuye adicionalmente a la facilidad con la cual el padre elige a la hija como substituta de la esposa.

"La hija, de manera análoga, se confunde fácilmente adoptando el papel de esposa en esta clase de familia y se somete docilmente a las insinuaciones paternas.

La madre en una familia incestuosa quizá no acepte su papel como madre de sus hijos o esposa de su marido. Puede experimentar confusión acerca de su propia identidad sexual y el incesto entre el padre y la hija le brinda algo de alivio al crear distanciamiento entre los cónyuges. Es probable que la mujer sea pasiva y dependiente y casi siempre sabe lo que está pasando entre el marido y la hija. Sin embargo, lo niega, lo pasa por alto, parece desválida para enfrentarse al hecho y en muchos casos consciente o inconscientemente lo fomenta. Al igual que el marido, teme la desertión y la desorganización familiares, y sacrifica a su hija para mantener íntegra la familia. Al igual que sus padres, la hija tiene confusión acerca de la identidad.

Si bien parece ser precoz y madura, en realidad es dependiente y puede acudir al padre para recibir ternura que no le brinda la madre, y a veces como venganza contra esta última. Quizá tenga gran empatía hacia el padre y considere que la madre está sometiéndolo a privación y que debe compensar lo que el padre no recibe de la madre. Puede temer la separación de los padres y acepta la relación incestuosa como su aportación para salvar la unidad familiar.." (27)

"CUELLO CALON, escribe que según las investigaciones de carácter psiquiátrico, por una inferioridad de carácter psicológico causada por las condiciones sociales de miseria." (28)

"Otra de las causas del incesto para algunos autores proviene del aislamiento de las familias en lugares apartados, y con poca comunicación con el mundo exterior. Desde otro punto de vista ha sido tratado el incesto y ha sido en base de factores individuales tales como el alcoholismo, la paranoia, la epilepsia y otras anomalías de tipo psicopático. Ahondando más en sus afirmaciones de VIVERO DE CASTRO, nos dice que casi siempre se presenta el incesto ocasionado por un desequilibrio mental o de un completo embrutecimiento y para corroborar esta afirmación señala casos de incesto en paráliticos e histéricos." (29)

"Otros autores entre ellos DI TULLIO, afirman que el incesto según el psicoanálisis sería una manifestación del complejo de Edipo. Considera que es una perversión sexual que tiene como base un estado degenerativo-delinocuencial o un estado psicopático según lo anterior el incesto siempre será ocasionado por una profunda degeneración moral." (30)

B) ASPECTO PSICOLOGICO

" Dentro del aspecto psicológico, es importante esbozar un pequeño estudio respecto de la personalidad psicológica de las personas que han cometido el delito de incesto por las siguientes razones:

Primero: Nos permite entender en forma aproximada los motivos que llevan al hombre a actuar, en determinada manera.

Segundo: Aumenta la probabilidad de poder predecir con mayor exactitud la conducta del individuo.

Tercero: Nos ayuda a conocer como se interrelacionan los diferentes factores que integran la personalidad. (31.)

El estudio de la personalidad data de miles de años, desde épocas muy remotas, el hombre ha dirigido su atención y sus conocimientos al estudio de sí mismo en la búsqueda de una explicación de lo que sucede en el mundo exterior.

Esto ha sucedido principalmente en los momentos agudos de dolor, incertidumbre y sufrimiento, así como de derrumbamiento moral y material.

En esta búsqueda han existido dos tendencias: Los hebreos hablaban de un conjunto de poderes internos inescrutables y oscuros, - parecidos a los externos, que manejan al hombre.

Ellos pensaban que conocer esas fuerzas se consideraba malo, y por ese motivo dejaron ese conocimiento solo a Dios.

Por otro lado, el pensamiento griego en la época de Sócrates, - y Platón que mediante el razonamiento se puede llegar al entendi-

miento y control de uno mismo, y que este a su vez, es el camino a la salvación de un estado moral que esta a punto del colapso.' (32)

"Pero los griegos no solo creían en la existencia de una fuerza positiva en el interior del hombre, misma que le sirve para ayudarlo; así mismo percibieron fuerzas malévolas que conducían al ser humano a su destrucción, y así lo vemos en el Edipo Rey de Sófocles y en la Medea de Eurípides.

Platón en su República nos habla de deseos y placeres no necesarios. Aunque no se puede considerar que estuvieran en lo que se ha llamado actualmente personalidad, sus obras estaban impregnadas de muchos conceptos que han servido como base de diversas teorías modernas de la personalidad.

El estudio de la personalidad ha pasado por tres fases:

- 1) La literaria y filosófica
- 2) La protoclínica
- 3) La cuantitativa y experimental

La primera considera como un juego personal de inteligencia súbita y de creencias convencionales, que va desde el primer hombre pensante hasta el novelista y dramaturgo más reciente.

La segunda surge a través de los intentos de la medicina para tratar la conducta anormal, enferma y cuyo tema se baso en la generalización de estudios psiquiátricos de hombres como Freud, Jung, Adler, etc.

La tercera que apenas se inició en este siglo y apenas rinde sus primeros frutos.

Freud estudió antes que nadie las etapas del desarrollo erótico, y fué el primero en aclararlas.

Para Freud las relaciones más importantes con el objeto en la fase fálica son aquellas agrupadas y conocidas como Complejo de Edipo.

Es por eso que la fase comprendida entre los dos años y medio a los seis años de vida se le denomina fase Edípica. Freud consideró que los hechos de esta fase de la vida son iniciales para la evolución normal como patológica.

Descubre pronto las fantasmas de incesto con respecto al progenitor del sexo opuesto en las vidas mentales inconscientes de sus pacientes neuróticos, combinadas con celos y rabia homicida hacia el progenitor del mismo sexo. (33)

Freud lo denominó Complejo de Edipo en virtud de la leyenda griega escrita por Sófocles y que puede resumirse de la siguiente manera:

"Como Layo, Rey de Tebas, no tuviera hijos, consultó al oráculo, y la respuesta fué que su hijo le mataría. Poco tiempo después, la reina Yocasta dió a luz un niño. Layo, para impedir que la predicción se cumpliera mandó abandonar al recién nacido en un monte.

El niño fue recogido por un pastor del rey de Corinto, el cuál le llevó a su amo. Se llamo Edipo (pies hinchados), porque se le había hallado con los pies atados con una cuerda. Edipo fue creado por el rey como hijo suyo. Ya mozo, oyo decir, que no era de la familia real y fue a preguntar la verdad al oráculo de Delfos.

El oráculo le predijo que mataría a su padre y que se casaría con su madre.

Para evitar tales desventuras, Edipo no quiso volver a Corinto. Pero, al volver de Delfos, llegó a un lugar donde se encontraban -- tres caminos y allí encontró a su verdadero padre, Layo, subido en un carro del que tiraban dos mulas. El cochero le insultó porque no se apartaba a stante pronto. Edipo se enfadó. Layo le dió un latigazo, y Edipo, exasperado mató a su padre sin conocerle.

Layo fue reemplazado en Tebas por el hermano de Yocasta, Creón

Por aquel tiempo apareció en el país un monstruo terrible, la Esfinge. Tenía la cabeza y el torso de mujer, el cuerpo y la cola de león y grandes alas. Permanecía en una montaña cercana a Tebas, paraba a los pasajeros, les proponía un enigma que adivinar y, si no podían hacerlo, los devoraba. Nadie había podido responder y muchos habían perecido. Creón hizo público que el que librase al país de la esfinge se casaría con la reina y sería rey de Tebas. Edipo se presentó y fué al encuentro de la Esfinge, que le hizo la siguiente pregunta: '¿Cuál es el animal que por la mañana anda en cuatro pies, a mediodía en dos y por la noche en tres?' Edipo respondió: "Es el hombre que de niño se arrastra por el suelo, mozo se sostiene en dos pies, y viejo, a más de sus piernas, se sirve de un bastón". La esfinge, viendo el enigma adivinado, se tiró desde lo alto de la roca y se mató. De esta suerte Edipo llegó a ser rey de Tebas y se casó con Yocasta, su verdadera madre.

Más tarde, una peste terrible asoló la comarca de Tebas. Edipo consultó el oráculo y le fue respondido que la peste era castigo de los dioses por el asesinato de Layo, y para que cesara había que -- desterrar al asesino. Edipo pronunció terribles imprecaciones contra el matador desconocido y obligó al adivino Riresías a que le dijera quién fuese. Supo entonces que él mismo, Edipo, era hijo de Layo y de Yocasta, que el viejo muerto por él era Layo, y que de esta suerte, conforme a la predicción, había matado a su padre y se había casado con su madre. Al saber la noticia Yocasta se ahorcó. Edipo, desesperado, se vació los ojos y se fue ciego y miserable, acompañado por su hija Antígona que le servía de lazarillo. Antes de morir maldijo a sus dos hijos, Eteocles y Polínice, que le habían abandonado." (34)

"A principio de siglo se descubrió que éste complejo no solo se presenta en la vida mental inconsciente de los neuróticos, sino que -- por el contrario, se haya también en personas normales.

La existencia de tales deseos en la infancia y los conflictos a los cuáles pueden dar origen, son en realidad una experiencia común a toda la humanidad, esto es siguiendo la teoría de Freud.

Para este gran psicoanalista el Complejo de Edipo es una doble actividad con respecto a los dos padres: Por un lado, el deseo de eliminar a el padre, odiado por celos y tomar su lugar en una relación sexual con la madre; por el otro el deseo de eliminar a la madre y su pliría.

En su trabajo con enuróticos Freud descubre que el niño puede --

desarrollar una o varias fantasías acerca de las actividades sexuales de sus padres, que él desea repetir con la madre o el padre. (35)

Sigmund Freud, en su interesante análisis del totem y tabú y la psicología del neurótico, realiza una brillante investigación psicoanalítica para elaborar una teoría sobre la génesis del horror al incesto. Dicho estudio, servirá de base, con la mayor brevedad posible, para hacer las consideraciones siguientes:

En la actualidad existen hombres a los que se considera aún como participantes de las características de los pueblos salvajes y semi-salvajes. La vida psíquica de ellos, nos servirá como muestra bien conservada, para comprender una fase anterior de nuestro propio desarrollo y encontraremos rasgos comunes entre la psicología de esos pueblos primitivos y la psicología del neurótico y ello hará posible encontrar nuevas luces sobre el tema a estudio.

El maestro vienes toma para realizar el parangón anotado a los aborígenes de Australia que son considerados como una raza aparte, sin ningún parentesco físico ni lingüístico con sus vecinos más cercanos los pueblos melanesios, polinesios y malayos. No construyen casas ni cabañas sólidas, no cultivan el suelo, no poseen ningún animal doméstico e ignoran el arte de la alfarería. Se alimentan exclusivamente de la carne de toda clase de animales y de raíces que arrancan de la tierra. No tienen reyes ni jefes. Es muy dudoso que pueda atribuírseles una religión rudimentaria bajo la forma de un culto tributado a seres superiores.

"No podemos esperar, ciertamente - dice Freud - que estos miserables caníbales desnudos observen una moral sexual próxima a la nuestra o impongan a sus instintos sexuales restricciones muy severas.

Mas, sin embargo, averiguaremos que se impone la más rigurosa interdicción de las relaciones sexuales incestuosas." (36)

Efectivamente, en lugar de todas aquellas instrucciones religiosas y sociales de que carecen, hallamos en los australianos, el sistema de totemismo.

En forma general podemos definir el tótem como un animal, a veces inofensivo, otras peligroso y temido, o raramente, una planta o una fuerza natural (lluvia, agua), que se hallan en una relación -- particular con la totalidad del grupo y que es considerado como el antepasado del clan y es su espíritu protector y su bienhechor, que envía oráculos a sus hijos y les protege del peligro. El tótem se transmite hereditariamente, tanto por línea materna como por línea paterna, y la subordinación al tótem constituye la base de todas las obligaciones sociales del australiano y relega a segundo término al parentesco de la sangre.

"Vamos a señalar, ahora, aquella particularidad - continúa Freud del sistema totémico por la que él mismo interesa más especialmente al psicoanalítico. En casi todos aquellos lugares en los que este sistema se halla en vigor, comporta la ley según la cuál, los miembros de un único y mismo tótem no deben casarse entre sí. Es esta ley de la exogamia, inseparable del sistema totémico". (37)

!! La violación de la ley de la exogamia es vengada por todo el grupo, como si se tratara de alejar un peligro que amenazará a la colectividad y regularmente es castigada con la muerte. Esto no obedece a razones de orden práctico ya que en esa misma forma, con la muerte, son idénticamente castigadas las aventuras amorosas anodinas, esto -

es, aquellas no seguidas de procreación.

Y siendo hereditario el tótem nos lleva a admitir que la prohibición de tener relaciones sexuales entre sí los miembros de un mismo tótem va dirigida contra los impulsos incestuosos del hijo, ya que la herencia por línea materna es más antigua y data, posiblemente -- desde el estadio de promiscuidad en el que podía saberse quién era la madre, pero no quién era el padre; Por ejemplo, si el hombre forma parte de un clan cuyo tótem es el canguro y se casa con una mujer cuyo tótem es el emúo (especie de avestruz), los hijos, varones o -- hembras, tendrán todos el tótem de la madre; un hijo nacido de este matrimonio se hallará, pues, en la imposibilidad de entablar relaciones incestuosas con su madre y su hermana, pertenecientes al mismo tótem en virtud de la ley de la exogamia. Esta prohibición no impide en cambio, al padre, que es canguro, tener relaciones incestuosas -- con sus hijas, que son emúo. En la transmisión paterna del tótem, el padre y los hijos serían canguro y el padre no podría, por tanto, tener relaciones incestuosas con sus hijas, pero sí el hijo con la madre.

En ninguna forma de familia derivada del matrimonio por grupos -- puede saberse con certeza quién es el padre de la criatura, pero sí sabe quién es la madre. Por ello debe entenderse que la herencia por línea materna es la más antigua. Esto se manifiesta en la familia puñalda, a la que anteriormente nos hemos referido, de tal forma que -- queda prohibido el comercio sexual entre todos los hermanos, incluso

los colaterales más lejanos, por línea materna y entre la madre y los hijos, pero si se permiten las relaciones entre el padre y las hijas. Así pues, la familia punalúa aparece en una época en que - después de la familia consanguínea que prohíbe las relaciones sexuales entre padres e hijos - las relaciones incestuosas no estaban completamente proscritas, pero ya existía una seria tendencia a prohibirlas.

- Pero basta un poco de atención - prosigue Freud -, para darse cuenta que la exogamia inherente al sistema totémico, tiene otras -- consecuencias y persigue otros fines que la simple previsión del incesto con la madre, y la hermana. Prohíbe, en efecto, al hombre, la unión sexual con cualquiera otra mujer de su grupo, esto es, con un cierto número de mujeres a las que no se halla enlazado por relación alguna de consanguinidad; pero que sin embargo, son consideradas como consanguíneas suyas. La justificación psicológica de esta restricción, que va más allá de todo lo que pueda serle comparado en los pueblos civilizados, no resulta evidente a primera vista" (38)

Y más adelante expresa: "De este modo resulta que tales salvajes parecen obsesionados por un extraordinario horror al incesto, horror enlazado a circunstancias particularmente que no llegamos a comprender por completo y a consecuencia de las cuales queda reemplazado el parentesco de la sangre por el parentesco totémico".

Para concluir Freud nos dice: "Este horror de los salvajes al incesto es conocido desde hace mucho tiempo y no precisa de ulterior interpretación." "Todo lo que podemos agregar a la teoría reinante es que el temor al incesto constituye un rasgo esencialmente infantil y concuerda sorprendentemente con lo que sabemos de la vida psíquica de los neuróticos. El psicoanálisis nos ha demostrado que el primer objeto sobre el que recaé la elección sexual del joven, es de naturaleza incestuosa condenable, puesto que tal objeto está representado por la madre o por la hermana, y nos ha revelado también el camino que sigue el sujeto, a medida que avanza la vida para sustraerse a la atracción del incesto."

"Nos vemos obligados a admitir que esta resistencia proviene, sobre todo, de la profunda aversión que el hombre experimenta por sus deseos incestuosos de épocas anteriores, total y profundamente reprimidos en la actualidad. Así, pues, no carece de importancia - el poder demostrar que los pueblos salvajes experimentan aún de modo peligroso, hasta el punto de verse obligados a defenderse contra ellos, con medidas excesivamente rigurosas, los deseos incestuosos destinados a sumergirse un día en lo inconsciente". (39)

"Otro gran psicoanalista Adler, no está de acuerdo con -- las teorías pansexualistas de Freud, ya que él considera que el -- hombre es un animal agresivo, y en la misma forma un animal socialmente responsable. Él creía que el hombre tenía desde su mismo nacimiento una conciencia social y que sólo se requiere que se despierte en ésta para hacerlo responsable del bienestar de otros hombres, así como el suyo propio. (40)

« Estudios recientes en Norteamérica nos dicen: El incesto comienza, en promedio, a los 10 años y puede continuar varios años. Sin intervención probable que participe la hija que sigue en edad a la primera. Si la hija revela el incesto, es probable que sea en la etapa durante el desarrollo de la adolescencia cuando el impulso de establecer relaciones con muchachos excede de la necesidad de conservar unida a la familia. La adolescente al luchar por liberarse de la familia, experimenta agitación intensa. En esta etapa, sumida en la angustia de decidir revelar el secreto y ser libre, puede ponerse en contacto con alguno de los profesionales que brindan ayuda a causa de quejas disfrazadas. Las clases de síntoma que disimulan el incesto son estas:

"Depresión.- La depresión puede manifestarse por la lentitud dolorosa con la cual la adolescente se mueve y habla. En ocasiones se manifiesta por gestos de suicidio o por fatiga, anorexia e insomnio. La madre puede buscar ayuda para la hija, porque esta última se ha tornado retraída, y la primera espera que el incesto sea descubierto de modo que pueda obtener ayuda para la familia trastornada.

El incesto puede ser el factor subyacente al emprender conducta de la índole de abuso de drogas, delincuencia, promiscuidad sexual o huida. La investigación de esta clase de conducta debe ser comedida y contactada, pero siempre habrá de pensarse en la posibilidad de incesto.

Una forma de abordar el tema es preguntarle a la adolescente con actitud que no entrañe crítica si alguna vez ha sido forzada pa-

ra aceptar relaciones sexuales.

Los problemas juveniles de la índole de hacer novillos, fracasos escolares y malas relaciones con los contemporáneos no son raros en este grupo de edad, deberá investigarse cómo marchan las cosas en el hogar. El entrevistador deberá precisar si el incesto es parte del problema.

También se observan manifestaciones somáticas, de la índole de cefalalgia, opresión en el tórax y dolor abdominal. En la adolescente con dolor abdominal deberá hacerse la pregunta intencionada de si piensa estar embarazada. Una vez que se diagnostica embarazo deberá preguntarse a la muchacha quién es el padre. La renuencia a contestar, las evasivas a la vaguedad deben hacer pensar en la posibilidad de que pudiera ser un miembro de la familia."

Médico, enfermera y trabajadora social que laboran con adolescentes deben examinar su propia actitud hacia el incesto, que quizá les impida hacer el diagnóstico adecuado. El incesto es destructor para la familia y la sociedad, es lógico sentir repulsión hacia la idea de incesto y repugnancia hacia quien lo perpetra. Quizá los profesionales experimenten cólera y deseo de venganza hacia el padre y también hacia la madre cuando se descubre que está coludida.

La simpatía excesiva hacia la víctima puede traducirse en negación por parte de los profesionales que impide percibir las pistas más patentes acerca de lo que trata de decir la adolescente. La sobreidentificación con la hija puede cegarnos hacia la dinámica familiar e impedirnos ayudar al padre y la madre que quizá esten i--

gualmente dolidos, lastimados y confusos. Rechazarlos quizá haga que la familia que no funciona huya o rechace el tratamiento. La consecuencia más perjudicial de la negativa a considerar el incesto como parte del diagnóstico diferencial es que permite que el incesto continúe, lo cual agrava el trauma que sufre la adolescente.

Diagnóstico.- La única forma de comprobar el incesto es la historia. El entrevistador deberá brindar en gran medida tranquilidad, amistad y tacto a la muchacha que desde luego esta atemorizada, ---aprensiva y llorosa. Sin embargo, deberá animársele a decir todos -- los detalles acerca de los incidentes, incluyendo frecuentemente, - dónde ocurrió y quién participó. Deberá precisarse el sitio del abuso sexual (mamas, vagina, ano, o boca), pues es crítico para los aspectos legales. Es importante anotar si se forzó a la muchacha o no, o si se le amenazó. Por desgracia, la exploración física brinda pocos datos, pues a menudo el incesto es de larga duración y no entrafia--- fuerza. Sin embargo, deben buscarse en la adolescente signos de traumatismo: equimosis, abrasiones y desgarros de vagina o recto. Deberán obtenerse cultivos paragonorrea y sangre para VDRL. Se buscarán muestras de semen para examen microscópico directa o indirectamente por la prueba de fosfatasa ácida. Todas las muestras deberán ser lle vadas directamente al laboratorio por quién las obtenga y se firmará como recibidas, pues quizá se necesiten como prueba legal.

La sensibilidad y la franqueza que médico, enfermera o trabaja- dora social demuestren a la víctima y a la familia es útil para per mitir que descarguen su agobio y permitir que acepten el tratamiento.

El personal profesional tiene tres responsabilidades cuando se descubre incesto; a saber; deben ayudar a los miembros de la familia

a resolver las reacciones al estado de alarma de la crisis; deben comenzar a valorar la necesidad de la clase de servicios terapéuticos que en última instancia se necesitarán, y deberá preparar a la familia para los siguientes pasos; a saber; informe obligado, intervénción judicial y envió a un centro de asistencia infantil.

Es imprescindible que participe inmediatamente la familia en este proceso. Suele ser prudente alejar de modo pasajero a la víctima del hogar para asegurar que no corre peligro, y para permitirle que se recupere y sienta segura. Muchas familias comienzan a negar el incidente. En un estudio se indica que menos de 33 por 100 de las madres dieron pasos para ayudar a proteger a sus hijas después de descubrir el incesto.

En Massachusetts, al igual que en la mayor parte de los estados de la Unión Americana, es obligado informar del incidente al Departamento de Asistencia y comenzar la investigación. Si el personal hospitalario considera netamente que la niña corre riesgo inmediato si vuelve al seno de la familia, y si la familia no colabora para permitir que la muchacha permanezca en el hospital, en este último se llama por teléfono al juez del tribunal juvenil para solicitar una orden de restricción. A causa de la íntima relación de trabajo entre el departamento de servicio social y el tribunal juvenil, esta petición se concede por vía telefónica, lo cual permite que ingrese la muchacha varios días hasta que el Departamento de Asistencia puede hacer la valoración inicial. Entonces, el Departamento de Asis-

tencia puede elegirentre cuatro planes de acción; a saber:

"Quizá se considere que la muchacha no corre riesgo y se le permita volver a la familia. Puede colocar a la muchacha, y a otras hermanas si es necesario, en hogares substitutivos.

Puede colocar a la muchacha en un medio colectivo protector.

Puede colocar a la muchacha bajo custodia legal del Departamento de Asistencia Pública, pero permitirle estar bajo la custodia física de los padres." (41)

" En el hospital laboran, un enfoque de equipo que ha tenido buen éxito a causa del nivel alto de angustia que el personal hospitalario y las enfermeras sienten cuando saben del incesto. Al hacer intervenir a la trabajadora social y una enfermera del servicio de -- orientación de la víctima, la niña y la familia pueden comenzar a -- recibir apoyo inmediato por parte de profesionales experimentados en este campo. También tiene importancia el apoyo de profesionales que reciba el personal de la sala de urgencias de estos consejeros para ayudarlos a manejar sus propias sentimientos de cólera y repugnancia.

Parece patente que el incesto se trata de manera óptima al comprender la dinámica familiar antes explicada. Al enfocar la atención en el incesto como problema del sistema familiar, no sólo se considera la trfada padre-hija-madre, sino puede brindarse apoyo a otras hermanas.

Por lo regular conocen el secreto de la familia y necesitan comprenderlo y ser tranquilizadoras de que no serán las siguientes víctimas. Un aspecto prioritario al trabajar con estas familias es va-

lorar con rapidez la capacidad de brindar seguridad y protección para todos los miembros. Ello significa valorar la capacidad paterna de controlar los impulsos y poner a prueba la realidad, al igual que el carácter del superego. Si después de investigación adecuada el equipo considera que la familia brinda seguridad, puede comenzar el tratamiento.

El hecho de que un miembro del equipo vaya a estar en contacto semanal con la familia puede hacer que esta última se sienta más segura. En ocasiones el tribunal a menudo colabora con el equipo hospitalario e insiste en que los padres reciban tratamiento paralelos mismos al igual que la muchacha. Sólo si los progenitores no colaboran o están manifiestamente perturbados se harán las cosas del conocimiento del juzgado penal. La acción penal suele significar trauma adicional para la víctima a causa de las entrevistas repetidas a que se debe someter por su abogado, el fiscal de distrito y el abogado de la defensa, al obtener pruebas para enjuiciar al padre.

Sacar a la niña de la familia entraña todas las dificultades inherentes a los centros de asistencia en hogares substitutivos o de descubrimiento juvenil. Muchas de estas instalaciones no soportan el escrutinio de brindar apoyo y no es raro descubrir que los abusos sexuales han continuado en este medio. El abuso en las instituciones es una realidad en Estados Unidos, al igual que el abuso de niñas colocadas en hogares substitutivos. Para muchos niños, remitirlos a un hogar substitutivo significa que permanecerán en él toda la niñez, pues menos del 50 por 100 de más de 350 000 niños -

menores de 18 años de edad que reciben esta clase de asistencia vuelven a sus progenitores.

En dos trabajos recientes se ha descrito un enfoque nuevo y al parecer eficaz para tratar las familias en las cuales ocurre abuso sexual. El tratamiento no es voluntario por parte de la familia, sino obligado por el tribunal, que da el veredicto de culpable al padre y después lo pone en libertad bajo palabra con el entendimiento de que participará con la familia en el tratamiento. No hacerlo significa que el padre puede ir a prisión o ser colocado bajo libertad condicional, y él o la hija se separan del hogar. La intervención crítica exige control por parte de las autoridades y coordinación cuidadosa de la actividad profesional global.

Datos que deben tomarse en cuenta en la terapéutica son: Debe asegurarse a la niña que el incidente no se repetirá. Para establecer relaciones normales entre padre e hija, el padre debe anunciar claramente ante la hija que él es por completo responsable de las relaciones incestuosas.

La muchacha debe tener ocasión de ventilar sus sentimientos, de la índole de cólera o traición.

No deberá permitirse que la muchacha adquiera la noción de que toda actividad sexual es mala. Se le ayudará a percatarse de que los actos futuros sexuales pueden ser tiernos, afectuosos y brindar sostén.

Se le ayudará a la madre a reconocer su responsabilidad, y si no puede brindar protección contra incidentes futuros, quizá deba disolverse el matrimonio. La mujer debe aceptar la dependencia y la

ayuda para fomentar su amor propio.

Se han descrito sentimientos de culpa, vergüenza y pérdida del amor propio como corrientes en las víctimas de incesto. Algunos investigadores advirtieron frecuencia alta de incesto, en la niñez, en mujeres que se convirtieron en prostitutas. Herman y Hirschman informaron que en la etapa adulta, las víctimas de incesto sentían desprecio por las mujeres, particularmente la madre, y sobrevaloraban a los varones.

Las relaciones con el padre quizá sean el único recuerdo de crianza en el pasado de la muchacha; de esta manera, siguen buscando una relación con un protector idealizado que cuide de ellas. Estas búsquedas llevan a promiscuidad, prostitución y relaciones masoquistas con los varones. La subvaloración de la muchacha y de su madre fomentan dificultades para establecer amistades que brinden sostén con mujeres.

Muchas de las mujeres tienen identidad negativa bien formada como brujas, 'perras' o prostitutas. En la vida adulta, continúan haciendo intentos repetidos e infructuosos para expiar sus sentimientos intensos de culpa y vergüenza. Una de las manifestaciones más frecuentes de la víctima de incesto fue sentirse diferente del común de las personas.

Si no fuera porque muchas hijas consideran su participación en el incesto como aportación positiva para conservar la integridad familiar, probablemente presentarían trastornos más graves de la personalidad en la edad adulta.

Los psiquiatras deben sintonizarse más finamente en cuanto a la posibilidad de incesto como causa de depresión y manifestaciones somáticas en adolescentes.

Cuando se identifica incesto, debe consultarse con otros miembros del personal, informar enérgicamente del hecho y cerciorarse de que el tratamiento se comienza en el contexto familiar. Los informes publicados acerca de los efectos a largo plazo sobre estas mujeres son desalentadores, pero no deben cegar al médico en cuanto a su papel preventivo. Percatarse de que ha ocurrido incesto en una familia torna imprescindible emprender acción que, por lo menos, garantice que no se repetirá el incesto con las hermanas menores. (42)

C) El incesto en la literatura. Se iniciará el estudio del incesto en la literatura refiriéndose al más grande de todos los dramas incestuosos. Edipo Rey, la condenación completa fué, al parecer una reacción tardía. En tiempos de Homero la leyenda de Edipo no incluía un castigo para el Rey; setecientos años después, la relación incestuosa con su madre resultaba tan condenable a los ojos de Sófocles, que -- abrumó a Edipo con sentimientos de culpa y, en castigo, lo cegó. Es difícil, a través de la historia de occidente, determinar en qué medida se practicaba el incesto a pesar de las prohibiciones de la ley y del prejuicio. Los enemigos-- de personas, grupos y naciones a menudo lanzaban contra éstos, la acusación de incesto; esto no quiere decir que los cargos fuesen ciertos. En diversas épocas, especialmente durante la Edad Media y el Renacimiento, se prohibió a los sacerdotes convivir con sus parientes. Cuando el mito de MAROZIA, el Papa Juan XII, fué depuesto en 964, fué acusado de incesto. Pero como también fué acusado de sacrilegio, de vender cargos eclesiásticos, de perjuría, asesinato, adulterio, y de convertir a San Juan de Letrán en un lupanar, es posible que haya habido alguna exageración.

Igualmente se acumuló el incesto sobre media docena de otros delitos cuando el fallo de la historia recayó sobre -- los príncipes y prelados del Renacimiento. Un ejemplo nota--

ble fué el de Segismundo Malatesta, Señor de Rimini, un extremista que combinaba los mejores principios de su época, como patrono de las artes, con los peores, para la satisfacción de sus pasiones políticas y personales. Enrique VIII -- agregó la imputación de incesto con su hermano a los crímenes de que acusó a Ana Bolena; la única prueba que tenía era que una vez habían estado juntos los dos solos.

Hemos visto que en nuestros días las clínicas y los trabajadores sociales consideran que el incesto es bastante común en los deseos concebidos en los sueños de los niños -- a veces arrastrados hasta la edad adulta --, pero poco frecuentes en la realidad. Figuran en la crónica periodística sobre el abuso de menores entre los grupos menos privilegiados de la ciudad y del campo. Existen también una tradición de incesto aceptado entre ciertos núcleos analfabetos de montañas alejadas. Esto se comprueba con el chiste de palurdos -- del joven que le dijo a su padre que quería casarse con una chica del valle de al lado; además estaban orgullosos de que ella fuese virgen.

- Bueno, no sé que decirte --replicó su progenitor --. Si ella no es suficientemente buena para su propia gente. ¿Cómo puedo saber si lo será para nosotros?.

En estas condiciones no puede asombrar que el incesto -- aparezca en la literatura tolerada, casi exclusivamente como tragedia. El tema de Edipo ha sido repetido muchas veces. También se han repetido los amores trágicos entre hermanos y her

manas, y los románticos en que la pareja descubre su parentesco en el momento crítico. Esta trama se repite monótonamente en las primeras novelas norteamericanas.

SHELLY opinaba que el incesto era "una circunstancia muy poética", y lo demostró en CAON Y CITNA y en los CENCL.

BYRON cuyos admiradores no están seguros de que haya o no cometido incesto con su hermanastra, o de que se haya limitado a atormentar a su mujer haciéndole creer, escribió ciertamente sobre él, como en MANFREDO, SHILLER en DON CARLOS Y -- THOMAS MANN en el Elegido imponen un severo castigo y una insportable coraza de culpa simplemente por imaginar deleites incestuosos. (43)

"Rara vez ha sido tratado el tema en forma ligera.

JOHN FORD lo logró en Lástima que sea una Perdida, en 1933 y una generación después, ROCHESTER presentó como alta comedia la escena incestuosa entre la Princesa SWIVIA y el Príncipe -- PRICKET. Pero la pieza de FORD era demasiado fuerte para la mayoría de las generaciones de espectadores teatrales de habla inglesa y la de ROCHESTER nunca fué presentada al público.

Uno de los pocos casos fronterizos en que el incesto no es ni la tragedia de Edipo, ni la comedia de Rochester, ni el atletismo sexual de un par de heroínas de Brantôme, era una novela de comienzos de siglo llamada El Yugo, de HUBERT WALES, donde una madre seducía a su hijo para 'salvarlo' de una muchacha a la que aquélla consideraba un peligro.

Este ejemplo exagerado de lo que más tarde habría de llamarse "HAMITIS" (MOMISM) fué prohibida por los tribunales britá

nicos en 1907." (44)

Nos encontramos casos de incestos famosos, que incluso se han escrito en obras literarias de ahí han pasado al cine, tales como la vida de la famosa familia italiana de origen español; Los Borgia.

Rodrigo Borgia, fué Papa con el nombre de Alejandro VI y nació en Játiva (España) en 1431, fué Sumo Pontífice en los años de 1492 a 1503, sus hijos fueron: César Borgia y Lucrecia Borgia, mujer ambiciosa y cruel a la cuál se le acusó de tener relaciones incestuosas con su padre y con su hermano. Su vida fué llevada al cine con el título de "Adios Hermano Cruel".(45)

De los más notables incestos nos habla ROBERT GRAVES, en su novela histórica "Yo Claudio" en la cuál nos relata toda la vía imperial de los Augustos, Tiberios y Claudios. Nos relata como Livia, esposa de Tiberio Emperador Romano, mandó matar a Agripa quién fue acusado de cometer incesto con su hija Marcelina. Asimismo Gayo y Lucio fueron también acusados del delito de incesto con su madre, y por ello fueron sacrificados. (46)

Considero que de todas las relaciones incestuosas que han existido a través del tiempo y se han escrito sobre ellas, la más apasionada y terrible fué la de Calígula con su hermana Drusilla.

Para darnos una idea de lo anterior es necesario hacer una breve semblanza de este Emperador Romano. Llega al poder des---

pués de haber cometido innumerables crímenes entre otros mató a su padre cuando tenía ocho años de edad, y para llegar a Emperador mató a su abuelo Tiberio.

Una vez en el poder se proclama Dios y cometió toda clase de locuras, como fué nombrar Senador y después Consul a su caballo - 'Incitato'.

Tratando de superar al Dios Júpiter tiene relaciones con sus tres hermanas, ya que decía que Júpiter sólo tuvo relaciones con su hermana Juno.

Calígula vivió con su hermana Drusila la Menor en calidad de concubina y cuando él se proclamó Dios, a ella la elevó a la categoría de Diosa.

Lo más aberrante sucedió al embarazar a su hermana y en un ataque de locura, con una daga le abrió el vientre para sacarle el producto, justificándose al decir que no podría haber otro Dios -- que no fuera él mismo.

En México también se han escrito algunas obras sobre este tema: El escritor Luis Spota escribió: "La última carcajada del gato". Este es un relato de la vida real que sucedió en una casona de San Angel y se le conoció como el "Castillo de la Pureza", posteriormente se filmó y fué representada en teatro.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1). Carrel Alexis, La Conducta en la Vida, primera edición, Editora Zarco, S.A. México, pág. 74.
- (2). Cfr. Caso Antonio. "Sociología". Sexta Edición. Editorial Porrúa México 1951, pág. 280 y ss.
- (3). Loc. Cit.
- (4). Biblia, Libro de Moises, El Génesis. Versículos 27 y 28. Editorial Española Desclee de Brauer, S.A. 1976. Menao, 6-Bilbao-9. pág. 5.
- (5). Floris Margadant, Guillermo, "Derecho Romano". Editorial, Esfinge, México, 1970, pág. 189
- (6). Mommsen, Theodor, "Historia de Roma", Trad. de García Moreno, Tomo I, Editorial Aguilar, Madrid, 1956 pág. 44.
- (7). Petit, Eugéne "Tratado elemental de Derecho Romano, Trad. de Fernández - Gonzalez, José. Editorial Nacional, México, 1971 pág. 97 y Sig.
- (8). Floris Margadant, Guillermo, Ibid pág. 206.
- (9). Mommsen, Theodor, Ibid pág. 67.
- (10). Floris Margadant, Guillermo, Ibid pág. 200.
- (11). Cfr. Escriche Joaquín, "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". 3a. Edición, Editorial Casa de los Señores Ojea y Compañía, Madrid España, 1847 pág. 204.
- (12). Loc. Cit.
- (13). Historia Antigua de México, Sacada de los Mejores Historiadores-Españoles. Obra escrita en Italiano por el Abate Don Francisco - Javier Clavijero. Traducida por el Dr. D. Francisco Pablo Vazquez. Imprenta de Juan N. Navarro, Editor, México 1853. pág. 159.
- (14). Ibid, pág. 159.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (15). Martínez Roaro, Marcela "Delitos Sexuales". Editorial Porrúa, México 1975, pág. 35.
- (16). Loc. Cit.
- (17). Loc. Cit.
- (18). Ibid, pág. 36.
- (19). Marchiori, Hilda, "Psicología Criminal" 3a. Edición. Editorial Porrúa, México 1979, pág. 44.
- (20). Loc. Cit.
- (21). Cfr. Loc. Cit.
- (22). Ibid, pág. 45.
- (23). Vila Treviño, Homero y Dr. Sapima R. Santiago, "Clínicas Pediátricas de Norteamérica, Nueva Editorial Interamericana, S.A. de C.V., México 1980, Volumen IV/ 1979, pág. 885.
- (24). Loc. Cit.
- (25). Loc. Cit.
- (26). Loc. Cit.
- (27). Ibid, pág. 896.
- (28). Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XV. Editorial Bibliográfica Argentina, S de RL, país Argentina, pág. 368
- (29). Loc. Cit.
- (30). Loc. Cit.
- (31). Cueli, José y Raidl Lucy, "Teoría de la Personalidad". Editorial Trillas, Primera Edición, México 1972, pág. 9 y ss.
- (32). Loc. Cit.
- (33). Loc. Cit.
- (34). Seignobos Ch., Historia Universal, Tomo I, Editora Nacional, México, págs. 310 y 311.
- (35). Cueli, José y Raidl Lucy, Op. Cit. pág. 46 y ss.

- (36). Freud Sigmund, Totam y Tabú, Obras Completas, Tomo VIII, Editorial Iztaccihualt, S.A., México, pág. 10.
- (37). Freud Sigmund, Op. Cit. pág. 12
- (38). Freud Sigmund, Op. Cit. págs. 15.
- (39). Ibid, pág. 32.
- (40). Cueli, José y Reidl Lucy. Op. Cit. pág. 46 y ss.
- (41). Vela Treviño y otros, Op. Cit. pág. 895.
- (42). Ibid, pág. 897.
- (43). Lohn, David, "Pornografía, Erotismo y Literatura", Editorial Paidós. Buenos Aires, Argentina, Volumen L-10, pág. 287.
- (44). Loc. Cit.
- (45). Cfr. Pequeño Larousse Ilustrado por Miguel de Toro y Gisbert. Editorial Larousse. México 1970, pág. 1163.
- (46). Graves, Robert, "Yo , Claudio", Plaza & Janes, S.A. Editores. Sexta Edición. Barcelona 1979. pág. 293

CAPITULO TERCERO

ASPECTOS LEGALES DEL INCESTO.

A. Concepto

B. Códigos Penales de 1871, 1929 y 1931

C. Códigos Penales de los Estados

D. Repercusiones civiles del incesto

E. Jurisprudencia sobre el incesto

C A P I T U L O T E R C E R O

ASPECTOS LEGALES DEL INCESTO

S U M A R I O :

- A. Concepto.- B. Códigos Penales de 1871, 1929 y 1931.-
C. Códigos Penales de los Estados.- D. Repercusiones civiles del incesto,- E. Jurisprudencia sobre el incesto.

A. Concepto.-

El delito de incesto, ha sido definido en diferentes formas, según los diversos autores que atienden el tema.

CARRARA, lo define como "la unión carnal entre dos personas de diferente sexo, ligadas por vínculos de parentesco que impiden el matrimonio de los mismos". (47)

CHAUVEAU-HELIE, lo define como: "El comercio ilícito que tiene lugar entre personas que no pueden casarse a causa de su parentesco por consanguinidad o afinidad". (48)

TUOZZI, expresa que: "Es la relación carnal entre dos personas con estrecho vínculo de parentesco". (49)

GONZALEZ DE LA VEGA, lo define: "Como la relación carnal -- entre parientes tan cercanos que, por respeto al principio exogámico regulador moral y jurídico de las familias, les está absolutamente vedado el concubito y contraer nupcias". (50)

Por lo anterior consideramos que el incesto se podría definir, como una relación sexual voluntaria, punible en virtud de ser efectuada entre personas que tienen conocimiento de su parentesco por la ley.

B. Códigos Penales de 1871, 1929 y 1931.-

En nuestro código penal de 1871 no se consideró el incesto como delito autónomo, sino que era considerado como agravante de otros delitos, la unión entre parientes por consanguinidad hasta el segundo grado en línea colateral, y el de afinidad en línea-recta entre el delincuente y el ofendido, o sea el ascendiente o descendiente de la víctima. (Artículo 46 fracción XV). (51)

En nuestra legislación aparece el incesto como un delito - típico en el código penal de 1929. "Los padres que tuvieren relaciones sexuales con sus hijos, perderan todos los derechos -- que sobre ellos ejercieran y se les aplicará segregación por -- más de dos años, según la temibilidad revelada. Los hijos quedarán al cuidado del consejo supremo de Defensa y Prevención Social para su educación, corrección o regeneración (Art. 876).

El incesto entre hermanos se sancionará con una multa de quince a treinta días de utilidad y permanencia mínima de un año en establecimientos educativos o de corrección, si alguno o ambos fueren menores. El mayor se le aplicará segregación hasta por dos años."(Art. 877) (52)

Vemos que en este código cuya vida fue efímera únicamente se imponen medidas tutelares tratándose de los hermanos, y en el caso de los padres se limita a la separación del incesto entre ascendientes y descendientes.

El código penal vigente en la actualidad fue promulgado el 13 de Agosto de 1931 por el Presidente Pascual Ortiz Rubio, y se refiere al incesto en su artículo 272, que a la letra dice:

Artículo 272.- "Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.

La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión.

Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos" (53)

El Código Penal de 1931 incluye la estructura del delito de incesto en su título décimo quinto, bajo la denominación de "Delitos Sexuales", que será analizado en los siguientes capítulos con más detenimiento.

Por otra parte dentro del delito de violación encontramos la siguiente agravante que se vincula estrechamente con nuestro objeto de estudio: Artículo 266 Bis párrafo segundo que dice: "Además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, se impondrán de seis meses a dos años de prisión cuando el delito de violación fuere cometido por un ascendiente contra un descendiente, por éste contra aquél, por el tutor en contra de su pupilo, por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra del hijastro. En los casos en que la ejerciera, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, así como el derecho de heredar al ofendido..." (54) De ésta descripción observamos algo muy interesante y es en el sentido de que no incluye las relaciones violentas entre hermanos.

C. Códigos Penales de los Estados.-

Sin embargo, este Código ha marcado la pauta a las legislaciones de los Estados de la República Mexicana en las que sólo encontramos algunas diferencias de matiz y no de grado o diferente terminología para señalar las mismas conductas como pasamos a demostrarlo brevemente:

1) Códigos que emplean la misma terminología que el Código Penal para el Distrito Federal:

Los de Colima (artículo 238); Chiapas (artículo 274); Chihuahua (artículo 247); Durango (artículo 233); Guanajuato (artículo 211); Guerrero (artículo 239); Hidalgo (artículo 258); Nayarit (artículo 228); Nuevo León (artículo 262); Oaxaca (artículo 253); Querétaro (artículo 252); San Luis Potosí (artículo 293); Sinaloa (artículo 237); Tabasco (artículo 269); Tlaxcala (artículo 249); y Zacatecas (artículo 247).

2) Códigos que en lugar de emplear las expresiones "relaciones sexuales" utilizan el concepto de "cópula";

Los de Tamaulipas (artículo 259); Sonora (artículo 220); -- Campeche (artículo 241); México (artículo 184).

3) Códigos que emplean diferentes terminología para definir el incesto:

Los de Morelos, en su artículo 244, que textualmente preceptúa: "Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos a los ascendientes que satisfagan un deseo erótico - sexual o cópula con sus descendientes, mediante el consentimiento de estos. La misma sanción será aplicada a los últimos y en el caso de incesto entre hermanos.

Se equiparan el incesto los actos que menciona este artículo, si se comete entre adoptantes y adoptivos, o entre padrastro o madrastra y sus hijastros. La sanción en estos casos será de seis meses a cuatro años de prisión," (35)

Aguascalientes, que en varios artículos se refiere al incesto:

Artículo 244.- "Constituye el delito de incesto la cópula habida entre ascendientes y descendientes o entre hermanos."

Artículo 245.- "A los ascendientes que cometan el delito de incesto se les aplicará prisión de uno a seis años y multa de cien a mil pesos".

Artículo 246.- "A los descendientes y hermanos que cometan el delito de incesto se les aplicará sanción de seis meses a -

tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos".

Artículo 247.- "No se aplicará sanción alguna al ascendiente, descendiente o hermano que no haya prestado su pleno consentimiento para el incestuoso".

Artículo 248.- "Cuando el incesto se acompañe con otro delito se atenderá a las reglas de acumulación." (56)

Michoacán, que encuadra el incesto bajo el rubro de "Delitos contra la Familia" (artículo 219). (57)

Veracruz, que en su artículo 206, expresamente estipula: "Se impondrá prisión de uno a seis años y multa de quinientos pesos a tres mil pesos, a los que hallándose en relación de parentesco en línea recta sin limitación de grado, tengan cópula entre sí. Esta misma sanción se aplicará en caso de cópula entre hermanos". (58)

4) Códigos que no incluyen el incesto como delito:

Los de Puebla, Yucatán y Jalisco, éste último agrava la penalidad de los delitos de raptó, atentados al pudor, estupro y violación cuando son cometidos por ascendientes, entre hermanos o por tutores con sus tutorados. (artículo 245). (59)

D. Repercusiones civiles del incesto.-

El código civil para el Distrito Federal considerará como impedimento para contraer matrimonio el parentesco por consanguinidad y el parentesco por afinidad. Dispensa el parentesco por consanguinidad en línea colateral desigual.

Artículo 241.- Del Código Civil para el Distrito Federal:

"El parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio, pero si después se obtuvieren dispensa y ambos cónyuges, reconocida la nulidad, quisieren espontáneamente reiterar su consentimiento por medio de una acta ante el juez del registro civil, quedará revalidado el matrimonio y - surtiré todos sus efectos legales desde el día en que primariamente se con-
trajo.

Artículo 270.- "Son causas de divorcio los actos inmorales ejecuta-- dos por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos ya lo sean éstos de ambos, ya de uno solo de ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones.

Por lo antes dicho es importante establecer lo que entiende nuestro Código Civil por parentesco:

Artículo 292.- La ley no reconoce más parentesco que los de consan--
guinidad, afinidad y el civil.

Artículo 293.- El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

Artículo 294.- El parentesco de afinidad es el que se contree por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón.

Artículo 295.- El parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado. (60)

Artículo 241.- Del Código Civil para el Distrito Federal:

"El parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio, pero si después se obtuvieren dispensa y ambos cónyuges, reconocida la nulidad, quisieren espontáneamente reiterar su consentimiento por medio de una acta ante el juez del registro civil, quedará revalidado el matrimonio y - surtirá todos sus efectos legales desde el día en que primeramente se contrajo.

Artículo 270.- "Son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos ya lo sean éstos de ambos, ya de uno solo de ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones.

Por lo antes dicho es importante establecer lo que entiende nuestro Código Civil por parentesco:

Artículo 292.- La ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y el civil.

Artículo 293.- El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

Artículo 294.- El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón.

Artículo 295.- El parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado. (60)

En la violación se protege la libertad sexual del sujeto pasivo que es siempre individual, y en el incesto el bien jurídico tutelado es el principio exogámico y la base moral de la familia tal como se encuentra organizada actualmente.; así cuando con un solo hecho se lesionan ambos valores tutelares, los dos delitos en cuestión quedan, siendo jurídicamente posible su coexistencia".

Amparo Directo 4234/1962. Melesio Martínez. Agosto 29 de -- 1963. 4 votos. Ponente: Mtro. Manuel Rivera Silva. 1a. Sala. -- Sexta Epoca. Volúmen CXXIV, Segunda Parte. Pág. 26.

TESIS 2175. VIOLACION E INCESTO PROCEDENCIA DE LA ACUMULACION IDEAL DE LOS DELITOS DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS) Pág. 887. "Tratandose de las figuras autónomas en que ninguna -- subsume a la otra y ejecutandose los delitos con un sólo hecho -- verificado en un sólo acto, con transgresión de varias disposiciones legales que señalan sanciones diversas, se está en concurso formal que en los términos del Artículo 60 del Código Penal Local, corresponde aplicar la sanción mayor que podrá aumentarse -- hasta en una mitad más del máximo de su duración.

Amparo Directo 6269/1960. Miguel Castañeda de Jesus. Junio 9 1961. 5 votos. 1a. Sala. Sexta Epoca. Volúmen XC. Segunda Parte. Pág. 30.

INCESTO Y VIOLACION, INCOEXISTENCIA DE LOS DELITOS DE (HOMOSEXUALIDAD).--"Confore a la tipificación legal del delito de incesto a la legislación penal del estado de Morelos, éste existe cuando los ascendientes tienen cópula con sus descendientes, 'mediante

el consentimiento de éstos', y si de acuerdo con la declaración imputativa de la ofendida y dada su condición sexual de impúber, la relación carnal le fue impuesta por su progenitor, es obvio que el ilícito de que se trata no llegó a configurarse, ante la falta de consentimiento de la agraviada para la realización del acto sexual, precisamente por su minoría de edad que, por esta circunstancia, presupone ausencia de discernimiento.

En estas condiciones, la tesis jurisprudencial número 299- establecida por esta primera sala, respecto a que 'El delito de violación y el de incesto son figuras autónomas, sin que alguna de ellas rechace a la otra, aunque ambos ilícitos se ejecuten - en un solo hecho verificado en un solo acto', no es válida tratándose de la legislación punitiva del Estado de Morelos y de los demás estados que en la tipificación del delito de incesto exigen en la realización de la realización de la cópula entre ascendientes y descendientes 'El consentimiento' de éstos elementos de su existencia material, por lo que en presencia de esta exigencia legal, la aludida jurisprudencia, en los casos de infracciones penales de violación e incesto no coexisten.

Amparo Directo 1504/1974. J. Guadalupe Ariza Arroyo. Julio 12 de 1974. Unanimidad de votos. Ponente Mtro. Ezequiel Bургuete FARRARA. 1a. Sala. Séptima Epoca, Volúmen 67. Segunda Parte. Pág. 23

TESIS 2410. VIOLACION E INCESTO, JURISPRUDENCIA. «El delito de violación y el de incesto son figuras autónomas, sin que»

alguna de ellas rechace a la otra, aunque ambos ilícitos se ejecuten en un solo hecho verificado en un solo acto". TOMO CXXVII A.D. 7246/1949. 5 votos.

A.D. 2491/1959.- José Veda Huerta Gámis. 5 votos. Sexta - Epoca. Vol. XXVI. Segunda Parte. Pág. 96.

A.D. 4234/1962.- Melesio Martínez Mayoría de 4 votos. Sexta Epoca. Volúmen XC. Segunda Parte. Pág. 24.

A.D. 6269/1960.- Miguel Castañeda de Jesús. 5 votos. Sexta Epoca. Vol. XC. Segunda Parte. Pág. 30

INCESTO Y VIOLACION. NO PUEDEN COEXISTIR. (LEGISLACION - DEL ESTADO DE MORELOS).- "Al quejoso se le condenó como penalmente responsable de los delitos de incesto y violación, y si bién conforme al artículo 244 del Código Penal del Estado de - Morelos, para que se configure el delito de incesto es necesario el consentimiento de los descendientes, aún cuando sean -- adoptivos, y en cambio para que se integre la violación es me nester que la cópula se efectuó sin la voluntad del pasivo, - es obvio que en el caso de no existir voluntad de la menor - ofendida, para tener relaciones con su padre adoptivo, sólo - puede configurarse el delito de violación, más no el incesto, ya que para que este delito se integrara, era necesario el -- consentimiento del sujeto pasivo, hecho que no ocurren en la especie. Cabe advertir, que este razonamiento de ninguna manera se aparta de la jurisprudencia que respecto a la coexistencia de estos delitos sustenta esta H. Suprema Corte de Justicia, ya que dicho criterio sólo impera con relación a aque---

llas legislaciones que no prevén como la del Estado de Morelos, el consentimiento de los descendientes en el delito de incesto".

Amparo Directo 4007/73.- Francisco García Hernández.- 23 - de Noviembre de 1973.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Ezequiel Burguete FARRARA. Informe 1973. Primera Sala. Pág. 44.

INCESTO Y VIOLACION. CUANDO NO PUEDEN COEXISTIR LOS DELITOS DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE TABASCO).- "Como en el texto del artículo 243, párrafo segundo, de la Codificación Penal de la Entidad Federativa aludible se preceptúa que: Además de las sanciones que señala el numeral 241, que tipifica el delito de violación, se impondrán de seis a dos años de prisión, cuando este incesto fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, de ahí resulta que el incesto no se configura como delito autónomo al perpetrarse la violación por un padre en contra de su hija, porque los hechos que podrían configurar aquel delito se subsumen dentro de violación como un agravante de la penalidad de este, dando el parentesco de la víctima con el sujeto activo".

Amparo Directo 96/77.- Cornelio León Montero,- 18 de Mayo de 1977. Unanimidad de Votos.- Ponente: Rafael Barredo Pereira.- Secretaría: Leticia Camacho Arias.

Informe 1977. Tribunal Colegiado del Décimo Circuito. Pág: 472.

TESIS 66. VIOLACION E INCESTO.- ARTICULO 266 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. - "La Jurisprudencia número-

339, visible en la página 725 del volúmen correspondiente a la Primera Sala, última compilación, dice:

"Violación e Incesto.- El delito de violación y el de incesto son figuras autónomas, sin que alguna de ellas rechace a la otra, aunque ambos ilícitos se ejecuten en un solo hecho verificado en un solo acto". No obstante, esta jurisprudencia se conformó antes de que adicionará el artículo 266 Bis referido, que fuera publicado en el Diario Oficial de la Federación del 20 de Enero de 1967. A virtud del artículo adicionado la violación en agravio de su descendiente constituyo una calificativa de la violación genérica.

Luego, el incesto no constituye un delito autónomo al verificarse la violación por un padre contra su hija, porque los hechos que podrían configurar aquel delito se subsume dentro de la violación agravada.

La Jurisprudencia citada deja de ser entonces aplicable a la legislación que como la del Distrito Federal califiquen la violación cuando recaé en un descendiente y, consecuentemente, el incesto solo comprende los casos en que no concurre violencia física o moral en la relación sexual".

Amparo Directo 5574/80.- Jesús Carrillo Cruz.- 4 de Marzo de 1981. 5 votos.- Ponente: Raúl Cuevas Manterón. Secretario: Víctor Ceja Villaseñor.

C I T A S B I B L I O G R A F I C A S

- (47). Carrara, Francisco, "Curso de Derecho Criminal ". Parte Especial Volúmen III. Editorial Buenos Aires, Argentina, 1946, pág. 439.
- (48). Chauveau - Helle. "Teoría del Codice Penale". Volúmen II. Nápoles 1895. pág. 136.
- (49). Tuozzi, Mascuale. "Corso di Diritto Penale, Parte Speciales" Volúmen II. Nápoles 1923, pág. 599.
- (50). González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano. Los delitos. Editorial Porrúa, 18a. Edición. México, 1982, pág. 426.
- (51). González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. 4a. Edición. Editorial Porrúa. México 1979, pág. 181.
- (52). González de la Vega. Op. Cit. pág. 426.
- (53). Ibid, pp. 426 y ss.
- (54). Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa. TrigesimonoVENENA Edición. México 1984, pág. 99.
- (55). González de la Vega, Ibid, pág. 426.
- (56). Ibid, pág. 426 y ss.
- (57). Loc. Cit.
- (58). Loc. Cit.
- (59). Loc. Cit.
- (60). Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. 52a. Edición. México 1983, pág. 88, 95 y 100.

CAPITULO CUARTO

ESTUDIO ANALITICO DEL INCESTO

A) Breves Consideraciones

B) Analisis de los elementos del delito en estudio
así como de sus aspectos negativos.

1. Conducta
2. Tipicidad
3. Antijuricidad
4. Imputabilidad
5. Culpabilidad
6. Punibilidad

CAPITULO CUARTO
ESTUDIO ANALITICO DEL INCESTO

SUMARIO:

A. Breves Consideraciones. B. Análisis de los elementos del delito en estudio así como de sus aspectos negativos: 1. Conducta. 2. Tipicidad. 3. Antijuricidad. 4. Imputabilidad. 5. Culpabilidad. 6. Punibilidad.

A. En los capítulos anteriores hemos tratado de dar una semblanza del incesto en sus aspectos históricos, sociales, psicológicos y legales.

Ahora bien, para que un acto humano, se considere como delito, es menester que le antecedan una norma jurídica, la cual al violarla produce el delito, el cual requiere para su existencia que la ley lo tipifique -- como tal.

Habiendo señalado esto, es importante hacer un estudio analítico de los elementos del delito de incesto, así como de sus aspectos negativos, para tener una visión amplia de las características que reviste a este ilícito.

B. Análisis de los elementos del delito en estudio así como de sus aspectos negativos:

1. **CONDUCTA Y HECHO.**- La generalidad de los autores consideran a la conducta como un elemento que tiene una prelación lógica, respecto a los otros del delito; lo que ha hecho decir a ANTOLISEI --- "el delito es ante todo 'acción humana'. El fenómeno de la naturaleza o el hecho animal, como todos saben, nunca puede constituir delito. Sin la acción el delito no es concebible". (61)

Para designar a este elemento se emplean diversos términos: acción, acto, acaecimiento o mutación el mundo exterior, hecho y -- conducta. Nosotros, sin adentrarnos en el examen de cada uno de los términos citados, creemos que para describir cabalmente a este elemento, es necesario que adoptemos una posición compuesta, es decir, según la hipótesis planteada será conducta o hecho; si únicamente-- aceptáramos como elemento a la sola conducta, dejaríamos fuera los casos en los que el tipo hace referencia a un resultado material;-- ya que la conducta puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo: la acción y la omisión, mas no se dice que pueda incluir al resultado; por lo que nos encontramos ante conducta cuando se trata de un ilícito de mera actividad. Ahora bien, si aceptamos solamente el término hecho, resultaría excesivo, porque -- comprendería además de la conducta, el resultado material consecuencia de aquélla.

Solamente sería aceptable el término hecho para designar genéricamente el elemento objetivo, si previamente se le asignara una significación y alcance convencionales; ya que se prestaría a sin número de confusiones en función de que vulgarmente hecho es todo

lo que acontece, lo que sucede. Como señala BINDING " con esta palabra se designa todo acontecimiento, nazca de la mano o de la mente del hombre o acaezca por caso fortuito". (62)

PORTE PETIT distingue la conducta del hecho; "éste se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. La sola conducta -- agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el tipo, como sucede en los delitos de mera actividad que carecen de un resultado material. Por otra parte, la conducta es un elemento del hecho cuando según la descripción del tipo, existe una mutación en el mundo exterior, es decir, se precisa un resultado material. En este último caso, la conducta puede presentarse en forma de acción, omisión y comisión por omisión; mientras la acción se integra mediante una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión), la omisión y la comisión por omisión se conforman con una inactividad voluntaria, diferenciándose en que, mientras en la omisión hay violación de un deber jurídico de obrar, en la comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos; uno de obrar y otro de abstenerse" (63). Por nuestra parte creemos que está en lo justo el profesor mexicano y que, por ende, al elemento objetivo debe denominarse conducta unas veces y hecho otras.

El elemento objetivo en el incesto.- Para señalar el elemento objetivo en el delito de incesto, vamos a hacer la transcripción de la disposición legal correspondiente:

"Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes. La pena aplicable a estos últimos, será de seis meses a tres años de prisión. Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos."

En este precepto se describe el elemento objetivo por medio de las palabras tengan relaciones sexuales; de lo que deducimos, como asentamos en capítulo anterior, que nos encontramos ante un delito de mera actividad, ya que el tipo no precisa de un resultado material para que el elemento objetivo se integre, por lo que en este delito debemos hablar solamente de conducta positiva y no de hecho ya que es una ejecución, una actividad, una acción (stricto sensu) que no requiere de un resultado material.

Es conveniente apuntar, desde ahora, que nuestro Código Penal al tratar los delitos sexuales, constituye el elemento objetivo característico de los mismos, en el contacto sexual carnal, utilizando los siguientes términos: acceso carnal, relaciones sexuales y cópula, términos que para los efectos de nuestro estudio debemos considerar o interpretarlos como sinónimos.

Debemos entender, pues, que la relación sexual de que habla el tipo, es precisamente la cópula, es decir, el acceso carnal aún por conducto diferente del normal. En otros términos, la conducta se encuentra configurada por la acción de introducción del apéndice genital masculino y no solamente por simples actos libidinosos

diversos de la conjunción carnal entre parientes. Este tipo de actos no constituyen el delito de incesto.

Según dijimos, el elemento objetivo en el delito de incesto es el tener una relación sexual, pero siempre a condición de que se satisfagan los demás elementos propios del ilícito, como son:

- a).- Que la relación sexual se efectuó entre ascendientes y descendientes; o bien
- b).- Que dicha relación se realice entre hermanos;
- c).- Que haya consentimiento pleno de los sujetos que van a efectuar la relación sexual, y
- d).- Que ambos sujetos o uno al menos, conozcan el parentesco que los une.

El resultado.- El hecho mismo de haber asegurado que el delito de incesto es un ilícito de mera actividad, trae como consecuencia que ahora analicemos lo que debe entenderse por resultado.

El estudio se ha llevado a cabo por dos principales corrientes:

- 1).- La que estudia el resultado desde el punto de vista naturalístico o material, y
- 2).- La que parte de una concepción jurídica o formal.

¿Qué debe entenderse por resultado, según la primera de las corrientes?

BATLAGLINI considera que "el resultado lo constituye la modificación del mundo externo producida por la acción positiva o negati-

va del agente". (54)

La doctrina ha sostenido que la modificación del mundo externo puede consistir en las siguientes tres clases de resultado:

- a).- Físico y psíquico,
- b).- Físico, fisiológico y psíquico, y
- c).- Físico, fisiológico, anatómico y psíquico.

Al respecto veremos las opiniones de diversos autores.

ANTOLISEI escribe que "los efectos de la acción humana, además de ser muy numerosos, en general son de diversa naturaleza en relación con la infinita variedad del mundo exterior. Desde el punto de vista del Derecho nos interesa hacer notar que los efectos de la acción pueden ser físicos, en cuanto se verifican en la realidad física (ejemplo: la modificación de la forma de una cosa, como la alteración de una escritura, la ruptura de un dique, etc.); fisiológicos, si se verifican en el cuerpo del hombre (una lesión personal); son, en fin psicológicos si se verifican en el alma humana". (55)

CUELLO CALON manifiesta "el resultado de la acción es el efecto externo de ésta que el derecho penal toma en cuenta para sus fines. Consiste en una modificación del mundo externo (por ejemplo, la muerte de un hombre, el incendio de una casa) o en el peligro de que ésta se produzca (por ejemplo la fabricación no autorizada de substancias nocivas a la salud para expenderlos). La modificación del mundo externo puede ser física (en el caso citado de la muerte de un hombre) o psíquica (la percepción de una expresión injuriosa)"

JIMENEZ DE ASUA explica que "el resultado no es solo un cambio en el mundo material, y menos el estricto daño y menos aún el concreto y efectivo perjuicio, que sólo nos importa en la responsabilidad civil. También es 'resultado' la mutación en el mundo psíquico externo, como la impresión que causa la injuria en el sujeto pasivo que la recibe en privado o enviada por carta". (67)

JIMENEZ HUERTA a semejanza de los autores citados, partícipes de la corriente en estudio, considera que los resultados pueden ser físicos, fisiológicos, anatómicos y psíquicos. (68)

Siguiendo a PORTE PETIT aceptamos que la modificación del mundo exterior puede ser física, fisiológica o psíquica y que todos es-
tos tipos de mutaciones quedan incluidos en el concepto de resultado material o cambio en el mundo exterior; pero siempre y cuando el tipo considere, para la configuración de la conducta, que ya en uno u otro sentido el resultado deba operarse. (69)

¿Qué debe comprenderse como resultado, según la doctrina jurídica o formal?.

PORTE PETIT afirma que "el resultado ha de entenderse en forma diversa a la concepción naturalística, o sea como una mutación o cambio en el mundo jurídico o inmaterial". (70)

CUELLO CALON nos explica qué debe entenderse como mutación en el campo jurídico, lo que hace en los siguientes términos: el resultado de la acción, en la concepción formal o jurídica, es la lesión

o daño del bien jurídico penalmente protegido. (71)

PETROCELLI Y PANNAIN se expresan en el mismo sentido, es decir que la mutación en el mundo de lo jurídico o inmaterial, se debe a la ofensa o lesión inferida al interés que la norma penal está protegiendo. (72) y (73)

De la exposición concreta de las dos corrientes, fácil es darse cuenta de que la diferencia es muy grande. Dice PETROCELLI:

"Las dos concepciones son netamente diversas. Baste considerar que aceptando la primera es preciso admitir que el resultado no es elemento esencial general del delito, en cuanto que está previsto por la ley solamente para algunas figuras del delito y no para todas; en tanto que, acogiendo la segunda, es menester también aceptar el concepto de que el resultado no puede faltar en ningún delito, ya que no puede haber delito sin ofensa de un interés protegido". (74)

ANTOLISEI manifiesta que "La diferencia entre las dos concepciones es profunda, el resultado entendido como modificación del mundo exterior relevante para el derecho penal, es una entidad agregada a la conducta del hombre; es una entidad natural, distinta y diversa del comportamiento del sujeto, en tanto que la ofensa del bien protegido es el mismo hecho humano considerado desde el punto de vista de la tutela jurídica, además de que las consecuencias de las dos concepciones son diversas, porque mientras para la naturalista, el resultado puede faltar en el delito, la concepción jurídica lo considera como elemento esencial." (75)

Con base en estos dos autores, creemos que la concepción material del resultado se apega más a la realidad jurídica, en virtud de que es útil para saber y diferenciar la estructura de los varios delitos, según si el tipo exige o no un resultado, facilitando, por lo tanto, la investigación técnica o material de los ilícitos penales.

En cambio, si aceptáramos la corriente que considera la mutación en el mundo exterior como solamente jurídica, nos encontraríamos con que todos los delitos son de resultado, y a la conducta se ría preferible, entonces, llamarla hecho y evitar así las discusiones que ha suscitado el elemento objetivo del delito. Por los mismo somos partidarios de que sí existen delitos de mera actividad, como lo es el incesto, objeto del presente trabajo; ya que como antes dijimos, no es un delito de resultado material.

Existen varias posiciones para saber qué cosa es el resultado en la teoría del delito; a saber; 1).- Quienes lo consideran como un elemento del delito (Pannain, Vannini y Ranieri); 2).- Los que niegan tal carácter, ya que si el resultado no aparece en todos los delitos, no puede ser elemento constitutivo del mismo (Cuello Calón y Antoliseff); 3).- Los que sostienen que es un elemento de la acción; 4).- Los que afirman que es una consecuencia de la conducta; y 5).- Los que expresan que es un elemento del hecho. (76)

Estando conformes en que el resultado material es una conse--

cia de la conducta (acción u omisión) y elemento constitutivo del hecho, que a su vez, es elemento objetivo del delito. Para ser más concretos diremos que el resultado material es un elemento del delito, cuando éste lo constituye el hecho. (77)

Medios de Comisión del delito de incesto.- La conducta puede manifestarse mediante haceres positivos o negativos; es decir, por actos o por abstenciones. Tratándose del delito de incesto solamente puede ser cometido por una acción (stricto sensu), conclusión a la que llegamos, después de saber qué es lo que se entiende por acción y qué por omisión.

El acto o la acción, en sentido estricto, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. La omisión en cambio, consiste en un abstenerse de obrar simplemente en una abstención;

En efecto, en los delitos de acción, se hace, se ejecuta lo-- que está prohibido, infringiéndose de esta manera una ley de carácter prohibitivo; en cambio en los delitos de omisión se deja de -- hacer o ejecutar lo que de manera expresa está mandando una ley dispositiva.

Es conveniente que hagamos la distinción entre la omisión simple y la comisión por omisión. Esta entraña una doble violación de deberes; de obrar y de abstenerse. "Existe un delito de comisión - por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por

un no hacer, voluntario o culposo (delitos de olvido), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva", (78)

Atento lo anterior, es sencillo derivar que el delito de incesto, por su propia naturaleza, solamente puede ser un delito de acción en sentido estricto, porque el tipo exige una actuación positiva atentando los términos empleados.

Clasificación del delito de incesto en función del elemento Objetivo, por su duración y por el resultado.- En orden a la conducta el incesto se clasifica como delito de acción, ya que no es posible que revista la forma de omisión o de comisión por omisión.

Por su duración se clasifica como un delito instantáneo, porque la violación de la norma que lo prevé, opera al realizarse la conducta; y

Por su resultado se clasifica como un delito formal, porque se consuma al efectuarse el acceso carnal, es decir, por la simple actividad, como anteriormente hemos señalado.

Aspecto negativo de la Conducta; hipótesis, que pueden presentarse.- El aspecto negativo de la conducta, no es más que la ausencia de ésta, y que por lo mismo impide la formación de la figura delictiva, porque la actuación humana, positiva o negativa, es la base indispensable del delito. Si la conducta está ausente, no habrá delito a pesar de las apariencias.

La vis absoluta o fuerza física exterior irresistible, a que se refiere la fracción I del artículo 15 del Código Penal vigente es una de las causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta.

La conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, porque la manifestación de voluntad no existe. (79)

PAVON VASCONCELOS externa el criterio de que "además de la vis absoluta, son verdaderos aspectos negativos de la conducta: el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en que su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias". (80)

Por lo que el delito de incesto se refiere, creemos que es posible que los sujetos del mismo se encuentren en situaciones tales, que no obstante efectúen la relación sexual, no se configure el incesto por ausencia de conducta, siempre y cuando se encuentren obrando bajo la presión de una vis absoluta, por hipnotismo o por cualquier causa capaz de eliminar el elemento básico del delito.

2.- Tipo y Tipicidad.- Para que la conducta o hecho humanos constituyan delito, es indispensable que la acción u omisión sean típicos, antijurídicos, culpables y punibles y haber sido realizados por sujetos imputables; la tipicidad viene a ser uno de los elementos esenciales del delito; su ausencia evita o impide que el ilícito penal se configure.

En virtud de que los términos tipo y tipicidad, se encuentran íntimamente ligados, hasta el grado de llegar a confundirse es aconsejable hacer una clara diferencia de ambos.

MEZGER apunta que "el tipo en el propio sentido jurídico-penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos; y a cuya realización va ligada la sanción penal". (81)

JIMENEZ HUERTA expresa: "El tipo es la descripción de la conducta que, a virtud del acto legislativo, queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad, y como expresión técnica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre que se declara punible. La adecuación típica supone la conducta del hombre que vivificando activamente el tipo en virtud de su subordinación o vinculación con la descripción recogida en la ley". (82)

CASTELLANOS TENA comenta "no debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa; es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción

ción legal formulada en abstracto". (83)

Con acierto ha afirmado JIMENEZ HUERTA que no es posible asegurar la delictuosidad de una conducta por su sola ilicitud; la -- integración del concepto del delito requiere algo más; que la conducta antijurídica pueda ser adecuada y subsumible en un tipo penal es decir, que la conducta sea típica. (84)

PORTE PETIT enseña que la adecuación de la conducta al tipo -- (tipicidad) se resuelve en la fórmula "nullum crimen sine tipo".(85)

En realidad el tipo, además de ser un elemento esencial en la configuración del delito, es una circunstancia complementaria para calificar cuándo una conducta antijurídica es típica; lo será si -- coincide exactamente dentro de los límites fijados en el precepto legal.

Lo anterior se vigoriza con lo que MEZGER expone: "Es indudable que el delito es acción antijurídica. Pero si no fuera más que esto, cualquier precepto del sistema jurídico podría ejercer influjo decisivo en esta fundamental característica del hecho punible. El Derecho Penal se hallaría entonces en una situación extremadamente desagradable y peligrosa; el más importante presupuesto de la -- pena (la antijuricidad), sería dependiente de manera inmediata de -- la multitud, inabarcable con la vista y en constante cambio de las normas jurídicas en el total ámbito del Derecho. El Derecho Penal, que lleva en sí, por definición, los ataques más sensibles y pro--

fundos en el patrimonio, en la libertad, en el honor, incluso en la vida de los ciudadanos, caerfa en un estado insufrible de incertidumbre, de falta de seguridad. Por ello resulta imprescindible que él mismo se procure el adecuado remedio y la claridad indispensable para que en su ámbito la antijuricidad, por lo menos en lo que concierne a la fundamentación del delito, aparezca determinada de manera precisa e inequívoca. El Derecho Penal ha -- creado esta necesaria claridad mediante un medio extraordinariamente ingenioso: mediante el tipo". (86)

La fórmula "nullum crimen sine lege", queda debidamente plasmada en nuestro Derecho en el artículo 14 Constitucional al consagrar el dogma de la exacta aplicación de la ley. "En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". (87) Nos damos cuenta, pues, que la exigencia de que la ley penal sea exactamente aplicable al caso, encierra la fórmula de la adecuación de la conducta al tipo.

Creemos que la tipicidad es un verdadero elemento esencial del delito, pero independiente de la antijuricidad, ya que existen conductas que encuadran en la descripción legal y sin embargo no -- son antijurídicas. Estamos de acuerdo, en cambio, en que la tipicidad entraña un indicio de la antijuricidad, como lo asienta MAYER si el legislador crea los tipos es porque considera a las conductas en ellos descritas como contrarias al Derecho (a menos que exista

una causa de justificación, sin que por ello desaparezca la tipicidad). La tipicidad no es la ratio essendi de la antijuricidad, sino más bien la antijuricidad es la ratio essendi de la tipicidad; la conducta no es antijurídica por ser típica. Por contrariar los valores que el Estado está obligado a proteger es por lo que la ley con-
signa los tipos respectivos y conmina con la amenaza de penas la ejecución de las conductas en ellos descritas.

La Tipicidad en el incesto.- Una vez que hemos expuesto lo que la doctrina entiende por tipo y tipicidad, vamos ahora a tratar de aplicar dichos conceptos al incesto.

El tipo se encuentra plasmado en la fórmula que utiliza el artículo 272 del Código Penal del Distrito Federal.

"Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes. La pena aplicable a estos últimos, será de seis meses a tres años de prisión. Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos."

Habrá tipicidad en orden al incesto, cuando una conducta concreta encuadre exactamente en la descripción contenida en la disposición legal citada. Ahora bien, es indispensable que los sujetos que realicen la conducta, tengan la calidad exigida en dicho precepto, para que exista la debida adecuación a la hipótesis planteada.

a).- Dualidad de Bien Jurídico tutelado.- El bien jurídico -- que la norma penal ha de proteger, es de una excepcional importancia, ya que el tipo delictivo debe su creación y existencia al in-

terés o valor del aspecto de la vida social que específicamente ha de salvaguardar; teniendo además, por objeto tutelar dicho bien jurídico, mediante la protección enérgica que implica la pena.

Con bastante claridad nos expone CUELLO CALON el concepto de bien jurídico, al decir: "Se entiende por bien jurídico, todo aquello de naturaleza material o incorporal que sirve para la satisfacción de necesidades humanas, individuales y colectivas. El bien jurídico es el objeto de la protección penal y al mismo tiempo el objeto del ataque delictuoso, ya tiende éste a destruirlo o menoscabarlo o simplemente ponerlo en peligro". (88)

La importancia que reviste para la materia penal la determinación del objeto jurídico del cual el delito constituye la ofensa, nos la señala con gran precisión GRISPIGNI cuando afirma, "Sólo conociendo exactamente el bien jurídico para cuya tutela existe una norma penal, se puede comprender el significado y alcance de ésta." (89).

Respecto al bien jurídico tutelado en el delito de incesto, se han emitido diversos criterios para su determinación penalidad de otros delitos, dando lugar a que algunas legislaciones no tipifiquen al incesto como delito propio. Otros consideran que en la relación sexual entre ascendientes y descendientes y entre hermanos, deben mediar ciertas circunstancias especiales para que se configure el ilícito; en fin, toda la discusión suscitada gira en torno -

del conocimiento de cuál o cuáles son los bienes jurídicos que se tutelan en el precepto legal que determina el delito de incesto.

GONZALEZ DE LA VEGA adopta un criterio compuesto al decir que la razón de ser de la represión del incesto es la tutela o protección del principio exogámico de la familia. Considera también que en algunos casos el bien jurídico que se tutela es el interés colectivo eugenésico. Tanto uno como otro pueden ser comprometidos o dañados por la conjunción carnal entre próximos parientes. (90)

ANTOLISEI, en cambio, sostiene que es un delito que va en contra de la familia y la moral pública, por lo que, en su opinión, - el incesto debe ser castigado con severidad ejemplar. (91)

Por nuestra parte, consideramos que en el delito de incesto - se entiende a proteger dos bienes jurídicos: El orden moral de la familia y la eugenésia; siendo éstas las causas justificativas para sancionarlo.

Desde luego existen opiniones en contra de que el orden moral de la familia y la eugenésia sean los bienes tutelados en el incesto. Se ha afirmado que el ilícito que nos ocupa, no debe ser considerado propiamente como delito, porque en él se ha pretendido tutelar el orden moral de la familia, pero que éste no constituye un bien jurídico colectivo, porque no es posible que se confunda el Derecho con la moral, ya que ésta se encuentra protegida por normas de carácter moral y religioso.

Nosotros, aunque nos damos cuenta de la necesidad de separar la moral de la esfera del Derecho, consideramos que es indebido -- construir un orden jur-ídico penal positivo desprovisto de todo -- contenido ético; ya que el Derecho en general, visto con relación a la moral, constituye un mínimo ético necesario y suficiente para la segura y ordenada convivencia social. El Derecho Penal frente a los otros ordenamientos legales y bajo el aspecto moral, se presenta como el mínimo ético, necesario e indispensable para mantener el orden político y social de una organización colectiva determinada, y en substancia no es otra cosa que aquélla parte de la ética-asegurada por la sanción.

La anterior exposición cobra valor cuando JOAQUIN FRANCISCO PACHECHO nos dice: "La moral y las costumbres no pueden menos de-- estar bajo la salvaguardia de las leyes en todo país civilizado:-- como que la moral y las costumbres son el fundamento de la familia la condición de la sociedad." (92)

Por lo tanto, para conservar el orden moral de la familia se requiere la abstención absoluta de placeres sexuales entre los componentes de la misma, quienes se encuentran ligados por estrechos-vínculos de parentesco, misma actitud que es amenazada por una sanción que en el mismo tipo se expone, salvaguardando así el orden -- moral que debe prevalecer en la unidad biológica, base del desenvolvimiento cultural y social de los pueblos como lo es la familia.

Así, pues, el orden moral de la familia, en este aspecto, es un ver dadero bien jurídico que se debe proteger si se quiere evitar el -- quebrantamiento de la misma, que sería sumamente nocivo para la co-- lectividad.

Nos preguntamos: ¿cómo es posible, que los delitos en que se-- protege el honor, se castiguen con severidad, y no se sancionare el incesto, cuya figura protege un bien jurídico, que en la tabla de-- los valores, tiene preeminencia?

Referente al otro bien jurídico tutelado en el delito de ince-- to, o sea la eugenesia, también se han suscitado muy encontradas o-- piniones. Muchos autores sostienen que no es posible considerar que el principio eugenésico como el penalmente protegido, porque la ci-- encia es aún impotente para explicar si las taras degenerativas se-- deben al cruce sexual de los consanguíneos, asentando que aún no se posee un dominio científico pleno acerca de las leyes de la heren-- cia. Los que sostienen este criterio, aceptan que a lo sumo pue-- de aceptarse, que el incesto entraña un peligro para la descenden-- cia y por ello las legislaciones civiles de la mayor parte de los - países incluyen entre los impedimentos matrimoniales, las razones-- de parentesco próximo.

En realidad las aseveraciones anteriores, no pueden resistir - el análisis. En efecto, no decimos que necesariamente el fruto de estas uniones ilícitas presente siempre aspectos o taras degenera-- tivas; pero bien cierto es, que el solo peligro que entraña la con

junción carnal entre próximos parientes consanguíneos debe ser motivo de tutelar por el Derecho. Es claro que el bien jurídico, objeto de la protección penal, es al mismo tiempo el objeto del ataque delictuoso, ya tienda éste a destruirlo o menoscabarlo, o simplemente a ponerlo en peligro y esto último basta para demostrar la necesidad de evitar, mediante la amenaza penal, la realización de actividades sexuales entre parientes cercanos.

Tampoco es cierto que el solo impedimento civil para que próximos parientes se casen, sea suficiente para eliminar el peligro de la descendencia tarada, ya que debemos tomar en cuenta que son precisamente situaciones de hecho, las que entrañan el peligro y por lo mismo deben estar amenazadas por una sanción.

Por otra parte, debe quedar fuera de discusión si la ciencia puede o no explicar el efecto degenerativo que se produce de las relaciones incestuosas, pues es a los hechos a los que debemos atendernos. Al efecto, transcribiremos algunas estadísticas contenidas en el importante estudio médico-legal del incesto de Beutelspacher y GARCIA NIETO. (93)

"En Berlín se cuentan 3.1 sordomudos sobre 10,000 católicos; 6 sobre 10,000 cristianos protestantes y 27 sobre 10,000 judíos. Lo que indica que la proporción de sordomudos crece según las facilidades permitidas a las uniones consanguíneas por la respectiva ley religiosa".

"Se contaban en 1848 en el territorio de Iowa, 2.3 sordomudos sobre 10,000 esclavos. Es decir, que en la población de color en la que la esclavitud facilita las uniones consanguíneas-- y aún incestuosas, la proporción de sordomudos es mayor que en la población blanca protegida por la ley civil, moral y religiosa".

A mayor abundamiento, expondremos algunas de las conclusiones del estudio, a este mismo respecto, del DR. ARTURO MITCHEL, quien investigó la procedencia de sordomudos, idiotas, imbeciles y otros tarados en hospitales y manicomios, y además haciendo estos estudios en pequeñas poblaciones de enlace consanguíneos y sus consecuencias. Dichas conclusiones son las siguientes: (94)

1a.- "La consanguinidad es perjudicial a la descendencia. Esta influencia dañosa reviste formas variadas; puede manifestarse por menor viabilidad, por debilidad de la constitución -- que predispone a las escrófulas en la infancia, por mala conformación y deformidades; por mutilaciones o imperfecciones sensoriales, especialmente de la vista y del oído; por enfermedades del sistema nervioso, y es el caso más frecuente, tales como-- la epilepsia, la corea, la parálisis, la imbecilidad, el idiotismo y la locura; por la esterilidad o menor fecundidad, bien que esta consecuencia de la consanguinidad haya sido exagerada".

2a.- "Cuando la consanguinidad perdona a los hijos puede hacerse sentir en los nietos, de manera que los matrimonios entre parientes pueden deponer en su descendencia directa gérmenes -- morbosos que permanezcan en ellos en potencia, para manifestarse : después en la segunda generación".

3a.- "Respecto a las perturbaciones de la inteligencia, los matrimonios consanguíneos tienen más influencia en la producción del idiotismo y la imbecilidad que en la de las enfermedades mentales adquiridas y desarrolladas a cierta edad".

Como fácilmente puede desprenderse de lo dicho, si hay en el incesto un bien jurídico de carácter eugenésico que proteger, pues como ya expresamos, el solo peligro que entraña la descendencia degenerativa y su trascendencia nociva a la colectividad es suficiente para que actos tan bochornosos, sean castigados - con severidad ejemplar.

Refiriéndose ahora a la disposición legal relativa al delito de incesto, criticaremos nuevamente el que se encuentre situada dentro de los delitos sexuales, ya que con esta denominación no se hace referencia alguna al bien jurídico violado; por lo -- que consideramos que lo correcto sería situado bajo el rubro De lito contra la Moral Familiar y Sanidad de la Estirpe.

b).- Sujetos del Delito.- El delito de incesto se considera como un ilícito propio o especial, ya que como dijimos, los suje

tos del mismo deben tener una cualidad o condición determinada, que en este caso es el parentesco.

En nuestro criterio, la relación de parentesco en el incesto debe abarcar, en la liga ascendente-descendente, tanto el sentido restringido como el amplio de dicha liga. Por consanguinidad el parentesco se limita a padres e hijos, abuelos y nietos, etc., sean legítimos o naturales. Ahora, en su sentido amplio - comprende, además de las anteriores, a los parientes por afinidad en línea recta, como suegros y yernos, y parientes civiles o de adopción; es decir, adoptantes y adoptados.

Haciendo nuestra la exposición de GONZALEZ DE LA VEGA, afirmamos que "el delito de incesto tanto existe cuando el acto carnal se realiza entre ascendientes y descendientes consanguíneos, como entre afines o por adopción, porque en la descripción del delito no se establece distinción alguna, y porque cuando el legislador mexicano ha querido restringir el concepto de ascendientes o de descendientes a los consanguíneos lo ha hecho expresamente, como acontece en la descripción del delito de parricidio (art. 323 del Código Penal) y de infanticidio (art. 325). Por otra parte aún cuando en el incesto entre suegros y yernos o entre el padre o la madre adoptantes y el hijo o hija adoptiva no puede temerse el posible riesgo de descendencia degenerativa, de todas maneras en estas ilícitas uniones carnales se viola ---

grandemente el orden familiar". (95)

Creemos además que las relaciones sexuales entre personas-- con parentesco civil o por afinidad, tienen plenamente el carácter de incestuosas, es decir, lujuriosas o lascivas por herir -- grandemente el orden moral de la familia, que como ya asentamos, es uno de los bienes jurídicamente protegidos en el delito a estudio.

Por lo que se refiere al incesto entre hermanos, "son los-- más cercanos parientes consanguíneos en línea colateral igual;-- entre ellos caben los que tienen padre y madre común (hermanos--germanos); los de padre común y madre distinta (hermanos consanguíneos en sentido estricto) y los de madre común y padres distintos (hermanos uterinos). La filiación de los hermanos o medios hermanos pueden ser legítima o natural". (96)

c).- Acceso Carnal.- Nuestro Código Penal, al describir el incesto, habla de relaciones sexuales, lo que pudiera hacernos-- pensar que el ilícito lo constituiría una permanencia en el ayuntamiento y no un acto aislado; pero afortunadamente los tribunales mexicanos han considerado que el delito existe aún en los casos esporádicos de acceso sexual; y decimos afortunadamente, por que basta la celebración de un solo acto para la moral de la familia se vea grandemente ofendida. Además, ya convenimos en que nuestro ordenamiento penal utiliza indistintamente los vocablos acto carnal, cópula y relaciones sexuales, por lo cual lo hemos-- considerado como sinónimos.

Ahora bien, no se piense que el concúbito sea exclusivamente entre personas de diferente sexo, varón y hembra; uno de los valores que se tutelan con la represión de este tipo de conjunciones es la eugenesia; pero estamos en desacuerdo en que solamente puede darse el delito entre varón y mujer por vía natural, o sea, el coito normal, ya que las relaciones de esta naturaleza sostenidas entre dos varones o entre varón y hembra por conducto anormal, -- que sean ascendiente y descendiente o hermanos, deben calificarse de incestuosas, primero porque el tipo no hace distinción de sexo entre los parientes que describe, ni de que la relación sexual -- sea necesariamente por vía idónea; segundo porque es una actitud lasciva, lujuriosa que es la significación etimológica de incesto y tercero, porque lesiona grandemente el orden moral de la familia, que en nuestro concepto, es el otro bien jurídico tutelado, el cual reviste la misma importancia que el principio eugenésico.

ATIPICIDAD EN EL DELITO DE INCESTO.-

La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo, es decir, surge cuando no se integran todos los elementos-- descritos por la ley; entonces se presenta el aspecto negativo -- del delito por falta de tipicidad.

Se ha tratado de distinguir entre ausencia de tipo y ausencia de tipicidad. Consideramos que no hay razón suficiente para -- hacer tal diferenciación, porque si la ausencia de tipicidad surge cuando existiendo el tipo, no se amolda o no encuadra en él -- una determinada conducta, es porque en realidad, respecto de ésta no hay tipo. Es decir, existen conductas que pueden tener toda la

apariencia de un delito, porque ese sea el sentir de la colectividad, o tenga alguna similitud con la descripción de un comportamiento contenido en el tipo legal, pero analizado en el campo propiamente penal, nos encontramos con que solamente la adecuación del mismo es aparente, porque el legislador, ya sea inadvertida o deliberadamente, dejó de construir el tipo delictual respectivo. (SIC)

Doctrinalmente se señalan como causas de atipicidad: a) ausencia de adecuación por faltar en el sujeto activo la calidad requerida por la ley, b) por faltar dicha calidad en el sujeto pasivo, c) por falta de calidad del objeto o por falta de objeto d) por falta de referencias temporales o espaciales, e) por falta de medio exigido por la ley, y f) por carencia de los elementos subjetivos del injusto.

No obstante las causas de atipicidad citadas, en el delito de incesto son imaginables las siguientes hipótesis:

Atipicidad, en virtud de ser un delito especial cuando los sujetos activos del mismo no reúnen la calidad indispensable (parentesco) que el tipo requiere. Si las relaciones sexuales son entre personas no ligadas por la clase de parentesco a que ya hemos hecho referencia, es probable que tal actividad encuadre en algún tipo delictivo, pero nunca podrá llegar a constituir el delito de incesto o bien no exista figura delictiva.

En el delito a estudio, al celebrarse la cópula, puede haber eyaculación, no exigiéndose de modo alguno que ella sea indispensable; pero sí es necesario, como antes apuntamos la introducción del apéndice genital masculino para la conducta sea típica.

Ahora, si se introduce un objeto distinto al señalado, habrá una- (SIC) VER ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL

atipicidad por ausencia del medio exigido por la ley.

Podemos clasificar al delito de incesto en función del tipo en la siguiente forma:

- A). _ Plurisubjetivo,
- B). _ Autónomo e independiente,
- C). _ Compuesto o complejo, y
- D). _ Anormal.

Plurisubjetivo, porque necesariamente se requiere, en virtud de la descripción típica, la concurrencia de dos conductas - para integrar el tipo.

Lo consideramos autónomo e independiente, porque no requiere, para su existencia, de ningún otro del cual dependa, tendiendo por lo mismo vida propia.

Es compuesto o complejo, porque como dice Jiménez Huerta, - "los tipos del delito que tutelan un solo bien jurídico se denominan simples; complejos los que tutelan dos o más bienes jurídicos". En efecto, en el incesto, como creemos haber demostrado, se protegen dos bienes jurídicos: el orden moral de la familia y la eugenesia. (97)

Anormal, porque las palabras que utilizan el legislador en el tipo descriptivo del incesto, requieren ser valorados jurídicamente. "La ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva; privar de la vida a otro; pero a veces el legislador incluye en la descripción típica elementos --

normativos o subjetivos. De ahí la distinción entre tipos normales y tipo anormales". (98)

1.- LA ANTIJURICIDAD EN GENERAL.- Pasamos a estudiar en este capítulo otro elemento esencial en la configuración del delito. La conducta humana se torna delictuosa si es, además de típica, antijurídica y culpable.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por antijuridicidad?

Comúnmente se acepta como antijurídico lo que es contrario al Derecho; pero tal criterio ha hecho suscitarse variadas objeciones, porque se trata de un concepto negativo y por lo mismo se dificulta dar una idea positiva.

Hemos dicho que la antijuridicidad es lo contrario al Derecho; pero esto se puede asegurar solamente con carácter provisional. No basta que la conducta ajuste perfectamente en el tipo previsto por la ley; es necesario que ésta sea antijurídica, es decir, contraria al Derecho. En realidad aquí nos encontramos con una de tantas definiciones tautológicas; por ejemplo, cuando a un Juez le preguntamos qué es un auto de ejecución y nos contesta: es un auto de exequendo, lo más que hizo fue convertir al latín la expresión vulgar. El concepto de antijuridicidad es de carácter negativo, pero puede completarse con más negaciones; así tenemos que será antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes establecidas de un modo expreso. (C.)

ERNEST VON BELING escribe: "Del sentido de las amenazas penales del Estado, se deduce que aquéllas solamente valoran con-

ducta antijurídica, es decir, aquélla que está objetivamente en contradicción con el orden jurídico del correspondiente Estado. La antijuridicidad de la conducta es, sin excepciones, el presu-
puesto general de la punibilidad." (109)

Siguiendo con el sistema negativo a que hemos venido haciendo referencia, MEZGER considera que: "Una acción es antijurídica cuando contradice las normas objetivas del Derecho. El Derecho existe para garantizar una convivencia externa ordenada de los sometidos a -el. Objeto de la voluntad jurídica ordenadora es la determinación de lo que es conforme al orden jurídico y de lo que le contradice. Esta determinación tiene lugar en virtud de las normas del Derecho, que por ello aparecen como normas objetivas de valoración, como juicios sobre determinados acontecimientos y estados desde el punto de vista del Derecho". (11)

PORTE PETIT afirma: "Una conducta o un hecho son antijurídicos cuando siendo típicos no están protegidos por una causa de justificación". (17)

En la problemática sobre lo que se debe entender por antijuridicidad, nos encontramos con una importante aunque criticable tesis; la de CARLOS BINDING, explicada por JIMENEZ DE AZUA: "Era frecuentísimo escuchar que el delito es lo 'contrario a la ley'. Así CARRARA lo definía como 'la infracción de la ley del Estado'. Pero CARLOS BINDING descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo pre

visto en la ley penal. En efecto: ¿Qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro? Estar de acuerdo con el artículo pertinente de un Código Penal. Igual acaece con el que roba. No se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley. El Decálogo es un libro de normas: 'no matarás', 'no robarás'. Si se mata o se roba, se quebranta la norma; más no la ley. Por eso BINDING decía: 'La norma crea lo antijurídico', o, dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe. (113)

El autor antes mencionado, continúa explicándonos que con MAX ERENESTO MAYER, se logra un claro avance en el conocimiento de la antijuridicidad. El penalista alemán llega a la conclusión de que el orden jurídico es un orden de cultura y como infracción de las normas de cultura concibe lo antijurídico. La sociedad es una comunidad de intereses que tutela el conjunto de ellos en el concepto unitario de cultura; las normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés; y por eso afirma que es antijurídica aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado. (114)

CARRANCA Y TRUJILLO se adhiere a la tesis de MAYER cuando dice que la antijuridicidad es la oposición a las normas culturales. (115)

En realidad tanto la teoría de BINDING como la de MAYER son criticables. En este sentido se manifiesta CASTELLANOS TENA cuando expresa que, "si observamos que lo antijurídico aparece a pesar de que no se contradigan las normas, se derrumban las tesis de BINDING y MAYER. Tal ocurre cuando se viola un precepto jurídico que no corresponde al modo de sentir de la colectividad (violaciones a una ley antireligiosa en un pueblo eminentemente creyente). Otro ejemplo consistiría en una ley que prohibiera penalmente el saludo en la vía pública; los infractores realizarían una conducta antijurídica que en nada sería violatoria de las normas de cultura. Por otra parte y refiriéndonos concretamente a la concepción de MAYER, si la antijuridicidad consiste en la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado y no a todas, la antijuridicidad no es más que oposición objetiva al Derecho, sin que sea exacto que toda conducta antijurídica viole las normas, ya que puede haber actos formalmente antijurídicos que como vimos no infringen los valores colectivos". (10)

En el mismo sentido y refiriéndose a BINDING, IGNACIO VILLALOBOS ha dicho: "El Derecho Penal, para quienes no compartimos la interpretación demasiado cortante que se ha dado a las ideas de BINDING, no se limita a imponer penas; como guardián del orden público es el mismo el que señala los actos que deben reprimirse y por eso es incuestionable que lleva implícito en sus preceptos un mandato o una prohibición que es lo substancial y lo que resulta violado por el delincuente. Cuando la ley conmina con un sanción-

a los homicidas o a los ladrones, debemos entender que prohíbe el homicidio o el robo; y resulta extremadamente sutil y formalista pretender que quien se apodera de lo ajeno cumple con la ley o se ajusta a ella". (107)

Dicho lo anterior, consideramos que el pronunciamiento y de claración de que una conducta es antijurídica, presupone un análisis, un enjuiciamiento, una valoración de que aquélla está quebrantando bienes jurídicos que el Derecho protege. Cuando este juicio de valoración da como resultado la existencia de una relación de contradicción entre la conducta y las normas de Derecho, nos encontramos ante un acontecimiento antijurídico.

SEBASTIAN SOLER al respecto escribe: "Nadie ha expresado -- con más elegancia que CARRARA ese doble aspecto de adecuación a la ley y de contradicción del Derecho cuando dice que el delito es una disonancia armónica". En efecto, existe armonía en el delito, porque implica adaptación de la conducta del hombre con la descripción del tipo penal, y disonante porque ese comportamiento representa una contradicción con las normas de valoración que el propio tutela y protege. La antijuridicidad es meramente objetiva, ya que comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal." (173)

Para los efectos del presente trabajo, es suficiente, en torno a la antijuridicidad, adoptar el sistema negativo ya mencionado. Es antijurídica toda conducta definida en la ley y no pro

tegida por las causas justificantes, que se establecen de modo expreso. (109)

ESPECIES O FORMAS DE LA ANTIJURIDICIDAD.- A la antijuridicidad la podemos tratar desde dos puntos de vista, el formal y el material, constituyendo la doctrina dualista elaborada por FRANZ VON LISZT quien expresa: "El acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. El acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial)".(110)

La antijuridicidad presenta un doble aspecto - explica -- CUELLO CALÓN -, "un aspecto formal constituido por la conducta opuesta a la norma, otro material integrado por la lesión o peligro de bienes jurídicos. Ambos suelen coincidir, los hechos que las normas penales prohíben o mandan ejecutar son siempre nocivos o peligrosos socialmente, pero aun cuando no lo fueran no dejarían de ser antijurídicos por estar en contraposición con lo mandado por la norma. La existencia de hechos dañosos y perjudiciales para la colectividad (antijuridicidad material) no previstos por la norma penal, sólo puede ser causa para la publicación de una ley que los sancione, y sólo entonces serán realmente antijurídicos. La antijuridicidad material sin antijuridicidad formal no tiene trascendencia penal". (111)

No somos partidarios de quienes sostienen que hay una anti-juridicidad formal y otra material, porque se pretende dividir - en dos partes diversas lo que no es sino un mismo concepto, pero si creemos que puede hablarse de un doble aspecto, formal y material de la ilicitud; claro está que sin el aspecto formal, el material resulta irrelevante, en función del principio nullum crimen sine lege.

No obstante que PORTE PETIT considera que el conocimiento - de la anti-juridicidad material ayuda a solucionar los problemas de las causas de justificación supralegales; nosotros creemos -- que solamente aceptando la existencia de éstas, podría funcionar la anti-juridicidad material, ya que tendríamos campo de aplicación para una conducta no anti-jurídica, aunque típica y sin estar expresamente descrita en las justificantes legales enumeradas por el artículo 15 de nuestro Ordenamiento Penal. (11?)

La anti-juridicidad constituye pues, un concepto unitario, - es el resultado de un juicio substancial. Valga la redundancia, la anti-juridicidad formal es la forma y la material es el contenido; o dicho en otras palabras, los preceptos penales generalmente recogen las normas naturales o culturales necesarias para la buena y pacífica convivencia de la colectividad y le dan forma, le otorgan el ropaje jurídico, que en última instancia hará posible la paz y tranquilidad en una sociedad organizada.

Por otra parte, es dable el caso que el legislador, por --

simple descuido o intencionalmente, erija como antijurídico un determinado comportamiento, aun cuando carezca de verdadero -- contenido antisocial. Este hecho no obstante se mantendría como formalmente antijurídico, aunque con su infracción no se estuvieran lesionando o poniendo en peligro bienes que el Derecho debería tutelar.

En atención a lo que hemos manifestado, es ocioso hacer una distinción entre la antijuridicidad formal y la material, en primer lugar porque a nada concreto nos conduce; y en segundo porque la formal en la generalidad de los casos, supone a la material y ésta, considerada como contenido, es decir, en sí misma, no participa del campo de lo jurídico pues la contravención al sentimiento de lo bueno que tiene la colectividad, solamente sería sancionada por ella por medio del desprecio o descrédito que la opinión pública haría del infractor.

La antijuridicidad en el delito de incesto, se manifiesta porque la conducta de los sujetos del ilícito sea típica, es decir, por el solo hecho del encuadramiento de dicha conducta en el tipo legal que estatuye el artículo 272 del Código Penal para el Distrito Federal.

Con esta adecuación se contraviene un precepto, se está, por ende, efectuando una acción positiva en contra del Derecho, y por ser así; se están lesionando los bienes jurídicos que la norma tutela. Dichos -- bienes no son más que el sentimiento de reprobación que la

colectividad hace de actos tan vergonzosos, como son los que constituyen el delito de incesto. Por lo tanto, cuando se -- transgrede el precepto penal ilustrativo del incesto, se están contraviniendo a la vez, los bienes que la sociedad quiere que se protejan, Los que ella considera necesarios para el orden y buen vivir de la familia; siendo dichos bienes, - como dijimos, el orden moral de la familia y la eugenesia.

A las causas de justificación también se les llama justificantes y causas eliminatorias de la antijuridicidad. La ausencia de antijuridicidad que ahora examinamos, es precisamente uno de los aspectos negativos del delito, porque en -- presencia de alguna de las causas de justificación, faltará uno de los elementos esenciales del ilícito, como lo es la - antijuridicidad, sin la cual aquél no podría configurarse.

"Las causas de justificación son aquellas condiciones - que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica". (113)

"Es causa de justificación --seguro. PORTE PETIT -, aquella que conforma a Derecho una conducta o hecho que de otro modo serían antijurídicos". (114)

JIMENEZ DE ASUA considera que, "son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u

omisiones que revisten aspectos de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante del crimen". (115)

Para FRANZ VON LISZT son " las causas por las cuales se justifica la lesión o riesgo de un bien jurídico." (116)

CUELLO CALON comenta: "En las causas de exclusión de la antijuridicidad el agente obra en condiciones normales de imputabilidad, obra con voluntad consciente, pero su acto no es delictivo por ser justo, ajustado a Derecho, la situación especial - en que cometió el hecho constituye una causa de justificación - de su conducta. Como consecuencia de la licitud de ésta no será posible exigirle responsabilidad alguna, ni penal, ni siquiera civil, pues del que obra conforme a Derecho no puede decirse -- que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos". (117)

De las exposiciones anteriores se concluye que una determinada conducta puede presumirse delictuosa, es decir, contraria al Derecho,; sin embargo, si falta el elemento antijuridicidad - por funcionar alguna justificante, no habrá delito. Por ejemplo el que priva de la vida a otro defendiendo su vida injustamente atacada (legítima defensa), no realiza un delito por haber actuado conforme a Derecho.

Nuestro Código Penal en su artículo 15, a manera de catálogo, expone las causas de justificación, constitutivas del aspecto negativo de la antijuridicidad y son las siguientes:

- a). _ Legítima defensa (fracción III).
- b). _ Estado de necesidad, cuando el bien sacrificado es de menor importancia que el salvado (fracción IV).
- c). _ Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho (fracción V).
- d). _ Obediencia jerárquica - en una hipótesis - (fracción VII).
- e). _ Impedimento legítimo (fracción VIII).

a). - La legítima defensa es una de las causas de justificación más importantes y siempre ha sido reconocida como tal, sin que exista duda de su carácter eliminatorio de antijuridicidad de una conducta típica, impidiendo la configuración del delito.

Para JIMENEZ DE ASUA la legítima defensa es "la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin transpasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla". (118)

CARRANCA Y TRUJILLO dice: "La defensa es legítima cuando contra-ataca a fin de que una agresión grave no consume el peligro con que amenaza inminentemente". (119)

Según FRANZ VON LISZT, "es legítima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al Derecho mediante una agresión contra el atacante". (120)

En las definiciones antes citadas encontramos elementos co

munes. Un contr-ataque o rechazo de una agresión antijurídica y actual, ya sea por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la proporción necesaria de los medios.

b).- El estado de necesidad, según FRANZ VON LISZT, "es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la valoración de los intereses de -- otro, jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona". (121)

A diferencia de la legítima defensa, en el estado de necesidad no nos encontramos con un contra ataque, sino con un ataque legítimo, el sacrificar un bien de menor valor que el salvado.

Es de especial importancia en la noción del estado de necesidad, - el principio del interés preponderante, ya que cuando coexisten dos intereses y ante la imposibilidad de que ambos subsistan, el Estado por medio de su Derecho, opta por la salvación de uno de ellos, que será el de mayor valor, integrándose así la justificante llamada estado - de necesidad.

c).- Nuestro Ordenamiento Penal vigente en la fracción V del artículo 15, consagra como excluyentes de responsabilidad:

"Obrar en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista racional del medio- empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho." (122).

En atención al cumplimiento de un deber, nos dice FERRER SAMA: "Aquella conducta que un sujeto ejecute porque el Derecho le obligue a la misma, no puede de modo alguno dar lugar a responsabilidad criminal". (123)

"Cuando se trata del cumplimiento de un deber legal, los tratadistas distinguen dos distintos casos en orden a los sujetos: 1) los actos ejecutados en cumplimiento de un deber legal resultante del empleo, autoridad o cargo público, que pesa sobre el sujeto: v.g. el agente policial que carea un domicilio obedeciendo la orden recibida; y 2) los ejecutados en cumplimiento de un deber legal que pesa sobre todos los individuos: v.g. la aprehensión de un delincuente infraganti.

En uno y otros casos las acciones son lícitas, carecen en absoluto de antijuridicidad". (124)

Ahora bien, en lo referente al ejercicio de un derecho, MARIANO JIMENEZ HUERTA expresa: "Quien actúa en ejercicio de un derecho en la forma que la ley autoriza, no comete acción antijurídica alguna, aún cuando su comportamiento lesione o ponga en peligro otros intereses humanos que el Derecho protege". (125)

En realidad hay algunas ocasiones en que la ley reconoce a ciertos individuos el derecho de ejecutar o realizar determinados actos. Cuando esto sucede, tales actos son justos lícitos, pues el que usa de un derecho no comete delito algu

no, ni a nadie puede ofender (126)

Con relación a los dos tipos de justificantes GUELLO CALON manifiesta: "El que ejecuta lo que la ley ordena o permite, no realiza - ningún acto antijurídico, su conducta es completamente lícita y no --- puede serle imputado delito alguno". (127)

Dentro de la hipótesis, derecho o deber, pueden incluirse como - formas específicas, las lesiones y el homicidio cometidos en los depor- tes o como resultado de un tratamiento médico - quirúrgico. El - maestro aludido indica también a las lesiones inferidas con motivo del ejercicio de derecho a corregir, se excluyen estas dentro de nuestro - texto ya que fueron reformadas el 13 de Enero de 1984. Del mismo modo podría caber, entre las excluyentes por deber legal, una hipótesis de la obediencia jerárquica. (128)

d).- En la obediencia jerárquica - afirma MAGGIORE -, " en un - solo caso está el súbdito dispensado de cualquier examen de legítimi- dad: cuando se lo impide una ley que imponga la obligación de la obe-- diencia absoluta e incondicionada. Así acontece con los militares y -- personas equiparables a ellos sometidos a la rígida disciplina de los cuarteles. En este caso la orden debe cumplirse, aunque sea abiertamen- te criminal". (129)

La exposición de este autor se refiere, pues, a que la obe--- diencia jerárquica solamente en un caso constituye una causa -- de justificación, y esto es cuando el subordinado carece ----

del poder de inspección sobre la orden superior que le es dada y legalmente tiene el deber de obedecer. Sucedería lo mismo si el subordinado conoce o no la ilicitud del mandato, ya que el Estado le impone al inferior como un deber, cumplir -- las órdenes superiores, con toda independencia del criterio -- que personalmente tenga sobre la licitud o ilicitud de lo que se le ha dispuesto. Al respecto CASTELLANOS TENA manifiesta -- en la siguiente forma: "En las relaciones del Instituto Armado, el Estado, la propia sociedad, esperan incondicional obediencia jerárquica de los miembros del mismo. Si en estos ca sos el inferior actúa cumpliendo una obligación legal, se integrará una causa de justificación, en cuyo caso no habrá delito por estar ausente la antijuridicidad". (10)

e). -- El impedimento legítimo es también una justificación y se encuentra contenida en la fracción VIII del artículo 15 de nuestra Ley Penal en los siguientes términos: "Contra-venir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo".

Como es de advertirse, esta causa de justificación solamente se refiere a omisiones y en ningún caso a acciones positivas. Por lo mismo quien no hace lo que la ley ordena por que se lo impide otra disposición legal de carácter superior y más apremiante que la misma ley, no comete delito, pues la legitimidad de su omisión le exime la posible responsabilidad.

Ahora el que no manifiesta su conducta en el sentido que debía obrar, por razón de un obstáculo que verdaderamente no puede vencer, tampoco comete delito. (171)

LAS JUSTIFICANTES EN EL INCESTO. - Después del breve análisis hecho, respecto de las causas de justificación, creemos difícil concebir tales aspectos negativos de la antijuridicidad en el delito de incesto; sin embargo veremos qué posibilidad existe.

La legítima defensa no es concebible en el incesto.

En lo referente al estado de necesidad, podríamos considerar, siempre en el terreno hipotético que el incesto se justificaría, cuando de su realización dependiera la salvación de la seguridad pues en este caso ante la imposibilidad de que dos bienes jurídicamente tutelados subsistan, se opta por la salvación del de mayor valor, mediante el sacrificio del otro bien.

Por lo que respecta al cumplimiento de un deber o al ejercicio de un derecho consignados en la ley, no es posible considerar que se cometa incesto, bajo el amparo de estas justificantes.

En la obediencia jerárquica, podemos suponer el caso de que un superior ordene a un inferior que efectúe cópula con un pariente de éste; si el subordinado carece del poder de inspección sobre la orden que le es dada y legalmente tiene

el deber de obedecer, aun conociendo la ilficidad del mandato, cuando realiza la conjunción carnal, no actúa contra derecho porque su comportamiento se encuentra justificado.

Por último no creemos posible que el incesto se justifi que por un impedimento legítimo, dada la naturaleza omisiva de éste.

DE LA IMPUTABILIDAD EN GENERAL.- Dogmáticamente, la imputabilidad ha sido tratada en diferentes formas. Algunos autores consideran que debe quedar contenida en la culpabilidad. Para otros constituye un elemento autónomo del delito; según una tercera concepción, la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad.

Nosotros nos agregamos a quienes sostienen este último criterio, ya que partimos de la base de que para que un sujeto sea culpable, precisa ser imputable, o dicho en otra forma, en la culpabilidad intervienen el conocimiento y la voluntad, de donde resulta indispensable que se puedan ejercer esas facultades.

El individuo debe ser capaz para entender y querer, para determinarse en función de aquello que conoce, ya que solamente así podrá saber la ilicitud de lo que hace y estar en posibilidad de querer realizarlo. Esta capacidad intelectual y volitiva, constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad, o sea, la imputabilidad.

La imputabilidad - afirma CUELLO CALON -, "es el elemento más importante de la culpabilidad. Se refiere a un modo de ser del agente, a un estado espiritual del mismo, y tiene por fundamento la concurrencia de ciertas condiciones psicológicas y morales (salud mental y madurez) exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos. No exige condiciones de fina y delicada espiritualidad, sino condiciones mínimas, aquéllas que son absolutamente necesarias para que una perso

na pueda responder de los propios actos. Es la capacidad de conocer y de querer.". (133)

En este mismo sentido se manifiesta a MAGGIORE cuando dice: "El hombre no podrá ser llamado culpable si antes no es imputable, es decir, si no está en posesión de un mínimo de condiciones psíquicas (y físicas) en virtud de las cuales puede atribuírsele el delito. La culpabilidad lleva implícito, como ya vimos, un juicio de reprobación; pero no se puede reprobear ni castigar a quien no sea capaz de reprobación y de castigo. El juicio de culpabilidad presupone, pues, un juicio de imputabilidad". (133)

Confirmamos así, que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad y se puede definir como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal. (134)

Ahora bien, ¿quién tiene la capacidad de entender y de querer?; ¿quién es imputable?.

Podemos responder a las interrogantes anteriores en los siguientes términos: es imputable el sujeto que reúna condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales, en el momento de la ejecución del acto típico, que lo capaciten para responder del mismo.

"Será imputable - dice CARRANCA Y TRUJILLO -, todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley,

para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana". (135)

Nos ocuparemos ahora, en forma breve, de la responsabilidad del sujeto, porque ésta a veces se utiliza como sinónimo de culpabilidad o imputabilidad. En verdad se trata de -- una categoría jurídica diferente. Es el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Como dijimos, serán imputables los que tengan desarrollada la mente y que no padezcan anomalías psicológicas que los imposibiliten para entender y querer; pero sólo serán responsables lo que habiendo ejecutado el hecho estén obligados a responder de él. (136)

IMPALLOMENI nos explica: "La responsabilidad penal es -- la obligación de sufrir una pena a causa de un delito; luego uno es penalmente responsable cuando todas las condiciones -- materiales y morales previstas por la ley como esenciales a un delito, se encuentran existentes en el hecho imputado". (137)

Entre las varias acepciones que se dan de la responsabilidad, dos son las más explicativas: 1.- La responsabilidad resulta porque el sujeto imputable tiene la obligación de responder ante los tribunales de su actitud crimínosa; y 2.- La

responsabilidad significa la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típico, antijurídico y culpable, por lo que las sentencias judiciales suelen declarar que se tiene al acusado como penalmente responsable del delito que motivó el proceso y que por ello se hace merecedor a una sanción. Por lo tanto, la responsabilidad viene a ser capacidad para la pena, porque su contenido es una relación entre sujeto y Estado, por la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las penas señaladas por la ley.

Hemos afirmado que es imputable el sujeto que reúna las condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales, en el momento de la ejecución del acto típico; ahora bien hay casos en que el individuo antes de actuar, ya en forma dolosa o culposa se coloca en situación de inimputabilidad, es decir, ajusta su conducta a cualquiera de las causas de inimputabilidad reconocidas por la ley; no obstante es penalmente responsable del hecho delictivo perpetrado. A estas acciones se les denomina *liberae in causa* (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto). Por ejemplo un individuo ha decidido cometer un robo y para darse ánimos ingiere bebidas embriagantes, y en el estado de ebriedad completa ejecuta el delito. Definitivamente en este caso, el agente es plenamente imputable, porque entre la decisión de cometer el delito y su resultado, hay

un enlace causal; si bien en el momento de delinquir el sujeto carecía de la aptitud de entender o querer, en este caso el fundamento de la imputabilidad lo encontramos en el acto precedente, cuando el sujeto se procuró los medios, o sea, en el momento del impulso para el desenvolvimiento del enlace causal, ya que aquí, el autor era imputable.

LA IMPUTABILIDAD EN EL INCESTO.-Desde luego, la imputabilidad en el delito de incesto se dará cuando los sujetos que intervienen en la relación sexual, sean imputables; esto es, por una parte, que tanto los ascendientes y descendientes o los hermanos que que efectúen el acceso carnal, tengan la capacidad de entender, -- explicada ésta como la facultad de aprender las cosas, de comprenderlas y por lo mismo de medir y prever las consecuencias de la propia conducta. Con más concreción, sería la capacidad de entender que ese tipo de relaciones constituyen un delito, una actitud, que tanto el Derecho como la moral y las costumbres reprobaban y señalan como ignominioso. Además, imputables porque tengan la capacidad de querer, entendida ésta, como la facultad de autodeterminarse, de conducirse con libertad entre los diversos motivos que impulsan a la conducta; es decir, en el incesto la capacidad de querer, estará determinada por la voluntad de efectuar el acceso carnal, no obstante tener la capacidad necesaria para valorar que se trata de un hecho prohibido.

Para que los ascendientes y descendientes o los hermanos sean imputables, es decir, para que tengan la capacidad de entender y de querer a que nos hemos venido refiriendo, es necesario que reúnan condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales, en el momento del acto típico penal; de no existir dichas condiciones al tener la cópula, el incesto no podría configurarse, por funcionar alguna de las causas de inimputabilidad a las que nos referimos en el posterior inciso. Por supuesto, puede cometerse el incesto por un solo individuo, como se verá en otra parte, si el otro sujeto que conviene en la relación sexual ignora (sin que medie culpa), el parentesco, en cuyo caso sólo interesa el problema de la imputabilidad del delincuente y no de la otra persona, a menos que se analice para determinar la posible comisión de una violación por parte de aquél, o del ilícito que a la violación se equipara.

No es descartable la idea que en el incesto se den las acciones liberae in causa, partiendo de la hipótesis de que ambos parientes, sin que medie el conocimiento de uno hacia el otro de la intención de tener ayuntamiento carnal, y dadas las circunstancias en que se hallan, deciden, por separado y con el deliberado propósito de infundirse valor para efectuar el acto, ingerir bebidas embriagantes. Ya en estado de embriaguez completa se encuentran y cohabitan. De acuerdo con lo explicado en el inciso anterior, son plenamente imputables y el deli-

to de incesto quedará configurado.

Es más probable la hipótesis de que solamente un sujeto se coloque, voluntariamente, en uno de los casos de inimputabilidad; si en ese estado obra con el consentimiento pleno - del otro individuo que interviene en la relación sexual, no podrá aducir que sólo éste es culpable, alegando su inimputabilidad en el momento de realizar el acceso carnal. No tendrá razón el argumento, por ser la acción libre en su causa; pero determinada en cuanto a su efecto.

AUSENCIA DE IMPUTABILIDAD.- Como lo hemos venido haciendo en cada capítulo, ahora señalaremos el aspecto negativo - de la imputabilidad: la inimputabilidad. Ya convinimos en que la imputabilidad es el presupuesto necesario de la culpabilidad, percatándonos de una concatenación perfecta; sin la imputabilidad no existe la culpabilidad; y sin ésta, el delito no puede configurarse.

"Las causas de inimputabilidad - escribe CARRANCA Y TRUJILLO -, son aquéllas en que faltan en el sujeto las condiciones de capacidad penal necesarias para que la acción pueda serle atribuida; penalmente el sujeto no existe como sujeto de imputación penal". (138)

Las causas de inimputabilidad serán, pues, aquellas que en un momento dado puedan anular en el sujeto la salud y desa-

rollo mental, haciendo que carezca de capacidad intelectual y volitiva, por lo que no tendrá aptitud psicológica para realizar el hecho delictivo.

Las causas legales de inimputabilidad se encuentran contenidas en la fracción II del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

Fracción II. " Padecer el inculpado al cometer la infracción trans no mental o desarrollo intelectual retardado que le impide comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente.

Fracción VI. "El miedo grave o el temor infundado e irresistible - de un mal inminente y grave ... "

D De la Fracción II transcrita, es fácil darnos cuenta de tres situaciones productoras de estados de inconsciencia:

- a). Inconsciencia por el empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes;
- b). Inconsciencia o motivada por tox infecciones;
- c). Inconsciencia por trastornos mentales.

a). Sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes. -

"Cuando por el empleo de una sustancia tóxica - dice CARRANCA Y TRU JILLO -, (v. gr. Quinina, atropina, yodoformo, ácido salicí-

lico, tropocaína, etc), se produce una intoxicación que provoca un estado de inconsciencia patológico, las acciones que en tal estado se ejecutan no son propiamente del sujeto sino que puede decirse que le son ajenas. La inimputabilidad es obvia". Desde luego el empleo de sustancias tóxicas ha de ser, accidental e involuntario; de otra manera, nos encontraríamos ante una acción liberae in causa. (139)

Respecto de la embriaguez, la inimputabilidad solamente-- se dará cuando aquélla sea plena, accidental o involuntaria,-- pues entonces el sujeto dejó de ser, involuntariamente, causa psíquica del resultado. En efecto, cuando la embriaguez sea -- procurada por el agente, no sólo no constituye causa de inimpu-- tabilidad, sino que se le debe considerar como una persona más peligrosa o temible; esto porque las bebidas embriagantes pueden producir, desde un estado de simple alegría, hasta el deli-- rium tremens. (140)

En lo referente a los enervantes, puede aplicarse lo di-- cho a los tóxicos, porque en realidad no se puede hacer una di-- ferenciación precisa entre éstos y aquéllos.

b).-Toxinfecciones.-De acuerdo con la ilustración legal,-- el estado toxinfeccioso debe ser agudo y presente; es decir, el sujeto para que sea inimputable deberá actuar en un estado in-- feccioso y no post-infeccioso.

Existen ciertos estados de inconsciencia que son efecto de ciertas enfermedades infecciosas o microbianas. En efecto, estos males traen a veces, como consecuencia trastornos mentales. Tal puede ocurrir con el tifo, rabia, viruela, lepra, tisis, etc., En estos casos para determinar exactamente si el sujeto al perpetrar el delito obró en un estado de inconsciencia, es preciso tener en cuenta los dictámenes que los médicos y psiquiatras formulen.

CARRANCA Y TRUJILLO escribe: "Por trastorno Mental debe entenderse toda perturbación pasajera de las facultades psíquicas, innatas o adquiridas, cualquiera que sea su origen. En este estado morbosos de la mente debe quedar el sujeto incapacitado para decidir voluntariamente la acción criminal, de suerte que ésta pueda ser considerada como ajena y no propia de él". (141)

Los trastornos mentales como causa de inimputabilidad, no deben ser confundidos con la enfermedad mental permanente, o como vulgarmente se dice, la locura; porque a los sujetos que padezcan este tipo de enajenación mental, la ley les da otro tratamiento, que se encuentra contenido en el artículo 68 de nuestro Ordenamiento Penal.

En la fracción VI del artículo en estudio, podemos advertir dos causas que excluyen la incriminación: el miedo grave y el temor fundado, que técnicamente no pueden identificarse, porque el primero constituye una causa de inimputabilidad y -

el segundo puede ocasionar una inculpabilidad. Por esto mismo, ahora sólo nos ocuparemos del miedo grave, ya que el fundado - temor lo estudiaremos en el aspecto negativo de la culpabili-
dad.

La palabra miedo viene del vocablo latino metus que signi-
fica inquietud, ansiedad. CARRANCA Y TRUJILLO explica que "es-
ta perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o mal que -
realmente amenaza o que se finge en la imaginación". (142)

El miedo constituye un estado psicológico de perturbaci-
ón, es decir, puede producir automatismo, inconsciencia, afect-
tando por ende, la capacidad o aptitud psicológica del indivi-
duo.

LA INIMPUTABILIDAD EN EL DELITO DE INCESTO.- 'En el deli-
to que estudiamos, son dables algunas hipótesis de inimputabi-
lidad, en función de las fracciones II y VI del artículo de la
Ley Penal.

En primer lugar tomaremos en cuenta las sustancias tóxi-
cas y las bebidas embriagantes. Supongamos que dos parientes,-
de modo involuntario y accidental, y sin la mínima intención -
de copular entre ellos, ingieren sustancias tóxicas o bebidas
embriagantes y ya en ese estado tóxico o de plena ebriedad que
les motivó una inconsciencia, efectúan el ayuntamiento carnal.
Realmente no serán imputables, operará en su beneficio una cau-

sa de inimputabilidad por estado de inconsciencia, porque en el momento de la consumación del acto delictivo, está neutralizada la capacidad mental de los sujetos que intervienen en la relación sexual, sin que hayan provocado tal situación.

Partiendo de la misma hipótesis anterior, con la variante de que uno sólo de los individuos sea quien se encuentre en un estado de inconsciencia, es claro que si el otro agente en la relación sexual consiente en efectuar el ilícito, será plenamente imputable, en tanto que aquél no. Ahora bien, de ésto puede resultar una nueva situación hipotética, pues si el consentimiento es dado por la presión de un miedo grave, ambos sujetos serán inimputables al momento de tener la conjunción carnal. Para un individuo habrá una causa de inimputabilidad por estado de inconsciencia y respecto al otro, por grave miedo.

En lo referente a las tox infecciones, podemos pensar que en el caso de que uno de los miembros de la familia adquiera una enfermedad infecciosa o microbiana y contagie a los demás. Si en uno o más de los enfermos sobreviene un trastorno mental y realizan el coito, tampoco serán imputables, por lo que no podrán ser responsables del delito de incesto.

En atención a la fracción VI y específicamente al miedo grave, se nos ocurre a la siguiente posibilidad: cuando uno o dos de los parientes definidos cometan incesto bajo la presión de un miedo grave, obrará nuevamente, así, una causa de inimputabilidad.

En los casos expuestos y en casi todos aquéllos en que nos encontraremos con causas capaces de hacer desaparecer, transitivamente, la capacidad psicológica del individuo, no existirá la imputabilidad y por este motivo no habrá culpabilidad y el delito de incesto no llegará a configurarse.

LOS MENORES QUE EJECUTAN ACTOS INCESTUOSOS TÍPICOS.-

Tema a discusión ha sido la consideración de si los menores de 18 años, son o no imputables en el campo del Derecho Penal. Comúnmente se afirma que son inimputables, porque cuando cometen hechos típicos del Derecho Penal, los ilícitos respectivos no se configuran. Los que así piensan, parten de lo preceptuado por el artículo 1 DE LA LEY QUE CREA LOS CONSEJOS TUTELARES PARA MENORES INFRACTORES DEL DISTRITO FEDERAL:

" El Consejo Tutelar para Menores tiene por objeto promover la readaptación social de los menores de dieciocho años en los casos a que se refiere el artículo siguiente, mediante el estudio de la personalidad, la aplicación de medidas correctivas y de protección y la vigilancia del tratamiento".

Nosotros creemos que tanto una persona de 16 como de 17 años, puede reunir un completo desarrollo y salud mentales, y ser por lo mismo plenamente imputable; pero el Estado con su política criminal defensiva, ha considerado a los menores de edad que realizan hechos que de otro modo serían delictuosos,

capaces de corregirse para lo cual ha creado órganos especiales. Así el artículo 2o. de la Ley antes mencionada, preceptúa: "El Consejo Tutelar interviendrá en los términos de la presente ley, cuando los menores infrinjan las leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundamentalmente, una inclinación a causar daños, a sí mismo, a su familia o a la sociedad, y ameriten por lo tanto, la actuación preventiva del Consejo."

En atención a el artículo 66 de la misma ley podemos observar, que es muy probable que en la relación sexual, constitutiva del delito de incesto, intervengan un mayor y un menor de edad. En ausencia de alguna causa de inimputabilidad, el mayor estará realizando una conducta incestuosa típica y deberá sufrir la pena que señala el artículo 272 de nuestro Ordenamiento Penal; en tanto que el menor, aunque su conducta también es típica, no le será aplicable la sanción marcada en el precepto citado, sino que será sometido a medidas tutelares o correctivas, como son, según el artículo 61 del dicho ordenamiento: "Para la readaptación social del menor y tomando en cuenta las circunstancias del caso, el Consejo podrá disponer el internamiento en la institución que corresponda o la libertad...".

Si el menor obró en un estado de inconsciencia o presionado por miedo grave, esto no lo librará del estudio respectivo y si-

después del mismo el Consejo Tutelar lo estima conveniente, podrá sometersele a las medidas tutelares, por que lo que se pretende con ellas es lograr su corrección, si la necesita; tal vez resulte menos difícil conseguirlo en el menor que actuó en estado de inconsciencia que en aquél cuya actitud ha sido determinada por una baja condición moral o corrupción de las costumbres en que las familias viven; situación que, como asentamos desde el inicio del presente trabajo, es una de las causas que dan origen al incesto. (143)

DE LA CULPABILIDAD EN GENERAL.- Para que una conducta sea delictuosa, además de típica y antijurídica, deberá ser -- culpable.

"La culpabilidad, genéricamente, - afirma IGNACIO VILLALOBOS -, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición, en el dolo, o indirectamente por indolencia y desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa". (144)

CUELLO CALON explica: "Una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica existente entre ella y su autor - puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada". (145)

JIMENEZ DE ASUA comenta: "En el más amplio sentido, puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (146)

Para fijar la naturaleza jurídica de la culpabilidad, se han elaborado diversas doctrinas; tienen especial importancia las teorías psicológicas y normativista.

En esencia, la primera consiste en que la culpabilidad se hace radicar en el hecho psicológico causal del resultado. "La doctrina psicológica de la culpabilidad - expone SEBASTIAN SOLLER -, concibe a ésta como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho. En consecuencia, supone el análisis -

de la situación interna del sujeto; la culpabilidad reside en él; es la fuerza moral subjetiva del delito, dentro de la terminología carrariana". (147)

Entre nosotros, CASTELLANOS TENA considera que en la teoría psicológica, dejando toda valoración jurídica para la anti-juridicidad ya supuesta; su esencia se agota en el proceso intelectual-volitivo que se desarrolla en el autor. El estudio de la culpabilidad supone el análisis del psiquismo del agente con el objeto de investigar en concreto, cuál ha sido su conducta--con relación al resultado objetivamente delictuosos". (148)

Para la segunda teoría, o sea, la normativista, la culpabilidad se hace consistir en el juicio de reproche a una motivación del sujeto. A este respecto SEBASTIAN SOLER nos dice: "Para la teoría normativa la culpabilidad se define como reprochabilidad; es un juicio de reproche; es el conjunto de presupuestos de la pena que fundan la reprochabilidad personal de la acción ilícita con relación al autor". (149)

"Consideran los normativistas que una conducta antijurídica y típica es reprochable, es decir culpable, cuando el autor-capaz ha obrado con dolo o culpa, además el orden normativo le exigía otra conducta conforme al Derecho y, por ende, distinta a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber". (150)

"La culpabilidad, considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber".
(151)

La corriente que se advierte en el Código Penal, es el psicologismo; y desde luego, si hemos de tomar a la ley positiva como un dogma base de estudio e investigación, tendremos que tomar partido por la teoría psicológica.

FORMAS DE LA CULPABILIDAD.- Tradicionalmente ha sido consideradas como formas de la culpabilidad, el dolo y la culpa, según que el agente encamine su voluntad consciente a la ejecución de un hecho tipificado en la ley como delito, o que cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Algunos tratadistas suelen incluir, como tercera forma o especie de la culpabilidad, a la preterintención, esto es, si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del agente.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por dolo?

Para JIMENEZ DE ASUA el dolo es: "la producción de un resultado típicamente entijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica". (152)

"Puede definirse el dolo - dice CUELLO CALÓN -, como la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la -- ley prevé como delito". (153).

Puede afirmarse que el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

En estas definiciones descubrimos que el dolo se encuentra compuesto por dos elementos, uno ético y otro volitivo. El primero está integrado por la conciencia de que se quebranta el - deber, y el segundo por la voluntad de realizar el acto.

El dolo presenta varias especies; cada tratadista establece su propia clasificación. Así doctrinalmente se habla de dolo directo, indirecto, simplemente directo, eventual, indeterminado, alternativo, genérico, específico, calificado, etc..

IGNACIO VILLALOBOS considera que son cuatro las especies de dolo: directo, simplemente indirecto, indeterminado y eventual; definiéndolo en la siguiente forma: Dolo directo, aquél en que - la voluntad del agente se encamina directamente al resultado o - al acto típico. Hay dolo simplemente indirecto cuando el agente se propone un fin y comprende o sabe que, por el acto que realiza para lograrlo, se han de producir otros resultados antijurídicos que son el objeto de su voluntad, pero cuyo seguro acaecimiento no le hace retroceder, por lo cual quedan admitidos por

él, con tal de lograr el propósito rector de su conducta. Hay dolo indeterminado cuando el agente del delito no se propone producir un daño determinado, sino sólo causar alguno para fi nes ulteriores (anarquista que arroja bombas sin proponerse-- un resultado determinado). Se llama dolo eventual, al que existe en el agente que se propone un resultado, pero sabiendo y admitiendo la posibilidad de que se produzcan otros diver-- sos o mayores. Este mismo autor expone como ejemplo de dolo-- eventual, el hecho consistente en mutilar a los niños para de formarlos a fin de que tengan éxito en la mendicidad. No obstante el conocimiento de los autores de la posibilidad de que sobrevenga la muerte, no retroceden ante ese peligro y reali-- zan la conducta propuesta. (154)

Nosotros aceptamos la clasificación de CASTELLANOS TENA, por considerar que incluye las especies de dolo de más importancia práctica: "Dolo directo, indirecto y eventual. En el prime-- ro el sujeto se representa el resultado y lo quiere; hay voluntariedad de la acción y querer del resultado; es decir, la voluntad del agente se encamina directamente al acto típico. En el dolo indirecto el sujeto se propone un fin, a sabiendas de que seguramente se producirán otros resultados que no constituyen su meta principal, pero cuya segura realización no le hacen retroceder, con tal de lograr su objetivo. El eventual aparece cuando el agente se representa la posibilidad de un resultado--

delictuoso y no obstante esa representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando en último término sus consecuencias; en este caso hay voluntariedad de la conducta casual y representación de la posibilidad del resultado, el cual no se quiere, pero se menosprecia su acaecimiento, lo que en última instancia equivale a ratificarlo". (155)

Nuestro Código Penal Vigente nos dice en su artículo 8:

Los delitos pueden ser intencionales y no intencionales o de imprudencia; y preterintencionales, equiparando el dolo a la intención, por lo que parece ser que sólo se refiere a los delitos con dolo directo; pero la jurisprudencia ha considerado como intencionales todas las especies de dolo.

Corresponde ahora tratar la culpa, como segunda forma de la culpabilidad. El artículo 8 citado, confunde la culpa con la imprudencia, cuando expresa que los delitos pueden ser: "...no intencionales o de imprudencia y preterintencionales". Adviértase que la imprudencia no es sino una de las especies de la culpa.

JIMENEZ DE ASUA define la culpa diciendo: "Es la producción de un resultado típicamente antijurídico por falta de -- previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendría, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se produ-

cen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo".
(156)

"Existe culpa - afirma CUELLO CALON -, cuando obrando - sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañosos, previsible y penado por la ley". (157)

"Actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado". (158)

En lo referente a la naturaleza de la culpa se han elaborado varias teorías, como son: a) de la previsibilidad; b) de la previsibilidad y evitabilidad; y c) del defecto de la atención. La primera consiste en la previsibilidad del resultado no querido. La segunda en que además de la previsibilidad del evento, se añade el carácter de evitable o prevenible para integrar la culpa; y la tercera, en que la culpa se hace situar en la violación, por parte del sujeto, de un deber de atención impuesto por la ley. (159)

Creemos que existe culpa cuando se realiza la conducta - sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero ésta surge a pesar de ser previsible y evitable, - por no ponerse en juego, las cautelas o precauciones legalmente exigidas. De esta definición se deducen los siguientes elementos:

- a).- Una conducta humana, que consiste en el actuar voluntario (positivo o negativo);
- b).- Que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado;
- c).- Que los resultados del acto sean previsibles y evitables, además de típicos; y
- d).- Que exista una relación de causalidad entre la conducta omisiva o comisiva inicial y el resultado que no se quiso.

La culpa presenta varias especies, pero las principales son: consciente e inconsciente. La primera existe cuando el sujeto ha previsto el resultado como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abraza la esperanza de que no ocurrirá. La segunda aparece cuando no se prevé el resultado que es previsible. Aquí hay voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado que es de naturaleza previsible. (160)

Dichas especies de culpa son también llamadas, la primera con previsión o representación del resultado, y la otra, sin previsión o sin representación.

Solfa clasificarse la culpa sin representación en lata, leve y levísima, pero la doctrina moderna penal, ha dejado en el olvido tal nomenclatura. No obstante, en nuestra legisla---

ción encuentra aceptación sólo en cuanto a la gravedad o levedad de culpa, haciendo operar una mayor o menor penalidad. La culpa lata es cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona, la leve si tan sólo por alguien cuidado so, y la levísima únicamente por los muy diligentes.

Tanto en la culpa consciente como en el dolo eventual, -- hay voluntariedad de la conducta causal y representación del -- resultado; pero mientras en el dolo eventual el agente se colo ca en una postura de indiferencia ante el resultado; en la cul pa con previsión, dicho resultado no se quiere, es más, se a-- briga la esperanza de que no se producirá.

Es conveniente ahora, tratar someramente la preteintencio nalidad ya que se ha incluido en el artículo 8 de nuestro Códig o Penal, fracción III, porque suele hablarse de ella como ter cera forma o especie de la culpabilidad, si el resultado delic tivo sobrepasa a la intención del agente.

Creemos que no es posible hablar de la preteintencionalid ad como tercera especie de la culpabilidad, que participe a -- la vez de las esencias del dolo y de la culpa, porque ambas -- formas se excluyen. Lo cierto es que el delito, o se comete me diante dolo o por culpa, aunque en ambos el resultado puede -- ser mayor de lo que se proponía el sujeto o de lo que podía -- preverse o evitarse. Por lo tanto, mejor que delitos preterin-

tencionales, debía hablarse de delitos con resultado preterintencional. (161)

LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE INCESTO.- "El incesto - afirma ALBERTO GONZALEZ BLANCO -, es un delito de dolo, toda- vez que los sujetos quieren la realización de la conducta se- xual con pleno conocimiento de la relación de parentesco".

(162)

En efecto, el delito de incesto es necesariamente doloso, porque la exigencia del tipo implica la voluntariedad de la ac- tividad de tener relaciones sexuales, por lo que queda exclu- da la comisión culposa.

La conducta por sí sola agota, según hemos expresado con- anterioridad, el elemento objetivo del delito que nos ocupa y= su realización sólo puede concebirse por la naturaleza misma - de la acción, de modo voluntario.

Desde luego, hay una conducta consciente y voluntaria del pariente o parientes que intervienen en la relación sexual; y dicha conducta está dirigida a la producción de un resultado - típico y antijurídico; es decir, a la consumación del delito - de incesto.

Consideramos que el incesto puede constituir un delito con resultado preterintencional, ya que es posible concebir que el - resultado sobrepase a la intención del agente.

DE LA INCULPABILIDAD EN GENERAL. - Como en los anteriores capítulos, ahora analizaremos el aspecto negativo de la culpabilidad; la inculpabilidad, o sea, la ausencia de culpabilidad.

Cuando hay ausencia de los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad, operará siempre la inculpabilidad. Al hablar de ésta en particular, o de las causas que eliminan la culpabilidad, se hace referencia a la exclusión de este elemento del delito, supuesta una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable. Por lo tanto la culpabilidad tampoco aparecería en ausencia de un elemento anterior del delito, porque los primeros tienen prelación lógica respecto a los siguientes. (163)

Ya anotamos que para señalar a un individuo como culpable es indispensable que en su conducta intervengan el conocimiento y la voluntad, es decir, los elementos que integran la culpabilidad, uno intelectual y otro volitivo; por lo mismo debemos considerar como causas de inculpabilidad, las que sean capaces de eliminar dichos elementos, conjunta o separadamente.

Doctrinalmente se ha considerado que llenan el campo de las inculpabilidades; el error y la no exigibilidad de otra conducta.

CASTELLANOS TENA al referirse a la anterior aseveración expone: "Por nuestra parte cremos que aún no se ha logrado de terminar con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, porque no se ha podido señalar cuál de los dos elementos de la culpabilidad quedan anulados en presencia de ella, ya que el Código mexicano se afilia a la teoría psicologista. En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el error (que ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (que afecta al elemento volitivo)". (164

El error es un vicio de naturaleza psíquica que consiste en la falta de conformidad entre el sujeto cognocente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad. Dicho en otra forma, sería un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente.

Generalmente cuando se habla de error, se distingue entre él y la ignorancia, la cual implica una ausencia completa de conocimiento; en el error se conoce, pero se conoce mal; la ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento porque nada se conoce, ni errónea ni certeramente.

El error se divide en error de hecho y de Derecho. El primero se clasifica en esencial y accidental, y éste abarca la aberratio ictus, la aberratio in persona y la aberratio delicti

El error de Derecho no es considerado como una causa de inculpabilidad, en atención al principio de que la ignorancia de las leyes a nadie beneficia.

El error de hecho para que pueda considerársele como causa de inculpabilidad, debe ser esencial e invencible, ya que en caso contrario deja subsistente la culpabilidad, al menos en su forma culposa.

OTTORINO VANNINI nos dice: "Error de hecho es el error - que recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente de conocer, de advertir la relación del hecho que él - realiza con el hecho abstractamente formulado en el precepto penal". (165)

"Se dice que el error es invencible - afirma EUSEBIO GOMEZ -, cuando no deriva de culpa, de tal modo que, aun con el concurso de la debida diligencia, no hubiera podido evitarse." (166)

PORTE PETIT explica: "En el error esencial, el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuricidad de su conducta y por ello, constituye como antes dijimos, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo". (167)

El error es accidental, cuando no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino secundarias. Ya hemos expresado que este error abarca la aberratio ictus (error de golpe) -

cuando el resultado no es precisamente el querido, pero a él equivalente; la aberratio in persona (error en la persona) cuando el error versa sobre la persona objeto del delito; y la aberratio in delicti, si se ocasiona un suceso diferente al deseado. (168)

El error accidental no produce efectos eximentes y por lo tanto es ineficaz para impedir la configuración del delito. Su influencia consistiría, a lo sumo, en hacer variar el tipo del ilícito y esto en casos excepcionales.

El Artículo 59 bis de nuestro ordenamiento penal vigente dice:

"Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley Penal o del alcance de ésta en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto."

En nuestro delito a estudio se ha observado que en algunas comunidades rurales el escaso acceso a los avances modernos ha provocado que en dichas zonas las relaciones sexuales que se verifican cotidianamente sean de carácter incestuoso.

Pasemos ahora a estudiar la segunda causa de inculpabilidad, o sea la no exigibilidad de otra conducta. Ya asentamos que por seguir nuestro Código la teoría psicologista de la culpabilidad, debemos hablar más bien de coacción sobre la voluntad.

Para algunos tratadistas, la no exigibilidad de otra conducta representa una causa de inculpabilidad, y para otros, la motivación de una excusa, que dejando subsistente el carácter delictivo del acto, excluye la pena. En este último sentido se manifiesta IGNACIO VILLALOBOS cuando dice: " La no

exigibilidad de otra conducta debemos considerarla como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la consciencia ni la capacidad de determinación; por tan sólo atañe a la equidad o a la conveniencia-política política y puede motivar un perdón o una excusa, pero no una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos". (169)

En las eximentes por no exigibilidad de otra conducta, se suelen incluir, el temor fundado.

LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD EN EL DELITO DE INCESTO. -

Como en cualquier otro delito, en el incesto bien pueden funcionar el error y la coacción sobre la Voluntad, como causas de inculpabilidad, impidiendo la configuración del ilícito.

Empezaremos con la ignorancia, por la que el autor o autores del ayuntamiento carnal, desconocen la antijuridicidad de su conducta, es decir, - puede darse el caso de que desconociendo o ignorando el parentesco que los une, cohabiten; cosa muy probable si tenemos en cuenta los extremos de la liga familiar, que pueden alcanzar las relaciones sexuales tachadas de in-cestuosas, o aun entre hermanos que no han ^Vivido juntos e ignoran su común origen.

Por otra parte, creemos que por un error esencial de hecho, puede darse la inculpabilidad en el incesto, si se prueba que el acceso carnal se efectuó en la creencia de que no existía el ^Vínculo de parentesco, y si el error

resulta invencible, constituiría el aspecto negativo de la culpabilidad en el delito, objeto del presente trabajo.

En lo referente a la coacción sobre la voluntad (para unos), o por la no exigibilidad de otra conducta (para otros) nos podemos encontrar ante inculpabilidades en el incesto.

El temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor, también constituye una causa de inculpabilidad por coacción sobre la voluntad, siempre y cuando no la anule en el agente, sino que le conserve las facultades del juicio y decisión, de tal forma que pueda determinarse en presencia de una seria amenaza. Esto precisamente puede acontecer a uno o dos parientes que coaccionados en dicha forma, realicen el acceso carnal. No obstante que su conducta es típicamente incestuosa, estará obrando una causa de inculpabilidad, y por ende, el ilícito respectivo no llegará a configurarse. (170)

PUNIBILIDAD: "la punibilidad consiste en la amenaza, por parte del Estado a través de la norma, de la imposición de -- una pena si la conducta llena el presupuesto legal. Es una - reacción estatal mucho más enérgica que en las infracciones - civiles o de índole distinta a la penal. En esta materia, el Estado obra drásticamente, conminado la ejecución de ciertas conductas con la amenaza de aplicación de penas". (171)

NATURALEZA JURIDICA.- Encontradas opiniones se han emitido respecto a si la punibilidad posee o no el carácter de elemento esencial del delito, y nos encontramos con el antagonismo de dos corrientes, elaboradas por los estudiosos del Derecho Penal; una que lo considera como elemento del delito, y otra, que le niega ese carácter.

Entre nosotros, Porte Petit se inclina por la primera de dichas corrientes, cuando dice: "Para nosotros, que en el curso del presente trabajo, hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento punitivo, es indudable que la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo." El artículo 70. del Código Penal, que define el delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, exige explícitamente la pena legal y no vale decir, que sólo alude a la garantía penal 'nulla poena sine lege', - pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma del total

ordenamiento jurídico, el artículo 14 Constitucional alude sin duda de ninguna especie a la garantía penal. Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito, con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esta clase, es típica, anti-jurídica y culpable, y, por tanto constitutiva de delito, que no se pena por consideraciones especiales. Sin embargo, cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, es obvio que, respecto a nuestra legislación, imposibilita la aplicación de una pena, de suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible no encaja en la definición de delito contenida en el artículo 7o. del Código Penal". (172) *

La segunda tendencia, o sea aquella que niega que la punibilidad sea elemento esencial del delito, es sostenida entre otros, por Ignacio Villalobos, quien manifiesta que la pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria por esto es que, acostumbrados a los conceptos arraigados sobre la justicia retributiva, suena lógico el decir que el delito punible; pero ni esto significa que la punibilidad forma parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uno de una determinada medicina, ni el delito dejaría de serlo si se

* En interesantes trabajos posteriores, entre ellos los Apuntes de la parte General de Derecho Penal' (Edic. 1960), ya sostiene que la punibilidad no es elemento, sino consecuencia del delito y aporta valiosas opiniones para sostener este punto de vista.

cambiaran los medios de defensa de la sociedad. Un acto es punible porque es delito; pero no es delito porque es punible.

En cambio, sí es rigurosamente cierto que el acto es delito por su antijuridicidad típica y porque se ejecuta culpablemente. Si a pesar de ser así cayéramos en el empeño de incluir en la definición del delito la punibilidad, tendríamos para ser lógicos y consecuentes con esa manera de apreciar esta característica, que consignar otros que están en idénticas condiciones y decir que el delito es el acto humano típicamente antijurídico, culpable, punible, reprochable, dañoso, temible, etc..(173)

"A las razones anteriores -dice Castellanos Tena-, se sanciona a los coautores en virtud de su participación en la comisión de un delito, lo que confirma que puede existir éste sin la punibilidad. Al que está amparado por la excusa no se le aplica la pena, pero sí a los que intervienen en alguna forma en la realización del acto, y esto es así, necesariamente, porque cooperan con el delito, pues de lo contrario sería imposible sancionarlos". (174)

Por nuestra parte consideramos que la punibilidad no es elemento sino consecuencia del delito, por lo que nos adherimos a las corrientes doctrinarias que le niegan aquel carácter.

LA PUNIBILIDAD EN EL INCESTO.-- Hemos afirmado que la punibilidad consiste en la amenaza, por parte del Estado a través de una norma de la imposición de una pena si la conducta llena el presupuesto legal. Ahora, en lo referente al delito de incesto, nuestro Código Penal lo sanciona con la imposición de uno a seis años de prisión, para los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes; de seis meses a tres años de prisión a los descendientes que tengan cópula con sus ascendientes, o con sus hermanos. (artículo 272). *

CONDICIONALIDAD OBJETIVA.- Las condiciones objetivas de la punibilidad, tampoco son elementos esenciales constitutivos del delito.

Remo Pannain explica: "Las condiciones de punibilidad son elementos esenciales porque, cuando se requieren, sin ellas no hay punibilidad, y por lo tanto no hay delito; sin embargo no son elementos constitutivos porque no intervienen en la construcción de la figura criminal: su función es la de acondicionar la existencia de un delito ya estructuralmente perfecto, pero no vital. Así como los varios -

* Desde luego es criticable que se castigue con una pena menos a los descendientes que intervienen en la conjunción carnal, tachada de incestuosa, porque éstos muy bien pueden ser plenamente responsables e inductores del hecho delictivo, tanto, con un ascendiente como con un hermano; por lo que, la sanción, debería ser idéntica, para todos los sujetos que efectúan conductas típicamente incestuosas, en función de que lo más vergonzoso es que se consienta en realizar dichos actos.

órganos son esenciales para la existencia de un individuo, el oxígeno que debe respirar, es esencial para su vida, pero no es un órgano". (175)

"Las condiciones objetivas de penalidad tampoco son elementos esenciales en el delito. Si las contiene la descripción legal, se tratará de elementos o partes integrantes del tipo; si faltan en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos. Basta la existencia de un sólo delito sin estas condiciones, para demostrar que no son requisitos de su esencia. Muy raros son los delitos con penalidad condicionada". (176)

Las condiciones objetivas, suelen definirse como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación.

Las penas que se establecen en el artículo 272 del Código Penal, base del presente estudio, no se encuentran supeditadas a condición objetiva alguna. Cosa contraria sería, por ejemplo, cuando el tipo dijese: se impondrán de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes, siempre y cuando el acto se realice en el domicilio familiar. Aquí sí estaríamos en presencia de una condición objetiva de penalidad, ya que si la conjunción carnal se lleva a efecto fuera de dicho lugar, la pena no podría aplicarse, mas aún en este caso, para algunos se trataría de una exigencia típica.

Otro ejemplo sería el artículo 564 del Código Penal Italiano, que exige, para que el incesto sea penado, la condición de que en el ayuntamiento carnal constitutivo del incesto, medie escándalo público.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS.- Las excusas absolutorias constituyen el aspecto negativo de la punibilidad, en presencia de ellas no es posible la aplicación de la pena.

Jiménez de Asúa las define diciendo: "Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública, es decir, que son motivos de impunidad - como también las llama Vidal - utilitates causa". (177)

"Son aquellas causas - dice Castellanos Tena -, que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena; el Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo excluye la posibilidad de punición". (178)

Carrancá y Trujillo dice: "La punibilidad desaparece en ciertos casos que la ley considera por razón de las

personas y de la utilidad social de la impunidad, como no sancionables. Tal -
ocurren con las excusas absolutorias". (179)

Nuestro Código Penal, contempla hipótesis de excusas absolutorias, como
son:

Excusas en razón de mínima temibilidad. Cuando el ^valor robado no pase
de diez ^veces el salario mínimo. (art. 375, cp).

Excusas en razón de la maternidad consciente. Aborto causado por imprud
dencia, o cuando el embarazo es resultado de una ^violación. (art. 333 c.p.)

El artículo 272, de nuestro Ordenamiento Penal, ilustrativo del delito de
incesto, para nada hace mención a alguna excusa absolutoria.

C I T A S B I B L I O G R A F I C A S

- (61). Antolisei Francesco. La Acción y el Resultado en el Delito, Trad. de José Luis Pérez Hernández, Edición 1959. México, pág. 21
- (62). Binding Carlos. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Edición 1951. Buenos Aires, pág. 292.
- (63). Porte Petit Celestino. Apuntes de la Parte General de Derecho Penal, Edición 1960. México, pág. 186
- (64). Battaglini Giulio. Diritto Penale. Edición 1949. Padova, pág. 170 y 171.
- (65). Antolisei Francesco. Op. Cit, pág. 111
- (66). Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Edición 1953. México, págs 298 y 299.
- (67). Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. El Delito. Primera Parte. Edición 1951. Buenos Aires, pág. 300.
- (68). Jiménez Huerta Mariano. Panorama del Delito. Edición 1950. México págs 85 y 86.
- (69). Cfr. Op. Cit. pág. 186.
- (70). Op. Cit, pág. 186.
- (71). Cfr. Op. Cit, pág. 299.
- (72). Petrocelli Biagio. Principi di Diritto Penale. Vol. I. Edición -- 1943, pág. 326.
- (73). Pannain Remo. Manuale di Diritto Penale, Parte General. Edición- 1942. Roma, págs. 218 y 219.
- (74). Op. Cit, pág. 327.
- (75). Antolisei Francesco. Manuale di Diritto Penale. Edición 1955. Milano, pág. 159.
- (76). Cfr. Porte Petit. Op. Cit. pág. 186.
- (77). Cfr. Porte Petit. Op. Cit, pág. 188.
- (78). Porte Petit. Op. Cit, pág. 173.
- (79). Castellano Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. Edición 1959. México, pág. 164.
- (80). Pavón Vasconcelos Francisco. Apuntes 1959.

- (81). Mezger Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Edición 1946. Madrid, pág. 352.
- (82). Jiménez Huerta Mariano. La Tipicidad. Edición 1955. México, pág. 15.
- (83). Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. Edición 1959. México, pág. 167.
- (84). Cfr. Op. Cit, pág. 12.
- (85). Porte Petit Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídica Penal. Edición 1954. México, pág. 37.
- (86). Op. Cit. págs. 349 y 350.
- (87). Cfr. Porte Petit. Op. Cit, pág. 38.
- (88). Cfr. Cuello Calón, pág. 258.
- (89). Grisogni Filippo. Diritto Penale. Vol. II. Edición. 1945. Padova, pág. 172.
- (90). Cfr. Derecho Penal Mexicano. pág. 429.
- (91). Cfr. Manuale di Diritto Penale, pág. 329.
- (92). Pacheco Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Tomo III. Edición 1856. Madrid, pág. 103.
- (93). Spetelspacher y García Nieto. El Incesto y Consanguinidad como Problema Médico Legal, Criminalia. Año XXII. No. 7, México, D.F. Julio de 1956, pág. 510.
- (94). Mitchel Arturo. Anales de Higiene y Medicina Legal. Tomo II. Edición 1865.
- (95). Op. Cit, pág. 430.
- (96). González de la Vega. Op. Cit, pág. 430.
- (97). Op. Cit, págs. 103 y 104.
- (98). Castellanos Tena. Op. Cit. pág. 170.
- (99). Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito. Edición 1954. México, - págs. 293 y 289.
- (100). Belling Ernest Von. Esquema de Derecho Penal, Edición 1944, Buenos Aires, pág. 21 y 22.

- (101). Tratado de Derecho Penal, pág. 339.
- (102). Parte Petit Celestino. Programa de la Parte General del Derecho Penal. Edición 1958. México. pág. 285.
- (103). Cfr. Op. Cit, pág. 297.
- (104). Cfr. Op. Cit. págs. 227 y 228.
- (105). Cfr.
Carranca y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General Editorial Porrúa. Decimocuarta Edición 1982. México, pág. 337.
- (106). Cfr. Op. Cit, pág. 176.
- (107). Villalobos Ignacio. Noción Jurídica del Delito. Edición 1952. México, págs 18 y 19.
- (108). Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo I. Edición 1956. Buenos Aires, pág. 304.
- (109). Cfr. Jiménez de Asúa. Op. Cit, pág. 289.
- (110). Liszt Franz Von. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Edición - 1927. Madrid. pág. 324.
- (111). Cuello Calón. Op. Cit, pág. 311.
- (112). Cfr. Importancia de la Dogmática Jurídica Penal. Op. Cit. pág. 43.
- (113). Castellanos Tena. Op. Cit, pág. 179.
- (114). Op. Cit, pág. 290.
- (115). Op. Cit. pág. 306.
- (116). Op. Cit, Tomo II, pág. 327.
- (117). Op. Cit. Tomo I, Edición 1943. Barcelona, pág. 347.
- (118). Op. Cit, pág. 311.
- (119). Op. Cit, pág. 512.
- (120). Op. Cit. Tomo II, pág. 332.
- (121). Op. Cit, pág. 342.
- (122). Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia del Fuero Federal. Editorial Andrade S.A. México 1977, pág. 7.
- (123) Sama Ferrer. Comentarios al Código Penal. Tomo I. Edición 1946. Murcia. pág. 236.

- (124). Ibid, pág. 338.
- (125). Jiménez Huerta Mariano. La Antijurisdicción. Edición 1952. México, pág. 209.
- (126). Cfr. Cuello Calón. Op. Cit, pág. 334.
- (127). Op. Cit, pág. 333.
- (128). Cfr. Castellanos Tena. Op. Cit. pág. 214.
- (129). Maggiore S. Derecho Penal. Volúmen I, Edición 1954. Bogotá, . pág. 390.
- (130). Op. Cit, págs. 265 y 266.
- (131). Cfr. Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. Op. Cit, pág. 220.
- (132). Op. Cit, pág. 396.
- (133). Cfr. Derecho Penal. Volúmen I. Op. Cit, pág 479.
- (134). Cfr. Castellanos Tena. Op. Cit, pág. 221.
- (135). Op. Cit, pág. 415.
- (136). Cfr. Castellanos Tena. Op. Cit, pág. 222.
- (137). Impallomeni G.S. Istituzioni di Diritto Penale. Edición 1908. Torino, pág. 231.
- (138). Op Cit, pág. 458.
- (139). Cfr. Ibid, pág. 490.
- (140). Cfr. Ibid, pág. 492.
- (141). Cfr. Ibid, pág. 496.
- (142). Cfr. Ibid, pág. 481.
- (143). Cfr. Castellanos Tena. Op. Cit, pág. 233.
- (144). Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edición 1960, págs. 272 y 273.
- (145). Cuello Calón, Op Cit, pág. 393.
- (146). La Ley y el Delito, pág. 379.
- (147). Op. Cit, pág. 13

- (148). Castellanos Tena Fernando. La Culpabilidad y su Aspecto Negativo Revista Jurídica Veracruzana. Tomo VII. Núm 1. Marzo de 1957, -- pág. 49. Xalapa, Ver.
- (149). Op. Cit, pág. 15.
- (150). Castellanos Tena. Revista Cit, pág. 49.
- (151). Fernández Doblado Luis. Culpabilidad y Error. Edición 1950. México, pág. 27.
- (152). Op. Cit, págs. 392 y 393.
- (153). Op. Cit. Tomo I, Edición 1953. México, pág. 371.
- (154). Cfr. Op. Cit, pág. 292 y ss.
- (155). Cfr. Castellanos Tena. Revista Cit, págs 52 y 53.
- (156). Op. Cit, págs 399 y 400.
- (157). Op. Cit, pág. 433.
- (158). Mezgar Edmundo. Tratado de Derecho Penal II, Edición 1949. Madrid, pág. 171.
- (159). Cfr. Castellanos Tena. pág. 251.
- (160). Cfr. Ibid, pág. 253.
- (161). Cfr. Ibid, págs. 244 y 245.
- (162). Cfr. Op. Cit, Editorial Aloma, pág. 183.
- (163). Cfr. Castellanos Tena. Op. Cit, pág. 259.
- (164). Op. Cit, pág. 261.
- (165). Vannini Ottorino. Manuale di Diritto Penale. Parte Generale, pág. 99. Edición 1947. Firenze.
- (166). Gómez Eusebio. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, Edición 1939. Buenos Aires, pág. 549.
- (167). Op. Cit, pág. 52.
- (168). Cfr. Castellanos Tena. Op. Cit, pág. 263.
- (169). Op. Cit, pág. 423.
- (170). Cfr. Castellanos Tena. "La culpabilidad y su aspecto negativo". pág. 59.

- (171). Cfr. Castellanos Tena. Lineamientos Elementales...
pág. 277.
- (172). Porte Petit Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídico Pe-
nal, Edición 1954. México, págs. 59 y 60.
- (173). Cfr. Villalobos Ignacio. Op. Cit, págs 203 y ss.
- (174). Lineamientos Elementales.... págs 279 y 280.
- (175). Cfr. Pannain Remo. Op. Cit, pág. 274.
- (176). Cfr. Castellanos Tena. Lineamientos Elementales, pág. 281.
- (177). Cfr. Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. Op. Cit, pág. 433.
- (178). Lineamientos Elementales.... págs. 281 y 282.
- (179). Carrancá y Trujillo. Op. Cit, pág. 410.

CAPITULO QUINTO

FORMAS DE CONSUMACION, PARTICIPACION Y CONCURSO.

- A) Breve referencia del Iter - Criminis
- B) Tentativa y Consumación
- C) Participación
- D) Concurso

CAPITULO QUINTO

FORMAS DE CONSUMACION, PARTICIPACION Y CONCURSO

SUMARIO:

- A) Breve referencia del Iter-Criminis.- B) Tentativa y Consumación,
C) Participación.- D) Concurso.

A) BREVE REFERENCIA AL ITER-CRIMINIS.- Se llama Iter-Criminis al camino del crimen, es decir, el delito surge primero en la mente del hombre como idea o tentación y se desplaza a lo largo del tiempo, hasta su total agotamiento. Este proceso está constituido por dos etapas, interna y externa.

La primera comienza en el instante en que el sujeto concibe el delito, y termina en el momento en que está a punto de volcarse al exterior. Cuando se exterioriza se inicia la segunda fase, la cual termina con la consumación.

La fase interna abarca tres etapas o períodos: a) idea-criminosa o Ideación, b) Deliberación, y c) Resolución.

La fase externa engloba también tres etapas: a) Manifestación, b) Preparación, y c) Ejecución.

B) LA TENTATIVA Y LA CONSUMACION EN EL INCESTO.- La última etapa del Iter-Criminis, o sea la ejecución, puede ofrecer dos diversos aspectos: tentativa y consumación.

CUELLO CALON dice " Cuando habiendo dado comienzo a la ejecución de un delito se interrumpe ésta por causas ajenas a la Voluntas del agente, surge la figura jurídica de la tenta-

tiva. Para su existencia deben concurrir tres elementos: A) Intención de cometer un delito determinado. B) Que haya un principio de ejecución del delito, es decir, que hayan comenzado a ejecutarse los actos propios y característicos del mismo, C) Que la ejecución se interrumpa por causa independiente a la voluntad del agente". (180)

Cuando la conducta no alcanza a perfeccionar su obra propuesta, a pesar de la manifestada voluntad del autor para conseguirla y de haber realizado todos los actos necesarios para la producción de un acto típico, aparece la tentativa; puede darse ésta por desistimiento voluntario o por causas ajenas a la voluntad del autor.

"Se habla de tentativa acabada o delito frustrado, cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, -- pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad. En la tentativa inacabada o delito intentado, se ejecutan los actos encaminados a la producción del resultado, pero se omite algunos de ellos y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución". (181)

Podemos citar como ejemplo de tentativa acabada o delito frustrado, cuando el agente suministra veneno en cantidad suficiente para causar la muerte, pero ésta no ocurre por causas ajenas a la voluntad del autor, como sería la pronta intervención de un médico anulando los efectos letales del veneno.

En la tentativa inacabada o delito intentado, podemos ci-

tar como ejemplo, el desistimiento voluntario de la acción por parte del agente.

En este caso no hay posibilidad de punición, en función de lo expresado por la primera parte del artículo 12 del Código Penal, "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente."

(DIARIO OFICIAL DE FECHA LUNES 14 DE ENERO DE 1985.) Por lo tanto, si el delito no se consuma por desistimiento espontáneo del sujeto, no será sancionado, párrafo tercero del mismo artículo, "Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos." La tentativa inacabada sólo podrá punirse si el acto indispensable para la consumación plena del delito se omitió por causas ajenas al querer del autor.

(182)

Expuestos los conceptos esenciales, veremos ahora, si es posible que la misma tenga procedencia en la figura delictiva a estudio.

MANZINI rechaza tal posibilidad al cometer que la tentati-

va no es jurídicamente posible en el delito de incesto, porque el Código Penal Italiano se exige la condición de punibilidad del escándalo público y si falta esta condición, no siendo punible el incesto efectivamente completado, tanto menos puede serlo la tentativa de él, o bien si existe dicha condición de punibilidad, el delito queda consumado. (183)

"En el delito de incesto dice ALBERTO GONZALEZ BLANCO, no cabe la tentativa. En efecto, si ésta es, como sabemos, la ejecución incompleta de un delito, y su existencia comienza -- con la ejecución, o sea cuando la conducta del sujeto activo penetra en el elemento descriptivo de la acción, que en el caso a estudio es tener relaciones sexuales, es evidente que, como la cópula, simple unión o conjunción carnal, no requiere para su consumación la eyaculación, iniciar la cópula es tanto como realizarla y por lo tanto, la tentativa y la consumación se identifican en un mismo acto. Los preliminares a la cópula incestuosa constituiría más que actos de ejecución, actos preparatorios". (184)

Nosotros nos adherimos a la opinión antes expuesta, pensando que en el delito de incesto sólo puede aceptarse como antecedente de la conjunción carnal, los actos preparatorios. En éstos, no hay todavía un principio de violación a la norma penal; no hay aún actos materiales que penetren en el núcleo -

del tipo del delito. Como dice CARRANCA Y TRUJILLO "La preparaci^on consiste en la manifestaci^on externa del prop^osito criminal por medio de los actos adecuados"⁽¹⁸⁵⁾. Asⁱ pues, los actos preparatorios podrⁱan consistir en allegarse los medios y el ambiente indispensable para efectuar la c^opula; pero no serⁱa posible que ello constituyera tentativa, puesto que en esta, existe ya un principio de ejecuci^on, la penetraci^on en el n^ucleo del tipo. Enti^undese por dicha penetraci^on, el ejecutar algo en relaci^on con el verbo principal del tipo del delito de que se trate, que en este caso ser^a tener relaciones sexuales. Por lo tanto, en el incesto ajustar en algo la conducta con el verbo principal del tipo del delito de que se trate, que en este caso ser^a tener relaciones sexuales. Por lo tanto, en el incesto ajustar en algo la conducta con el verbo ser^a precisamente consumir el ilícito.

Pasemos ahora a tratar la consumaci^on del delito de incesto. Basta precisar si en un determinado tipo legal se han verificado todos los elementos esenciales del ilícito, para estar en condiciones de afirmar que el delito se ha consumado.

"Delito consumado es la acci^on que re^une todos los elementos, gen^{er}icos y espec^{if}icos, que integran el tipo legal"⁽¹⁸⁶⁾

En consecuencia, el incesto se consume cuando se cumple con todos los aspectos positivos de los elementos del delito, y

con todos los requisitos establecidos por el artículo 272 del Código Penal.

C) LA PARTICIPACION.- La participación consiste en la voluntaria cooperación de varios sujetos en la realización de un ilícito penal, sin que el tipo requiera esa pluralidad.

Así como se reconoce que el hombre, con su conducta, puede vulnerar varias normas, dando origen al concurso de delitos, igualmente se acepta que varios individuos, con su comportamiento, pueden infringir una sola disposición; en el primer caso -- hay pluralidad de delitos; en el segundo, unidad en el delito -- con concurso de autores. (187)

Debemos dejar aclarado, que estaremos en presencia de participación propia o de concurso eventual, cuando el tipo no requiera la pluralidad de sujetos en la comisión del delito; porque si la naturaleza misma del ilícito, o la figura legal de éste, exige como condición indispensable la intervención de dos o más individuos, como presupuesto para que el delito exista, estaremos frente al concurso necesario o participación necesaria.

Para la fijación de la naturaleza de la participación, existen varios criterios, entre los que podemos citar el de la causalidad, el de la accesoriedad, y el de la autonomía.

El primer criterio, "identifica la participación con el problema de la causalidad, ya que la intervención activa de varias personas, sea directa o indirecta en la producción del delito, coloca su particular actuar en el rango de condiciones que, en-

su conjunto, producen el resultado típico. Para esta postura, dentro del conjunto de condiciones productoras del resultado, la actividad del autor constituye la causa eficiente de éste, destacando de las de los partícipes por cuanto a su eficacia causal". (188)

La segunda teoría, "partiendo de la concepción monista o unitaria enfoca el problema de la participación como concurso de sujetos en un delito único; pretende encontrar al autor en quien ejecuta los actos descritos por el tipo penal; los demás actos ejecutados por distintos sujetos, están en relación accesoria con aquél, que es el principal, pero están unidos a él en virtud del querer común, del propósito idéntico. Para esta teoría, no puede concebirse la participación con relevancia de autonomía; lo accesorio adquiere importancia en cuanto se adhiere al hecho realizado por el autor del delito; de ahí que autores son los que participan en la comisión de los actos ejecutivos; partícipes los que se adhieren mediante actos diversos a la actividad de aquéllos. Tal enlace, mediante el cual se identifican los actos accesorios al principal, no puede ser sino de naturaleza psíquica y consiste precisamente en la identidad de intención. De acuerdo con la tesis de accesoriedad, será autor el que realiza la acción principal, que se identifica con la descrita en el tipo penal; los partíci-

pes verifican actos de naturaleza accesoria que se ligan con la conducta principal mediante el querer común o propósito colectivo". (189)

El último criterio o sea el de la autonomía, "según el cual todos los partícipes realizan una conducta eficiente productora del resultado y, por lo tanto, todos deben ser responsables sin distinguir entre autores y cómplices, lo que equivale a sostener la pluralidad de sujetos en la actividad delictuosa, pero sin establecer distinciones ni grados de responsabilidad". ()

Doctrinalmente se distingue, según el grado de participación en el delito, entre autores, coautores, cómplices y encubridores.

Se dice que es autor el que contribuye con una causa eficiente para la producción del delito; es todo aquél que realiza un comportamiento físico o psíquico relevante. Nada se opone, sin embargo, a que se separen las dos actividades y que un sujeto aporte el elemento físico y otro el espiritual o psicológico surgiendo así los autores materiales y los autores intelectuales.

Cuando varios ejecutan el delito, reciben el nombre de coautores.

Se llaman cómplices a los que auxilian en forma mediata para la producción del ilícito.

La complicidad en el incesto, tiene especial relevancia, --

porque es muy posible que un tercero, conociendo el impedimento, facilite a los protagonistas los medio que les permitan efectuar el acto sexual. (191)

En lo referente al encubrimiento, pensamos, de acuerdo con la fracción I^V del artículo 13 del Código Penal, que sólo podrán -- ser partícipes, los que inter^Vienen con posterioridad al hecho delicti^Vo pero con acuerdo pre^Vio ya que de lo contrario, solamente -- serán responsables de encubrimiento en función del artículo 400 y 400 bis del propio cuerpo legal.

Ahora considerado el encubrimiento como delito autónomo, és te penaría como tal, solamente para aquéllos que no estu^Vieran -- ligados por parentesco, estrecha amistad, amor, respeto o gratitud, con los protagonistas del incesto.

D). EL CONCURSO DE DELITOS.- "En ocasiones un mismo sujeto es autor de ^Varias infracciones penales; a tal situación se le da el nombre de concurso, sin duda porque en la misma persona -- concurren ^Varias autorías delicti^Vas

El concurso de delitos, puede dividirse en concurso ideal o formal y concurso material o real.

Cuando hay unidad de acción y pluralidad de resultados, o lo que es lo mismo, cuando con una sola actuación se infringen varias disposiciones penales, aparece el concurso ideal; por ejemplo, el caso de que un individuo mata a su adversario, lesiona a un transeúnte, y daña la ajena propiedad.

El artículo 18 del Código Penal, contempla este tipo de concurso, en forma expresa; El artículo 64 del mismo ordenamiento penal indica la regla para la aplicación de la pena. Para el efecto, lo transcribiremos "En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el título segundo del libro primero.

En caso de concurso real, se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los demás delitos, sin que exceda de los máximos señalados en el título segundo del libro primero." El concurso ideal también es conocido con el nombre de acumulación formal o ideal.

El concurso material o real, aparece cuando hay pluralidad

de acciones y de resultados, es decir, si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin que haya recaído una sentencia por alguno de ellos. Este tipo de concurso se configura lo mismo tratándose de infracciones semejantes (dos o tres robos), que con relación a tipos diversos (homicidio, lesiones, robo), cometidos por un mismo sujeto.

El concurso real produce la acumulación de sanciones; se añáanse tres diversos sistemas: acumulación material, absorción y acumulación jurídica.

En lo material se suman las penas que a cada delito corresponden. En la absorción, sólo se impone la pena del delito más grave; y en la acumulación jurídica se toma como base la pena del delito de mayor importancia, pudiéndose aumentar en relación con los demás delitos. El Código Penal vigente, en su artículo 64, parece acogerse a estos tres sistemas doctrinarios, en relación con el artículo 52 del mismo Código.

EL CONCURSO DE DELITOS EN EL INCESTO.- El delito de incesto puede concurrir formal y materialmente con otros delitos; pero creemos más apropiado por la finalidad del presente trabajo, tratar el concurso del incesto con los demás ilícitos sexuales.

Como en repetidas ocasiones hemos hecho notar, el incesto requiere para su existencia la voluntad de ambos sujetos para las relaciones sexuales, por lo tanto, el incesto sería compa-

tible con todos aquellos delitos sexuales que, como él, se caracterizan por la voluntad o el consentimiento de ambos agentes, pudiendo darse así el concurso ideal o formal de delitos; cosa que no sería posible con los ilícitos de naturaleza sexual, en que la ausencia de voluntad en el sujeto pasivo, es su principal característica.

Por tal motivo, el incesto es compatible con el adulterio por ser éste también un delito de participación necesaria, es decir, que en ambos, además del concurso de personas, se requiere el concurso de las voluntades de éstas. El ejemplo adecuado sería el caso del padre que se une carnalmente con su hija, siendo ésta casada. Si se llenan los demás requisitos del adulterio se configurarían dos delitos, se infringirían dos disposiciones penales con una sola actuación. Además de incesto habría adulterio, y por lo mismo, concurso de delitos.

En cambio no es compatible con la violación, pues en ésta no hay consentimiento del sujeto pasivo en perpetrar el acto sexual. El problema de la concurrencia o la no concurrencia -- del incesto y la violación, ha sido estudiado por innumerables autores quienes sustentan tesis contradictorias, pues mientras unos la aceptan, otros niegan el mencionado concurso dado que consideran imposible el que puedan concurrir ambos delitos.

Al respecto expresa JIMENEZ HUERTA "Carteramente PORTE PETIT (Ensayo Dogmático Pág. 94) resuelve en la siguiente manera las contradictorias resoluciones de nuestros tribunales. 'Somos de parecer que el delito de violación no puede concurrir con el Incesto a virtud de que este último es bilateral, o sea, que para que exista se necesita el acuerdo de voluntades, no pudiéndose hablar, en consecuencia, de sujeto activo y pasivo.

Lo que quiere decir que no puede concurrir al mismo tiempo consentimiento y ausencia del mismo, a virtud de la violación física o moral medios exigidos para la existencia de la violación, es decir, la violación y el Incesto se excluyen entre sí.' (192) "

MAGGIORE a este respecto dice: "Si la unión carnal Incestuosa es violenta, se tendrá el delito de violencia carnal". (193)

"El delito de Incesto - apura MANZINI -, no puede concurrir materialmente con el delito de violencia carnal, del cual delito responde quien ha usado de la violencia carnal". (194)

Entre nosotros, ANTONIO DE P. MORENO explica: "El delito de Incesto no coexiste con el de violación. Si la relación sexual (cópula), se logra por medio de la violencia física o moral, el hecho configuraría un delito de violación, en el que el ofendido será sujeto pasivo, desapareciendo la bilateralidad del hecho delictuoso". (195)

Incesto y estupro. Tal vez el problema del concurso de incesto y estupro sea uno de los más delicados e intrincados en el estudio que llevamos acabo. Consiste en resolver si se trata de un concurso ideal de delitos, o bien si se trata de un concurso aparente de normas.

En relación a éste tema GONZALEZ BLANCO afirma: "El incesto sería compatible con todos aquellos delitos sexuales que como él, se caracterizan por la voluntad o el conocimiento de ambos sujetos, pero no en aquellos otros en que la ausencia del conocimiento de uno de los sujetos, el pasivo sea elemento constitutivo de la figura, subrayando el mencionado autor, que el incesto es incompatible en cambio, con la violación y el estupro, pues en aquella no hay consentimiento del sujeto pasivo, y en éste, aunque lo hay se haya viciado por el empleo de la seducción o el engaño". (196)

Para poder dar nuestro punto de vista, es necesario comparar el delito de incesto con el delito de estupro y señalar los casos que puedan presentarse:

Primer caso: 1.- Existencia de una cópula

2.- Entre ascendientes y descendientes o entre hermanos.

3.- Menores de 18 años pero no de doce

4.- Empleando el engaño (ya no existe en el delito de estupro el elemento seducción,

DIARIO OFICIAL DE FECHA 14 DE ENERO DE--
1985)

- Segundo caso: 1.- Existencia de una cópula
- 2.- Entre ascendientes y descendientes o en
tre hermanos
 - 3.- Menor de 18 años pero no de doce
 - 4.- Sin emplear el engaño

- Tercer caso: 1.- Existencia de una cópula
- 2.- Entre ascendientes y descendientes o en
tre hermanos
 - 3.- Mayores de 18 años
 - 4.- Empleando el engaño

En el primer caso encontramos que existe una cópula, elemento común del incesto y al estupro, entre ascendientes y des descendientes o entre hermanos, elemento propio del incesto, en menores de diez y ocho años y no de doce años, por medio del - engaño, elemento del tipo de estupro, aquí en este primer caso consideramos que sólo se configura el delito de estupro, por - que hay incompatibilidad entre un elemento del incesto que es - el acuerdo de voluntades y el conocimiento del parentesco, y - un elemento del estupro consiste en que la voluntad está vicia da.

En el segundo caso observamos la existencia de una cópula elemento común del incesto y el estupro, entre ascendientes y - descendientes o entre hermanos, elemento propio del incesto, - menores de diez y ocho años pero no de doce, elemento del estu pro, sin emplear el engaño.

Aquí solamente se configura el incesto en virtud de que no se llenan las exigencias del tipo de estupro ya que faltaría el elemento engaño.

En la tercera y última hipótesis, vemos que existe una cópula elemento común a ambos delitos, entre ascendientes y descendientes o entre hermanos, elemento común del incesto, mayores de diez y ocho y empleando el engaño. En este caso estamos frente al delito de incesto en virtud de que falta el elemento "Menor de diez y ocho años".

Para finalizar con lo anterior citaremos al maestro ANTONIO DE P. MORENO cuando expone: "Puede emplearse el engaño como medio para la relación sexual (cópula). Pero el delito cometido será el de estupro y no el de incesto, cuando se trate de mujer menor de dieciocho años que sea engañada". (197)

En lo referente al concurso real o material, es conveniente hacer algunas consideraciones, relacionando, también el incesto con los otros delitos sexuales.

Puede darse el caso que un sujeto que haya realizado incesto, vuelva a cometerlo con otros parientes, es decir, varias infracciones semejantes (varios incestos con diferentes personas).

Asimismo, es dable el caso de que se cometan infracciones

a tipos sexuales diversos, como por ejemplo, un individuo que con diferentes personas cometa incesto, adulterio y estupro.

El concurso real, produce la acumulación de sanciones; - cosa que ya vimos, pero para que esto sea posible es preciso que los accesos carnales a que nos hemos referido, deban ser mediante actuaciones independientes y con distintas personas; ya que de no ser así, estaríamos en presencia de lo que doctrinalmente se conoce con el nombre de delito continuado (varios incestos con la misma persona).

Para finalizar, nos referiremos a la reincidencia, que - en el lenguaje jurídico-penal, significa que un sujeto que ya ha sido sentenciado, ha vuelto a delinquir. La diferencia fundamental entre el concurso real y la reincidencia, consiste - en que para que exista ésta se requiere, que ya se haya pronunciado sentencia condenatoria por un delito anterior, mientras que en el concurso no.

Se suele distinguir entre reincidencia genérica y específica. La primera cuando al volver a delinquir el sujeto, comete una infracción diversa a la anterior; y específica cuando el nuevo delito es de especie semejante al cometido con an telación.

Con las anteriores bases, creemos muy posible que pueda darse la reincidencia, tanto genérica como específica, en un sujeto que ha cometido incesto, siempre que por este delito -

se haya emitido sentencia condenatoria. En este caso se le aplicará la pena que señala el artículo 65 del Código Penal.

La reincidencia de un delincuente puede darse, aún cuando con anterioridad haya sido promotor de un concurso material de delitos.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (180). Op. Cit, págs. 585 y 586.
- (181). Castellanos Tena. Lineamientos Elementales....,pág. 291.
- (182). Ibid, págs. 291 y 292.
- (183). Op Cit, pág, 694.
- (184). Op. Cit, pág. 185.
- (185). Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Tomo II. Edición 1956. México, pág. 137.
- (186). Ibid, pág. 142.
- (187). Cfr. Pa^Vón V^Vasconcelos. "La Participación", Criminalia. Abril 1959, pág. 178.
- (188). Castellanos Tena. Op. Cit, pág. 296.
- (189). Ibid, págs. 296 y 297.
- (190). Cfr. González Blanco, Alberto. Op. Cit, pág. 184.
- (191). Cfr. Castellanos Tena. Lineamientos Elementales....pág. 307.
- (192). Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano. Tomo V. Segunda Edición. Editorial Porrúa S.A; México 1983, pág. 514 y ss.
- (193). Maggiore G. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. I^V. Edición 1955. Bogotá, pág. 210.
- (194). Op. Cit. Volúmen V^VII, pág. 696. Edición 1936. Torino.
- (195). Moreno Antonio de P. Curso de Derecho Penal Mexicano. Delitos en Particular. Edición 1944. México, pág. 351.
- (196). Op. Cit, pág. 184.
- (197). Op. Cit, pág. 351.

CONCLUSIONES

Es incuestionable que las sociedades deben su existencia a la organización y ajuste recíproco de la conducta y actitudes de los individuos que -- las componen.

También es incuestionable que toda sociedad esta demarcada no puede salir de las fronteras que le impone el tiempo y el espacio.

Dentro de la diversidad de motivaciones que el hombre, como ente social, tiene para actuar en la colectividad es casi imposible establecer de-- terminaciones conclusivas de validez absoluta, pues no hay que olvidar ni se puede soslayar la intrincada maraña de causaciones que la propia entidad social impone a cada uno de sus miembros.

Es evidente que los cánones y normas de conducta imperantes varían de una sociedad a otra, de acuerdo al tiempo y al espacio en que se desarrolla cada sociedad con todas sus consecuencias de carácter sociológico-- pues no ha existido - ni existe - unificación de criterio.

Remontandonos a los principios de la Humanidad, podremos observar que esa época se practicaba el Heterismo o sea un estado de promiscuidad total, y sobre todo sexual entre parejas de ambos sexos, que desconocían totalmente los vínculos de sangre, éticos y morales, como hoy los conocemos.

Cuando el hombre se vió obligado a buscar a una mujer fuera de su clan en virtud de la regla de la exogamia y no lo hacia así o quebrantaba esta regla, dió lugar a que naciera la segunda figura delictiva sexual: el incesto.

Por lo tanto el delito de incesto surge en el clan totémico, cuando se unían un hombre y una mujer del mismo clan.

En las organizaciones de tipo religioso-familiar, el parentesco social y religioso suple al de consanguinidad que aparece posteriormente más evolucionado.

Concluimos, entonces, que el hombre primitivo, antes de evaluar las significaciones de la familia y del parentesco, vivió un estadio de promiscuidad sexual y, por ende, dentro de ese ambiente promiscuo en el -- que las relaciones sexuales eran practicadas, sin distinción, por el hombre con todas las mujeres y éstas con todos los hombres, no es posible ubicar, como conducta desvalorada o ilícita, a las relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes o entre hermanos.

Los romanos en sus orígenes comprendían en el incesto todas las relaciones entre consanguíneos, pero además el estupro de las vestales y la participación del hombre en actos religiosos exclusivo de las mujeres.

El delito de incesto aparece en Roma ya reglamentado en el Derecho Imperial, y la noción clásica de él se refiere a las relaciones sexuales de personas entre las cuales está prohibido el matrimonio por causas de parentesco.

En un principio la pena era la muerte, pero posteriormente con Justiniano se cambió por el destierro, y la confiscación de bienes pérdida -- del rango civil si se trataba de HONESTIORES, o azotes en público si se trataba de HUMILTIORES.

Los Aztecas consideraban como incesto la intagibilidad de las doncellas (ICHPOCATZIN) de la casta superior y el voto de continencia de sacerdotes y sacerdotizas, por ése tabú, resabio de la época del tótem, que hacía cagtigar a ambos sujetos del delito con la pena de muerte por empalamiento y cremación.

Con lo anterior observamos que los Aztecas consideraban el incesto, -- delito y comprendían tanto el aspecto penal, como el aspecto civil, además es considerado pecado de tipo religioso.

Con la Conquista de México, nuestros indígenas sufrieron un cambio radical en sus costumbres, y que con los conquistadores vinieron otros, así -- como nueva religión, leyes, etc; con esto se da nacimiento a la Nueva España.

La Etiología del incesto ha sido estudiada por múltiples autores y están de acuerdo en que una de las causas principales del incesto se deriva de -- los hacinamientos y de la promiscuidad de la habitación.

Así vemos que en nuestros tiempos facilitan el incesto la promiscuidad de los sexos en las familias proletarias, así mismo se desarrolla en ámbitos familiares irregulares donde por causas de las toxinas, alcoholismo y -- la promiscuidad su índice es muy elevado.

Se ha observado que en determinadas zonas rurales, es donde con más incidencia se da el delito de incesto.

Otra de las causas del incesto para algunos autores provienen del aislamiento de las familias en lugares apartados, y con poca comunicación con el mundo exterior.

Freud estudió antes que nadie las etapas del desarrollo erótico, y fué el primero en aclararlas.

Para Freud las relaciones más importantes con el objeto en la fase fálica son aquellas agrupadas y conocidas como Complejo de Edipo.

Descubre pronto las fantasías de incesto con respecto al progenitor - del sexo opuesto en las vidas mentales inconscientes de sus pacientes neuróticos, combinadas con celos y rabia homicida hacia el progenitor del mismo sexo. Freud lo denominó Complejo de Edipo.

A principios de siglo se descubrió que éste complejo no solo se presenta en la vida mental inconsciente de los neuróticos, sino que por el contrario, se haya también en personas normales.

Sigmund Freud, en su interesante análisis del tótem y tabú y la psicología del neurótico, realiza una brillante investigación psicoanalítica para elaborar una teoría sobre la génesis del horror al incesto.

El incesto puede ser el factor subyacente al emprender conducta de la índole de abuso de drogas, delincuencia, promiscuidad sexual o huída. La investigación de esta clase de conducta debe ser con medida y con tacto, -- pero siempre habrá de pensarse en la posibilidad de incesto.

Consideramos que el incesto se podría definir, como una relación sexual voluntaria, punible en virtud de ser efectuada entre personas que tienen conocimiento de su parentesco por la ley.

En nuestro Código Penal de 1871 no se consideró el incesto como delito autónomo, sino que era considerado como agravante de otros delitos.

En nuestra legislación aparece el incesto como un delito típico en el Código Penal de 1929.

El Código Penal vigente en la actualidad fue promulgado el 13 de Agosto de 1931 por el Presidente Pascual Ortiz Rubio, y se refiere al incesto en su artículo 272.

Este Código ha marcado la pauta a las legislaciones de los Estados de la República Mexicana en las que sólo encontramos algunas diferencias de matiz y no de grado o diferente terminología para señalar las mismas conductas.

El elemento objetivo en el delito de incesto es el tener una relación sexual, pero siempre a condición de que se satisfagan los demás elementos propios del ilícito.

La conducta puede manifestarse mediante haceres positivos o negativos; es decir, por actos o por abstenciones. Tratándose del delito de incesto solamente puede ser cometido por una acción (stricto sensu), conclusión a la que llegamos, después de saber que es lo que se entiende por acción y por omisión.

En efecto, en los delitos de acción, se hace, se ejecuta lo que está prohibido, infringiéndose de esta manera una ley de carácter prohibitivo.

Por su duración se clasifica como un delito instantáneo, porque la violación de la norma que lo prevé, opera al realizarse la conducta.

Por su resultado se clasifica como un delito formal, porque se consuma al efectuarse el acceso carnal, es decir, por la simple actividad, como anteriormente hemos señalado.

Por lo que el delito de incesto se refiere, creemos que es posible que los sujetos del mismo se encuentren en situaciones tales, que no obstante efectúen la relación sexual, no se configure el incesto por ausencia de conducta, si empre y cuando se encuentren obrando bajo la presión de una vis absoluta, por hipnotismo o por cualquier causa capaz de eliminar el elemento básico del delito.

Creemos que la tipicidad es un verdadero elemento esencial del delito.

El tipo se encuentra plasmado en la fórmula que utiliza el artículo -- 272 del Código Penal del Distrito Federal.

Habrá tipicidad en orden al incesto, cuando una conducta concreta encuadre exactamente en la descripción contenida en la disposición legal citada.

Por nuestra parte, consideramos que en el delito de incesto se entiende a proteger dos bienes jurídicos: El orden moral de la familia y la eugénia; siendo éstas las causas justificativas para sancionarlo.

En nuestro criterio, la relación de parentesco en el incesto debe abarcar, en la liga ascendente-descendente, tanto el sentido restringido como el amplio de dicha liga. Por consanguinidad el parentesco se limita a padres e hijos, abuelos y nietos, etc., sean legítimos o naturales. Ahora, en su sentido amplio comprende, además de las anteriores, a los parientes por afinidad en línea recta, como suegros y yernos, y parientes civiles o de adopción; es decir, adoptantes y adoptados.

Creemos además que las relaciones sexuales entre personas con parentesco civil o por afinidad, tienen plenamente el carácter de incestuosas, es decir, lujuriosas o lascivas por herir grandemente el orden moral de la familia, que como ya asentamos, es uno de los bienes jurídicamente protegidos en el delito a estudio.

La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo, es decir, surge cuando no se integran todos los elementos descritos por la ley; entonces se presenta el aspecto negativo del delito por falta de tipicidad.

Atipicidad, en virtud de ser un delito especial cuando los sujetos activos del mismo no reúnen la calidad indispensable (parentesco) que el tipo requiere. Si las relaciones sexuales son entre personas no ligadas por la clase de parentesco a que ya hemos hecho referencia, es probable que tal actividad encuadre en algún tipo delictivo, pero nunca podrá llegar a constituir el delito de incesto o bien no existe figura delictiva.

Será antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes establecidas de un modo expreso.

La antijuridicidad en el delito de incesto, se manifiesta porque la conducta de los sujetos del ilícito sea típica, es decir, por el sólo hecho del encuadramiento de dicha conducta en el tipo legal que instituye el artículo 272 del Código Penal para el Distrito Federal.

A las causas de justificación también se les llama justificantes y causas eliminatorias de la antijuridicidad.

Respecto de las causas de justificación, creemos difícil concebir tales aspectos negativos de la antijuridicidad en el delito de incesto.

Serán imputables los que tengan desarrollada la mente y que no pades-
can anomalías psicológicas que los imposibiliten para entender y querer; -
pero sólo serán responsables lo que habiendo ejecutado el hecho estén obli-
gados a responder de él.

La Imputabilidad en el incesto se dará cuando los sujetos que intervie-
nen en la relación sexual, sean imputables; esto es, por una parte, que tan-
to los ascendientes y descendientes o los hermanos que efectúen el acceso-
carnal, tengan la capacidad de entender, explicada ésta como la facultad de
aprender las cosas, de comprenderlas y por lo mismo de medir y prever --
las consecuencias de la propia conducta.

En atención a el artículo 56 de la misma ley podemos observar, que
es muy probable que en la relación sexual, constitutiva del delito de incesto,
intervengan un mayor y un menor de edad. En ausencia de alguna causa de
inimputabilidad, el mayor estará realizando una conducta incestuosa típica
y deberá sufrir la pena que señala el artículo 272 de nuestro Ordenamiento-
Penal; en tanto que el menor, aunque su conducta también es típica, no le-
será aplicable la sanción marcada en el precepto citado, sino que será so-
metido a medidas tutelares o correctivas.

La culpa presenta varias especies, pero las principales son: consciente
e inconsciente. La primera existe cuando el sujeto ha previsto el resultado
como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza

de que no ocurrirá. La segunda aparece cuando no se prevé el resultado que es previsible. Aquí hay voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado que es de naturaleza previsible.

Creemos que no es posible hablar de la preteintencionalidad como - tercera especie de la culpabilidad, que participe a la vez de las esencias del dolo y de la culpa, porque ambas formas se excluyen. Lo cierto es - que el delito, o se comete mediante dolo o por culpa, aunque en ambos el resultado puede ser mayor de lo que se proponía el sujeto o de lo que podía preverse o evitarse.

En efecto, el delito de incesto es necesariamente doloso, porque la - exigencia del tipo implica la voluntariedad de la actividad de tener relaciones sexuales, por lo que queda excluida la comisión culposa.

La punibilidad consiste en la amenaza, por parte del Estado a través de una norma de la imposición de una pena si la conducta llena el presupuesto legal. Ahora, en lo referente al delito de incesto, nuestro Código Penal lo sanciona con la imposición de uno a seis años de prisión, para - los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes; de seis meses a tres años de prisión a los descendientes que tengan cópula - con sus ascendientes, o con sus hermanos. (artículo 272).

Desde luego es criticable que se castigue con una pena menos a los -- descendientes que intervienen en la conjunción carnal, tachada de incestuo -- sa, porque éstos m y bien pueden ser plenamente responsables e inducto--

res del hecho delictivo, tanto, con un ascendiente como con un hermano; por lo que, la sanción, debería ser idéntica para todos los sujetos que efectúan conductas típicamente incestuosas, en función de que lo más vergonzoso es que se consienta en realizar dichos actos.

Las condiciones objetivas de penalidad tampoco son elementos esenciales en el delito. Si las contiene la descripción legal, se tratará de elementos o parte integrantes del tipo; si faltan en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos.

Las penas que se establecen en el artículo 272 del Código Penal, base del presente estudio, no se encuentran supeditadas a condición objetiva alguna.

Las excusas absolutorias constituyen el aspecto negativo de la punibilidad, en presencia de ellas no es posible la aplicación de la pena.

En el delito de incesto dice ALBERTO GONZALEZ BLANCO, no cabe la tentativa.

La complicidad en el incesto, tiene especial relevancia, porque es muy posible que un tercero, conociendo el impedimento, facilite a los protagonistas los medios que los permitan efectuar el acto sexual.

El delito de incesto puede concurrir formal y materialmente con otros delitos.

BIBLIOGRAFIA

Antolisei Francesco. Manuale di Diritto Penale, 1955. Milano
Antolisei Francesco. La Acción y el Resultado en el Delito,
1959. México.

Bettaglini Giulio. Diritto Penale. 1949, Padova.

Belling Ernest Von. Esquema de Derecho Penal, 1944. Buenos Aires.

Boutelepacher y García Nieto. El Incesto y Consanguinidad como
Problema Médico Legal, Criminología, Julio de 1956.

Binding. Carlos. Tratado de Derecho Penal. 1951. Buenos Aires.

Biblia, Libro de Moises, El Génesis. Editorial Española Descleé
de Grouse, S.A. 1976. Mexico, 6-Milbao-9.

Carrera Francisco. "Curso de Derecho Criminal" Parte Especial.
Volúmen III. Editorial Buenos Aires, Argentina, 1946.

Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General
Editorial Porrúa. Decimocuarta Edición 1982. México.

Carrancá y Trujillo Raúl. Las Causas que Excluyen la Incrimina-
ción, 1944. México.

Castellanos Iena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho-
Penal. 1959. México.

Castellanos Iena Fernando. La Culpabilidad y su Aspecto Negativo
Revista Jurídica Veracruzana. Marzo de 1957.

Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 1953.
México.

Carral Alexis. La Conducta en la Vida. Primera Edición, Editora
Zerco, S.A. México.

Caso Antonio. "Sociología" Sexta Edición. México 1951.

Cueli, José y Reidi Lucy, "Teoría de la Personalidad". Editorial
Trillas, Primera Edición. México 1972.

Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. 32a. --
Edición. México 1983.

Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. 39a.-
Edición. México 1984.

- Chevroux- Hélie. Teórica del Codice Penal, 1895. Nápoles
- Escriche Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. 1911, México.
- Enciclopedia Jurídica Dasba, Tomo XV. Editorial Bibliográfica Argentina, J. de R. L. País Argentino.
- Fernández Doblado Luis. La Clasificación de los Delitos en el Código de 1931, Criminalia. Noviembre de 1956.
- Fernández Doblado Luis. Culpabilidad y error. 1950. México.
- Floris Margadant Guillermo. "Derecho Romano" México 1970.
- Fraud Segismundo. Obras Completas Totem y Tabú. Trad. Esp. México.
- Gómez Eusebio. Tratado de Derecho Penal. 1939. Buenos Aires.
- González Blanco Alberto. Delitos Sexuales. Edit. Aloma.
- González de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano. 1955. México.
- Groves Robert. "Yo Claudio" Barcelona 1979.
- Grispigni Filippo. Diritto Penale, 1945, Padova.
- Impallomeni G.B. Istituzioni di Diritto Penale, 1908. Torino.
- Historia Antigua de México, Sacada de los Mejores Historiadores Españoles. Obra escrita en Italiano por el Abate Don Francisco Javier Clavijero. Traducida por el Dr. D. Francisco Pablo Vazquez. México 1853.
- Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal. 1951, Buenos Aires
- Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito, 1954. México.
- Jiménez Huerta Mariano. Penorras del Delito, 1950. México.
- Jiménez Huerta Mariano. La Tipicidad. 1955. México.
- Jiménez Huerta Mariano. La Antijuricidad. 1952. México.
- Liszt Franz Von. Tratado de Derecho Penal. 1927. Madrid.
- Lohn David. "Pornografía, Erotismo y Literatura" Buenos Aires.
- Mezger Edmundo. Criminología. 1942. Madrid.
- Mezger Edmundo. Tratado de Derecho Penal. 1946. Madrid.
- Maggiore G. Derecho Penal. 1954. Bogotá
- Marchiori Hilda. "Psicología Criminal". 1979. México.
- Martínez Roura Marcela. Delitos Sexuales. México 1975.

- Manzini Vincenzo. Tratado di Diritto Penale Italiano. 1936. Torino.
- Mitchel Arturo. Anales de Higiene y Medicina Legal. 1865.
- Moreno Antonio de P. Curso de Derecho Penal Mexicano 1944. México.
- Mommsen Theodor. Historia de Roma. Madrid. 1956.
- Pacheco Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado 1856. Madrid.
- Pannain Remo. Manuale di Diritto Penale. 1942. Roma.
- Pavón Vasconcelos Francisco. La Participación, Criminalia. Abril de 1959.
- Petit Eugène. Tratado elemental de Derecho Romano. Trad. de Fernández- González José. México. 1971.
- Pequeño Larousse Ilustrado por Miguel de Toro y Gisbert. México 1970.
- Petrocelli Biagio. Principi di Diritto Penale. 1943.
- Porte Petit Celestino. Apuntes de la Parte General de Derecho Penal. 1960. México.
- Porte Petit Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. 1954. México.
- Porte Petit Celestino. Programa de la Parte General del Derecho Penal. 1958. México.
- Puig Peña Federico. Derecho Penal. 1955. Madrid.
- Same Ferrer. Comentarios al Código Penal. 1946. Murcia
- Seignobos Ch. Historia Universal. Tomo I. México.
- Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino. 1956. Buenos Aires.
- Tuozzi Pascuale. Corso di Diritto Penale. 1923. Nápoles.
- Vannini Ottorino. Manuale di Diritto Penale. 1947. Firenze.
- Vila Treviño, Homero y Dr. Sapiña R. Santiago. "Clínicas Pediátricas de Norteamérica. México. 1980.
- Villalobos Ignacio. Noción Jurídica del Delito. 1952. México.
- Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 1960. México.