

ESTHER ALANIS VERA

BREVE ESTUDIO
SOBRE EL INCESTO

MEXICO 1968



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

Obsequio del Dr. Carmelo Taba Vazquez,
al Seminario de Derecho Penal.
Ciudad Universitaria, abril 11 de 1969.


Carmelo Taba Vazquez

CAPITULO I

INTRODUCCION

- a) Consideraciones generales
- b) Etimología
- c) Concepto
- d) Clases de incesto
- e) Antecedentes histórico legislativos.

CONSIDERACIONES GENERALES

En su devenir, la historia señala repetidamente situaciones en las cuales, el incesto rige la vida sexual de personajes célebres —tanto por su connotación política, histórica, o bien literaria— como por sus libertinajes sexuales, a los que no fueron ajenos los integrantes de su familia: Julio César y su hija Julia, Domiciano y su hermana Julia, Lord Byron y su hermana Augusta, César Borgia y su hermana Lucrecia, para no citar sino algunos.

Esto nos indica que el incesto, pese a ser una nefanda manifestación de perversión ético-sexual, no por ello es menos frecuente.

Cabe advertir, sin embargo, que en algunas etapas históricas, el incesto fue considerado como la unión sexual usual —en la época promiscua— y en otras, aún fue impuesto por la ley de sucesión al trono, como acaeció en Egipto bajo la égida de los Lágidas o Ptolomeos.

Sujeto el concepto de incesto a los imprescindibles vaivenes de la mística y credo religioso, imperantes en los sucesivos sistemas político-sociales, su penalidad ha sido varia: pena de muerte, penas infamantes, confiscación de bienes, etc.

Nosotros consideramos que el incesto debería figurar en el Código Penal Vigente como delito perseguido a petición de parte —esto si se estima que tiene los elementos necesarios para figurar como delito propio— o bien, de inclinarse por lo contrario, considerarlo como agravante de otros delitos, conforme fué reglamentado en el Código Penal de Martínez de Castro, que señalaba como agravantes de cualquier otro delito el parentesco de consanguinidad hasta el 2o.

grado de línea colateral, en de afinidad en línea recta entre el delincuente y el ofendido, o ser el reo ascendiente o descendiente del ofendido (Art. 46 fracción XIV).

Por lo que atañe a nuestras leyes penales vigentes, éstas establecen:

El Código de Procedimientos Penales en su Art. 263: "Sólo podrán perseguirse a petición de la parte ofendida, los siguientes delitos: I. Rapto y estupro. II. Injurias, difamación, calumnia y golpes simples. III. Los demás que determine el Código Penal.

El Código Penal en su Art. 272 no dispone que el delito de incesto sea perseguido a petición de parte ofendida. De ello se infiere que este delito es perseguible de oficio.

Y en lo relativo a su punición, estimamos que el aspecto benéfico de ella es muy discutible, dado que puede resultar más perjudicial para el bien jurídico que se pretende tutelar —la moral familiar— el poner al descubierto esta lacra moral.

Es oportuno añadir al respecto, que el Dr. Vidaure —habiendo sido encomendado por el Libertador Bolívar de la redacción del Código Penal del Perú— no incluyó el delito de incesto, porque más vergüenza y molestias ocasionaba la averiguación escandalosa de este hecho que su ocultación e impunidad.¹

b) ETIMOLOGIA

La consideración del incesto como delito y la etimología misma de la palabra, han sido siempre motivo de controversia.

Al respecto nos dice Carrara: "Cuando se trata de reconocer si un hecho tiene los caracteres de un verdadero delito autónomo, no basta que el mismo sea vicioso o gravemente pecaminoso, si no se encuentra un derecho particular o universal que sea lesionado por el mismo hecho. Sin esto, el legislador troca su función. Ahora bien,

1. José Rafael Mendoza. Curso de Derecho Penal venezolano, Tomo IV de la Parte Especial de los delitos contra las buenas costumbres y buen orden de las familias, pág. 232, 1a. ed. 1965.

el derecho particular que se lesiona con el incesto (separado de otro maleficio) me parece muy difícil de ser hallado. El aislamiento del incesto presupone que no haya habido adulterio, ni violencia, ni estupro con seducción criminosa. Y entonces a la mujer que consintió, la cual debería ser correa, no se le puede llamar paciente del pretendido delito, como no puede serlo el cónyuge, que se supone no existe. Por eso es muy arduo indicar cual es la persona que los dos voluptuosos han lesionado en su derecho”.

“Sobre la etimología de la palabra incesto discuerdan los escritores: alguno la hace derivar del griego anastos (insanable) como si dijéramos delito inexpiable, otros de in y cestus es decir no casto, otros de incestare contaminar; otros en fin de cesto (zona nupcial), por la falta de ella en las uniones ilegítimas”.²

c) CONCEPTO

Garraud define el incesto como “el comercio ilícito que tiene lugar entre personas que no pueden casarse en razón de su parentesco de consanguinidad o de alianza”.

Para Maggiore el incesto —que no está definido en el Código Penal italiano— “es la unión carnal entre personas de distinto sexo, ligadas por relaciones de parentesco o afinidad que constituyen impedimento absoluto de matrimonio”. *

Carrara define el incesto, como la unión carnal entre dos personas de diferente sexo, ligadas por vínculos de parentesco, que impiden el matrimonio de las mismas. **

Obsérvese que en estas definiciones se busca la objetividad jurídica del incesto en los obstáculos que opone a los matrimonios. Para sostener la autonomía del delito hubieron de clasificarlo entre los

2. Programa del Curso de Derecho Criminal, pág. 440, Editorial de Palma. Buenos Aires, 1946.

* Derecho Penal. Parte Especial, IV, p. 209. Ed. Temis Bogotá, 1955.

** Programa, parágrafo 2000.

delitos contra el orden de las familias, tal como otros autores lo colocaron entre los delitos contra la religión y posteriormente entre los delitos contra las buenas costumbres, al añadirle la noción de escándalo.

Von Liszt opina que el incesto es un delito de transición entre los que ofenden a las buenas costumbres y los que atentan contra la familia.

Por nuestra parte entendemos por incesto, la cópula voluntaria entre ascendientes y descendientes o entre hermanos.

Deliberadamente suprimimos del concepto de incesto, los términos "cópula normal" y "entre individuos de diferente sexo", ya que —adelantándonos en nuestro objetivo— señalaremos como el bien jurídico preponderante, tutelado por el incesto, la moral sexual familiar, la cual a nuestro entender queda igual o más profundamente lesionada si el ayuntamiento sexual en el incesto se realiza en vaso no idóneo, así como si el acto sexual se materializa entre personas pertenecientes al mismo sexo.

Nuestro Código Penal vigente en su Art. 272, relativo al incesto, nos dice: "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".

De la redacción del mencionado Art. 272 no se desprende la exigencia de que la relación sexual deba efectuarse necesariamente entre personas de sexo distinto. Así como tampoco se reglamenta en dicho artículo que el acceso carnal se actualice en la forma considerada normal.

d) DIFERENTES CLASES DE INCESTO

a) Propio: comercio sexual entre parientes consanguíneos próximos.

b) Impropio: comercio sexual entre parientes afines.

c) Cuasi-incesto: comercio sexual entre parientes adoptivos, así como entre tutor y pupila. Este título fué creación del Código Toscano Art. 295. Los alemanes lo aplicaban a la relación sexual entre el esposo prometido y una pariente de su futura cónyuge, cuando los esponsales públicos habíanse efectuado.

e) ANTECEDENTES HISTORICO LEGISLATIVOS

Al advenimiento de la era totémica, cuando los primitivos descendientes del Totem, adoptaron como regla de convivencia la exogamia (los individuos de un clan tenían prohibición absoluta de derramar su sangre) fue solamente hasta entonces que quedaron vedadas las prácticas incestuosas. Las investigaciones científicas, así como la supervivencia actual —en pueblos subdesarrollados— de organizaciones social-religiosas donde aún perdura el estadio totémico, así nos lo demuestran.

Mauricio Parmelee señala el incesto como uno de los seis primeros delitos considerados como tales dentro del clan.

En sus principios el término incesto abarcó una mayor amplitud, dado que, se calificaban como incestuosos, no solamente los contactos carnales entre parientes consanguíneos, sino también los efectuados entre los miembros de una misma tribu.

Si aceptásemos los orígenes que la religión católica fija a la creación de la especie humana (Adán y Eva) el incesto no sólo no se hubiese considerado prohibido, sino que hubiese sido obligadamente, el medio único de propagación de la especie humana.

La incriminación del incesto en el Antiguo Derecho Romano, fué en sus principios muy incierta. Con el término incesto eran designados todos los atentados graves a la castidad, que contrariaban los preceptos religiosos.

Durante el Imperio la reglamentación del delito se hace más precisa; se castiga el incesto entre ascendientes y descendientes aunque fuesen adoptivos, entre hermanos fuesen consanguíneos, uterinos

o adoptivos, entre tíos y sobrinos, entre primos, entre suegro y nuera, entre yerno y suegra, padrastros e hijastros, entre tutor y pupila.

Bajo el gobierno de Teodoro la pena aplicada al incesto era la muerte; Justiniano lo castigó con la confiscación de bienes, la deportación y la pérdida del rango civil.

Debe señalarse que en el Derecho Romano, la punición del incesto se restringe a las relaciones carnales entre consanguíneos y afines con dos casos de excepción: 1o. El de relaciones sexuales entre tutor y pupila y 2o. el de relaciones sexuales entre el gobernador de una provincia y mujer natural de la misma.

No obstante los severos castigos, las relaciones incestuosas durante el Imperio Romano son numerosas (Silano, Julio César, Calígula). Se le atribuye a Nerón que, no pudiendo seducir a su madre Agripina, tomó como concubina a una prostituta de gran semejanza física con ella.

El Derecho Canónico sin hacer distinciones del concepto de pecado y el concepto de delito, arremete furiosamente contra todo lo que considera lujuria y fornicación, castigando con dureza toda unión carnal que no hubiese santificado el matrimonio. El incesto fué considerado como una herejía y una grave ofensa a la religión, aplicándose como penas la hoguera y la tortura.

El Derecho Español en sus leyes (Fuero Juzgo, Real, Las Partidas, Novísima Recopilación) continúa la misma trayectoria, que no en balde fueron también obispos y clérigos quienes dictaron las primeras leyes visigodas.

Las partidas en sus leyes 2a. y 3a. Título VIII, Parte VII castigaron al incesto incriminándolo como adulterio.

"La Novísima Recopilación en sus Leyes 1a., 2a., y 3a. Libro VII, Tit. XIX extendieron la pena a las relaciones sexuales con religiosas, y a los criados por las cometidas con las parientas y barraganas de los señores y con otros criados de la casa; y definieron el delito diciendo «grave crimen es el incesto, el cual se comete con parienta hasta el cuarto grado, o con comadre, o con cuñada, o con mujer que comete maldad con hombre de otra ley; y este crimen de

CAPITULO II

PRESUPUESTO Y ESTRUCTURA DEL DELITO DE INCESTO.

- a) El presupuesto en este delito.
- b) Elementos:
 - 1o. Conducta.
 - 2o. Clasificación de este delito en orden a la conducta.
 - 3o. En orden al resultado.
 - 4o. Ausencia de conducta.

a) EL PRESUPUESTO EN ESTE DELITO

Hay delitos constituidos por elementos y presupuestos, y otros, que solamente están integrados con sus propios elementos. El delito de incesto pertenece a aquéllos que contienen un presupuesto del delito de carácter jurídico, consistente en este caso en la imprescindible relación de parentesco, de cuya existencia depende el título mismo del delito, ya que sin la concurrencia del vínculo exigido, no puede darse el delito de incesto.

Es de suma importancia señalar, que la ausencia de este presupuesto dará origen a una atipicidad en el delito de incesto, por formar el mencionado presupuesto, parte integrante del tipo correspondiente a este evento delictivo.

b) ELEMENTOS

El delito de incesto está constituido por todos los elementos del delito en general, aunados a los característicos o propios que son precisamente los que originan esta figura delictiva en particular.

Seguidamente haremos el análisis exhaustivo del delito de incesto, estudiando cada uno de los elementos que le son peculiares, sus aspectos negativos y formas de aparición: cuando se integra el delito, cuando ello no es posible por la ausencia de alguno de sus elementos, y cuáles, habido el incesto, son sus formas de aparición.

Ello equivale a estudiar esta figura delictiva en relación a las dos esferas de la teoría del delito (existencia e inexistencia y formas de aparición).

Es necesario advertir, que al analizar los elementos del incesto,

seguiremos con relación a los mismos la prelación lógica obligada, iniciando su estudio con el elemento material u objetivo (conducta) mencionado en el Art. 272 del Código Penal vigente.

1o. Conducta.

Como es bien sabido, hay figuras delictivas cuyo núcleo está integrado por una mera conducta, la cual puede consistir en un hacer o en un no hacer.

En otros delitos el núcleo es de mayor volumen por estar constituido por la existencia de una conducta, con resultado material y un nexo causal entre ambos.

Respecto al delito en estudio pensamos, con semejanza a la violación y al estupro, que el núcleo de estas figuras delictivas está formado por una mera conducta y a la vez activa.

Ahora bien, el elemento material del incesto consiste en la realización de la cópula entre los sujetos a que alude el Art. 272 del Código Penal vigente. Divergiendo de opinión Antonio de P. Moreno, afirma que, para consumar el delito de referencia basta "cualquier relación sexual", donde según su parecer caben todos los aspectos, desde los atentados al pudor hasta el yacimiento, dando la razón a quienes estiman que debe abolirse este delito.⁴

El Código Penal vigente usa diferentes denominaciones, cuando menciona al elemento material; en el 1er. párrafo del Art. 272 lo llama "relaciones sexuales" y en el mismo artículo en su párrafo último, lo titula "incesto", dándose así el caso de hacer referencia primeramente a la cópula y en seguida al delito en sí. Posición legislativa defectuosa, cuya imperfección técnica corrigen en parte y en su totalidad posteriores Proyectos de Reformas al Código Penal vigente, los cuales citaremos a continuación.

En efecto, el Proyecto de Código Penal 1949 para el Distrito y

4. Curso de Derecho Penal mexicano, p. 350. Ed. Jus. México, 1944.

Territorios Federales corrige en parte el defecto en el Art. 263: al disponer "...a los ascendientes que tengan cópula con sus descendientes..... Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos".

El Proyecto de Código Penal, de 1958, en el artículo 212, corrige el error en forma total, al establecer: "Al que tenga cópula con sus ascendientes, descendientes o hermanos, se le impondrá prisión de seis meses a seis años"; redacción que evita el defecto técnico antes aludido.

Finalmente, el Proyecto de Código Tipo para la República Mexicana, sigue la misma línea de conducta al utilizar únicamente el término "cópula" al disponer en el artículo 260, que "se impondrá sanción de uno a seis años de prisión y multa de \$ 600.00 a \$ 4,000.00 a los ascendientes que tengan cópula con sus descendientes. La sanción aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión y multa de \$ 600.00 a \$ 2,000.00. Se aplicará esta misma sanción en caso de cópula entre hermanos".

Al realizar un análisis de los Códigos sustantivos de la República Mexicana, podemos señalar las siguientes direcciones:

1a. La seguida por los Códigos fieles a la terminología del Código de 1931. Códigos de Colima (Art. 238), Chiapas (Art. 274), Chihuahua (Art. 247), Durango (Art. 233), Guanajuato (Art. 211), Guerrero (Art. 239), Hidalgo (Art. 258), Nayarit (Art. 228), Nuevo León (Art. 262), Oaxaca (Art. 253), Querétaro (Art. 252), San Luis Potosí (Art. 293), Sinaloa (Art. 237), Tabasco (Art. 269), Tlaxcala (Art. 249), Zacatecas (Art. 247).

2a. La de aquellos que modifican en parte la terminología relativa al elemento objetivo, en el Código Vigente, utilizando los términos cópula e incesto, como son los Códigos de Sonora (Art. 220), Tamaulipas (Art. 259), Campeche (Art. 241), Edo de México (Art. 184).

3a. La de aquellos que aluden únicamente a los términos cópula e incesto y a la expresión deseo erótico sexual, como el Código del Edo. de Morelos en su Art. 244.

4a. Los que se refieren a "cópula", como los ordenamientos penales de Aguascalientes (Art. 244), Michoacán (Art. 219) y Veracruz (Art. 206).

5a. La de aquellos que no incluyen el incesto como delito, vgr.: los códigos de Puebla y Yucatán.

6a. Y última, la de aquellos que no incluyen el incesto como delito, pero agravan la penalidad de los delitos de raptó, atentados al pudor, estupro y violación, cuando se cometieren por ascendientes, entre hermanos, o por tutores con sus tutelados, como en el Código de Jalisco (Art. 245); ordenamiento que sigue a este respecto la orientación del Código Penal de 1871, así como la del Proyecto de Reforma al mencionado Código.

Respecto al concepto de cópula normal, somos de parecer es el mismo que se estipula en los delitos de violación y de estupro en cuanto a que consideran como acceso carnal, la introducción total o parcial del órgano masculino en el femenino. El mencionado criterio no es compartido por González Blanco quien sostiene que "el acceso carnal en el incesto, a diferencia de lo que sucede en el estupro y la violación, requiere la "seminatio intra vas".⁵

La opinión mayormente generalizada, en lo relativo a la clase de cópula que debe realizarse en el incesto, es en el sentido de que debe ser el ayuntamiento normal.

Apartándose de la anterior opinión, algunos autores consideran requisito, además de la cópula normal, la "seminatio intra vas", "habida cuenta de que la figura legal que describe el incesto, tutela la organización exogámica de la familia".⁶

A nuestro juicio, la cópula en el delito de incesto, no tiene que ser necesariamente normal, puesto que realizada en forma anor-

5. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, pág. 182. México.

6. González Blanco. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, pág. 182. México.

mal, quebranta con igual o quizá hasta con mayor intensidad, el bien jurídico tutelado por la ley: la moral sexual familiar.

Nuestra discrepancia con la opinión que exige la "seminatio intra vas", obedece, a que, quienes formulan como imperativo este requisito, estiman como tutelado por la ley, un bien jurídico diverso al considerado por nosotros. A ello haremos referencias más amplias al estudiar el bien jurídico, como elemento del tipo.

2o. y 3o. Clasificación de este delito en orden a la conducta y al resultado.

Es conducente incluir dentro del elemento material, el tema relativo a la clasificación del delito de incesto en orden a la conducta y al resultado, habida cuenta que hay tipos cuya descripción está constituida por una mera conducta, consistente en algunos casos en un hacer, en otros en un no hacer, y por último, consistente en un hacer y en un no hacer, como ocurre en los llamados delitos mixtos de acción y de omisión.

El incesto, por su naturaleza, es únicamente factible mediante una actividad —el acceso carnal— constituyendo por lo mismo un delito de simple actividad. Concurrentemente, la ejecución del tipo en estudio, no puede cometerse en forma de conducta de carácter omisivo.

La conducta delictiva en el incesto se estima realizada, tanto si el sujeto efectúa únicamente un ayuntamiento sexual, como si los efectúa repetidamente. En la 1a. hipótesis nos encontramos frente al delito denominado por la doctrina unisubsistente y en la segunda, frente a la figura plurisubsistente.

Atendiendo al resultado, el incesto es un delito de mera conducta —de hacer, de actividad— ya que su verbo rector exige el ayuntamiento carnal, el cual en sí mismo no constituye un mutamiento en el mundo exterior; es decir, su resultado no es de carácter material, sino jurídico.

Para determinar si un delito es instantáneo o es permanente, con-

tamos con dos teorías: Una que enfoca la instantaneidad o la permanencia desde el punto de vista de la consumación, es decir, que en un caso tan pronto como se realiza el delito, se agota la consumación y en el otro, una vez consumado el delito, la consumación perdura. La otra teoría nos enseña que para saber si un delito es instantáneo o permanente, hay que comprobar si el bien jurídico tutelado, es destruído, disminuido, o solamente comprimido; en las dos primeras hipótesis nos encontramos ante un delito instantáneo; en la última ante un delito permanente.

Respecto al incesto, encontramos que se trata de un delito instantáneo, ya nos apoyemos en una o en otra de las dos teorías enunciadas, puesto que es evidente, que tan pronto se realiza el ayuntamiento carnal, se agota la conducta señalada, habiendo destrucción del bien jurídico tutelado.

Si al delito de incesto lo consideramos como instantáneo, cuestión diversa y significativa es resolver cómo vendríamos a considerar la "relación incestuosa". Pudiérase admitir en este caso que se trata de un delito permanente, en cuanto perdure la mencionada relación incestuosa.

Interesante también es la existencia o no existencia de un delito continuado de incesto, que naturalmente es distinto a la relación incestuosa permanente.

Para finalizar, clasificaremos el delito en estudio —en orden al resultado— como delito de lesión, puesto que en el incesto, a diferencia de otros tipos en que sólo se pone en peligro el bien jurídico protegido, en el incesto dicho bien se lesiona.

40. Ausencia de conducta.

Habiendo concluido el estudio relativo al elemento material del delito de incesto, es pertinente analizar el aspecto negativo del mencionado elemento, para determinar si es factible la ausencia de conducta.

Al respecto y con intención de resolver el problema se han emitido diversas opiniones. Solórzano Molina sostiene que "en este

delito, en que uno de los elementos esenciales para la configuración, lo tenemos precisamente en la concurrencia de actos voluntarios de los sujetos activos, difícilmente se daría el aspecto negativo de la conducta, pudiéndose presentar hipótesis de ausencia de conducta en el caso de relaciones carnales entre sujetos activos durante el sueño, etc.⁷

Según el criterio de Falcón Alegría: "Por lo que al 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 configura 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".⁸

Consideramos sencilla la solución del problema con base en la naturaleza del tipo de incesto, ya que si el mismo requiere el acuerdo de voluntades, no podría presentarse una hipótesis de ausencia de conducta, porque no sería posible la realización de conductas voluntarias, por un factor externo que anule la voluntad.

7. El delito de incesto, p. 30. Mexico, 1958.

8. El delito de incesto, p. 52. México, 1961.

a) TIPICIDAD

Una vez estudiado el elemento material, toca hacer referencia a la tipicidad, que consiste en la adecuación al tipo descrito por la ley, y en el caso concreto en la conformidad o encuadramiento a lo dispuesto en el Art. 272 del Código Penal.

La tipicidad, certeramente ha sido denominada "relación conceptual".

b) ELEMENTOS DEL TIPO

1o. Objeto o bien jurídico tutelado.

La estimativa del bien jurídico objeto de la tutela en el delito de incesto, ha sido muy controvertida. Al respecto Evelio Tabío nos dice que la objetividad consiste en la defensa del orden moral que sufre una grave lesión, por las relaciones sexuales entre personas ligadas por vínculos de cercano parentesco.⁹

Maggiore sostiene que este delito está justificado, aparte de los motivos eugenésicos, que prohíben en el interés de la raza, los matrimonios entre consanguíneos, por la repugnancia moral suscitada de las uniones sexuales entre personas ligadas por vínculos de sangre.¹⁰

Saltelli y Romano Di Falco consideran que con el incesto se provee a la tutela de la **moral familiar**, es decir, de la **moral relativa**

9. Comentarios al Código de Defensa Social, IX, pág. 631. La Habana, 1951.

10. Derecho Penal. Parte Especial, IV, p. 208. Ed. Temis Bogotá, 1955.

a la vida sexual de los individuos en la sociedad parental, afirmando la asexualidad de las relaciones parentales, que es un bien moral protegido por la ley civil y penal,¹¹ observando, que las relaciones incestuosas siempre han suscitado un profundo sentimiento de repugnancia y de reprobación, en cuanto que remueven las bases morales del instituto de la familia.¹²

Carrancá y Trujillo estima, que el objeto jurídico del delito es, la unidad moral de la familia y la salud de la stirpe.¹³

Cuello Calón opina que las razones que justifican el castigo del incesto, son, en primer lugar, la lesión del orden moral y jurídico familiar, cuya conservación requiere la abstención de relaciones sexuales entre las personas ligadas por vínculos de sangre, invocándose también consideraciones eugenésicas basadas en investigaciones biológicas que demuestran que las uniones entre próximos parientes pueden dar vida a seres anormales y de un ínfimo o nulo valor social.¹⁴

Manzini piensa que el objeto específico de la tutela penal, en relación al delito de incesto, es el interés del Estado de salvaguardar la familia, en su esencia y en su función ética, del daño derivado del escándalo de las relaciones carnales entre ciertos próximos parientes.¹⁵

Para Carrara el bien jurídico protegido por la ley penal, resulta difícil de determinar; vitupera el incesto porque trastorna la jerarquía familiar y degenera los afectos de santos y puros a la perversión bestial. Expresa: "El derecho particular que se lesiona con el incesto (separado de otro maleficio) me parece muy difícil de ser hallado. El aislamiento del incesto presupone que no haya habido adulterio, ni violencia, ni estupro con seducción criminoso. Y entonces a la mujer que consintió, la cual debería ser correa, no se le puede llamar

11. Commento teórico pratico del nuovo codice penale, II, p. 844.

12. Commento teórico pratico del nuovo codice penale, II, pp. 844, 845.

13. Código Penal anotado, nota número 888, p. 632. México, 1962.

14. Derecho Penal II, pp. 588-589, 9a. edición. Barcelona, 1955.

15. Trattato di Diritto Penale Italiano, VII, pp. 706-709. 1946.

paciente del pretendido delito, como no puede serlo el cónyuge que se supone no existe. Por eso es muy arduo indicar cuál es la persona que los voluptuosos han lesionado en su derecho".¹⁶

González de la Vega considera: "La razón de ser de la represión del incesto es la tutela o protección del principio exogámico de la familia, y en algunos el interés colectivo eugenésico, que pueden ser comprometidos o dañados por la conexión carnal entre próximos parientes".¹⁷

A nuestro juicio, sin desconocer que el ajuste eugenésico merece también la tutela legal, estimamos que el objeto específico de la tutela penal en la figura legal descriptiva del incesto —debe ser el orden moral familiar— porque consideramos que si se destruyese el sistema jerárquico que rige la célula social, los afectos y finalidades propios de la familia se transformarían en estímulos irracionales.

Si la valoración de la organización exogámica de la familia, para ser considerada como el bien jurídico preponderante en la tutela de la figura incestuosa, se asienta en sus remotos orígenes —el "totem" prohibía derramar sangre del propio clan— esta estimativa es deleznable, ya que la sociología nos habla de una era de promiscuidad, en tiempos aún más primitivos, cuando el incesto era la unión usual y corriente.

En la Exposición de Motivos del Código del Estado de Morelos se reconoce que el bien jurídico tutelado en el delito de incesto es la moral familiar, cuando expresa que "los dos últimos incesto y adulterio comprometen, atacan o lesionan a la moral sexual familiar".¹⁸

Acordes con nuestra conclusión de que el bien jurídico protegido es la moral familiar en su aspecto sexual, consideramos acertada la posición de la ley mexicana al no incluir el "escándalo público" como elemento del delito, difiriendo en ello de la legislación italiana.

16. Programa del curso de Derecho Criminal, parágrafo 2001.

17. Derecho Penal Mexicano, pág. 429, 4a. edición, 1955.

18. Exposición de Motivos del Código Penal y de Procedimientos Penales para el E. L. S. de Morelos, p. 173. Ed. Cajica. Puebla, México.

Es oportuno transcribir a este respecto, el pensamiento de José Peco al fundamentar el Art. 201 de su Proyecto de Código Penal para la República Argentina, dado que también excluye de éste la noción de escándalo. Aduce José Peco: "El requisito del escándalo público entraña una contemporización, pues surge para conciliar la protección de la familia con el peligro de las acusaciones falsas. En el sistema del Proyecto, el peligro halla un muro de contención en las sanciones severas consignadas para este linaje de acusaciones, fuera de que el temor lleva antes a la desincriminación del incesto. Tampoco el legislador ha de encadenar la defensa de la familia a un acontecimiento adventicio, confundiendo la naturaleza sustantiva del hecho con el aspecto adjetivo de la publicidad. La norma penal protegería con limitaciones el bien jurídico que se propone salvaguardar, a la vez que restringiría el poder intimidatorio de la sanción. Para abatir los apetitos sexuales depravados de los parientes ejerce menos poderío el temor a la publicidad que la amenaza por las consecuencias de la relación antinatural. Además, es indispensable la tutela de los menores seducidos, pues el incesto acaece frecuentemente más entre personas de edades muy desiguales que de pareja edad. A ésta consideración obedece también la parte final del artículo 201, al librar de toda sanción al menor de quince años de edad. Aunque el límite de edad difiere de la establecida por el código suizo, se acomodó a la sistemática del Proyecto".¹⁹

2o. Objeto material.

Toca hacer referencia a otro elemento del tipo de incesto: al objeto material, que es cualesquiera de los sujetos activos a que hi-

19. Proyecto de Código Penal. Exposición de Motivos, p. 357. La Plata, 1942. El artículo 201, dice así: "Al que tuviere acceso carnal con ascendiente, descendiente, hermano o medio hermano, se le aplicará privación de libertad de uno a cinco años. El menor de quince años no tendrá sanción alguna".

cimos mención en líneas anteriores, o sea, los ascendientes, descendientes o hermanos.

30. Sujetos.

El tema siguiente consiste en el estudio de otro de los elementos del tipo: el relativo a los sujetos exigidos por el mismo, debiendo referirnos en primer lugar a los sujetos activos y posteriormente al pasivo.

En cuanto a los sujetos activos, es obligado estudiarlos en cuanto a su calidad y después en cuanto a su número; y respecto al sujeto pasivo en cuanto a su calidad.

Finalmente trataremos el tema relativo al parentesco, para determinar a cual se refiere cuando se mencionan en el ordenamiento penal ascendientes y descendientes y entre hermanos.

Los sujetos activos requeridos en este delito, no necesariamente deben ser de distinto sexo; contrariamente a lo que manifiesta Manfredini quien afirma, que la figura delictiva por necesidad de interpretación, contiene indicaciones de relación de sexo y no de relación carnal homosexual.

La ley no hace distinciones expresa Antonio de P. Moreno, y podrán ser sujetos del delito, los hermanos de padre y madre, denominados "germanos" y los "uterinos" o sean los hermanos solamente de madre y los "consanguíneos" o sean los hermanos de padre, y como la ley no hace excepción respecto de la ascendencia, pueden ser sujetos del delito los ascendientes consanguíneos y afines.*

González Blanco afirma: "Por lo que hace a la calidad de los sujetos, consideramos que es indiferente que el parentesco sea legítimo o natural, ya que en ambos supuestos existe consanguinidad,

* Curso de Derecho Penal mexicano. Parte Especial, p. 350. Editorial Jus. México, 1944.

por lo que resulta inconcuso que se lesiona por igual la finalidad eugenésica”.**

40. Clasificación en orden a los sujetos.

Por lo que se refiere al número de sujetos activos, el incesto es un delito bilateral. Así opina Manfredini, cuando dice, que el delito de incesto es delito bilateral, **al menos materialmente**, porque para concretar el hecho que lo constituye, es siempre necesario el concurso de dos personas, aunque una de estas pueda ser no imputable o no punible.

El delito de incesto es un delito de **propia mano**, a virtud de que el núcleo del tipo solamente lo pueden realizar los sujetos a que alude el propio tipo, es decir los sujetos “**cualificados**”.

El Código presenta un problema por lo que hace a la calidad de los sujetos, pues sólo menciona ascendientes y descendientes, sin aclararnos si el parentesco entre ellos es obligadamente consanguíneo o bien puede constituirse el delito cuando la relación familiar sea de afinidad, por ejemplo entre un hombre y la mujer de su hijo (suegro y nuera) o entre una mujer y el esposo de su hija (suegra y yerno).

En el Derecho Romano sí existía el incesto entre afines.

Las antiguas leyes españolas —Fuero Juzgo, Fuero Real, las Partidas y la Novísima Recopilación— reputaban que había delito entre afines, y extendían el concepto a otras personas tales como la mujer de los descendientes, la cuñada, las mujeres de condición religiosa, las sirvientas y las barraganas de los señores.

La novísima recopilación en sus leyes 1a., 2a. y 3a. Lib. VII. Tít. XIX nos habla del incesto como sigue: “grave crimen es el incesto el cual se comete con parientes hasta el cuarto grado, o con comadre, o con cuñada, o con mujer que comete maldad con hombre de otra

** Delitos sexuales en la doctrina y en el Derecho positivo mexicano, p. 182. México.

“Ese monstruoso conflicto y otros muchos que podrían surgir entre los diversos cuerpos de leyes se resuelve por el concepto de la competencia, exclusiva de cada ley, que dentro de su órbita es la única competente para fijar ciertos principios fundamentales, que los demás cuerpos de leyes, al referirse a tales situaciones jurídicas deben tomar tales cuales fueron indicados por la ley de su competencia”.

Con anterioridad hemos estudiado los elementos del tipo incestuoso, como son el objeto jurídico, el objeto material, los sujetos: activo y pasivo, conocimiento indispensable para precisar bien el aspecto negativo de la tipicidad, pues es indudable que con un conocimiento completo del contenido del tipo se obtienen en forma exhaustiva y precisa, las hipótesis de atipicidad que serán objeto de estudio al finalizar este capítulo, pues es el momento de referirnos a un problema trascendente, como es el relativo a la clasificación del delito de incesto en orden al tipo.

c) CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO

Analizando el contenido del artículo 272 del Código Penal, descriptivo del delito de incesto, se desprenden las siguientes clasificaciones:

a') Fundamental o básico, habida cuenta que el tipo no contiene ninguna circunstancia que agrave o atenúe la penalidad, pues de verificarse esta hipótesis estaríamos frente a un tipo especial cualificado o privilegiado.

b') Autónomo o independiente, porque este delito tiene su porción penal propia, posee en el catálogo de delitos vida independiente.

c') Alternativamente formado en cuanto a los sujetos. La doctrina nos enseña que los tipos pueden ser alternativamente formados cuando de manera alternativa se describen los núcleos del tipo, es decir, cuando la ley determina: el que haga esto o aquéllo, observándose que en el delito de incesto no hay alternatividad en cuanto a núcleos sino alternatividad en cuanto a los sujetos activos, puesto

que el incesto se podrá cometer entre ascendientes y descendientes o entre hermanos.

d') Normal, en cuanto que el contenido del tipo es de naturaleza material, pues no abarca ningún elemento normativo ni subjetivo, pues de ser así estaríamos frente a un tipo anormal.

d) ATIPICIDAD

Con anterioridad señalamos los elementos del tipo de incesto, que nos van a servir de base para determinar el aspecto negativo de este delito, ya que si no se llenase alguno de ellos, acaecería la inconformidad o no encuadramiento al tipo, hallándonos entonces en presencia de la atipicidad.

Se presenta el aspecto negativo de la tipicidad en los siguientes casos:

- a) Por falta de bien jurídico.
- b) Por falta del sujeto exigido por la ley.
- c) Por falta del consentimiento.
- d) Por tener el sujeto con quien se realice la cópula, una edad menor de 12 años.

a) Supuesto que estimamos la moral familiar como el bien jurídico tutelado en el delito en estudio, es evidente que faltando este elemento del tipo —en una familia cuya moral sexual se halle totalmente relajada— estamos frente a una hipótesis negativa de la tipicidad.

b) En el caso de atipicidad porque falte el sujeto exigido por la ley penal, podemos encontrarnos ante un delito de estupro, un delito de adulterio, o bien, ante un caso de inexistencia de delito.

c) Cuando estamos frente a una hipótesis de falta de consentimiento, existirá el delito de violación, si el acceso carnal se lleva a cabo por violencia física o moral. Así nos dice Maggiore, "si la unión carnal incestuosa es violenta, se tendrá el delito de violencia

carnal”;²⁰ problema relativo al concurso de incesto y violación, que resolveremos en el sentido de negar dicho concurso y afirmar únicamente la existencia de la violación.

El Código de Aguascalientes reglamenta innecesariamente en su Art. 247 que “no se aplicará sanción alguna al ascendiente, descendiente o hermano que no haya prestado su pleno consentimiento para el acto incestuoso”; dado que la esencia de este delito es el acuerdo de voluntades, obviamente, si falta alguna, no habrá delito por lo que se refiere al sujeto que no manifestó su voluntad, y en lo relativo al otro sujeto se originará el delito de violación.

d) La atipicidad en el incesto puede darse también, en caso de tener el sujeto con quien se realice la cópula, una edad menor a la de doce años, en cuyo caso la consecuencia sería encontrarnos ante un delito de violación impropia, como lo prescribe el artículo 266 del Código Penal: “Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa”. La cópula con persona menor de doce años, evidencia ausencia de voluntad.

La solución que se daba al problema con anterioridad a la reforma del Código Penal, era diferente, ya que se incluía la hipótesis señalada, en el último párrafo del Art. 266 “cuando por cualquiera otra causa no pudiese resistir”.

Incidentalmente expresaremos que en la redacción del Art. 266 debió usarse el término violación y no “violencia”.

20. Derecho Penal. Parte Especial, IV, p. 210. Ed. Temis. Bogotá, 1955.

CAPITULO IV

ESTRUCTURA DEL DELITO DE INCESTO (CONTINUACION)

- a) Antijuridicidad y causas de licitud.

CAPITULO V

ESTRUCTURA DEL DELITO DE INCESTO (CONTINUACION)

- a) Culpabilidad en este delito.
- b) Inculpabilidad.
- c) Condiciones objetivas de punibilidad.
- d) Punibilidad y su aspecto negativo.

el parentesco, es decir cuando haya error por ignorar el vínculo que los une.

Manzini resuelve el asunto en cuestión expresando, que, la ignorancia o el error acerca de la existencia o el grado de vínculo de parentesco, escrimina el hecho, porque tal error de derecho civil, ocasiona un error sobre el hecho que constituye el delito.*

El error sobre el parentesco puede presentarse en ambos sujetos, favoreciendo indudablemente a los dos, puesto que cada uno de ellos se encuentra ante un error de hecho esencial e invencible. Fue de sin embargo suceder que solamente uno de los sujetos sea presa del error, originándose a favor de éste una inculpabilidad y quedando subsistente e íntegra, la culpabilidad del otro sujeto.

Como es bien sabido existe otro error llamado error sobre la realidad fáctica, que da lugar a las eximentes putativas, consistentes en creer el sujeto —por el error mencionado— que se halla frente a una causa de licitud. Debemos señalar que con relación al delito de incesto no puede presentarse la inculpabilidad por error en la realidad fáctica (eximentes putativas).

Ya en el capítulo dedicado a las causas de licitud, sostuvimos la inexistencia de las mismas en el delito en estudio.

Es imperativo examinar el problema de error accidental o inesencial, y precisar la función que desempeña en este delito.

El error inesencial que puede ser *aberratio in personam* o *aberratio ictus*, no afecta la culpabilidad, la cual queda intacta, pero puede originar consecuencias diferentes según requiera el tipo esa calidad para agravar o atenuar, la pena, o bien la exija para configurar una especial figura delictiva, encontrándose en el primer caso, ante los delitos denominados **especiales cualificados o privilegiados**. Cuando el tipo exige la calidad para crear tipos especiales cualificados, el error accidental produce una traslación de tipo, como sucede por ejemplo en el parricidio, cuando por un error de esta naturaleza, en lugar de parricidio se comete el delito de homicidio. Lo mis-

* *Tratatto di Diritto Penale italiano*, VII, p. 703. Torino, 1946.

mo acontece con el infanticidio, que sabemos constituye un tipo especial privilegiado.

El incesto es de aquellos tipos que requieren, exigen, determinada calidad en los sujetos activos, en este caso particular que estén ligados por un vínculo de parentesco, pues la ley expresamente requiere descendientes y ascendientes o hermanos, es decir necesita para su nacimiento la existencia de una calidad en los sujetos activos. En consecuencia ¿cuál sería el efecto, de faltar en los sujetos esa calidad? Pensemos que por un error accidental, es decir por confusión, un sujeto puede realizar la cópula con un tercero, creyendo que está efectuando el acceso carnal con uno de los parientes a los cuales se refiere la ley.

Respecto al error accidental en el incesto, no puede formularse una solución general; primeramente deben sujetarse a análisis las distintas hipótesis que se pueden presentar:

A) Una persona realiza la cópula (por error in personam) con un tercero creyendo que se trata de un pariente.

B) Una persona realiza la cópula con su pariente creyendo que es un tercero, y

C) Un ascendiente, descendiente o hermano, realiza la cópula con un pariente —que no es aquél con quien quería realizarla— pero que también queda comprendido en los parientes encuadrados dentro de la ley.

A) En este caso:

a) Si el tercero es mayor de dieciocho años, se origina una atipicidad de incesto e inexistencia de cualesquiera otra conducta delictuosa.

b) Si el tercero es menor de dieciocho años pero no de doce y la cópula fue obtenida por medio de la seducción o engaño, siendo en su caso la mujer casta y honesta, habrá una atipicidad de incesto y existencia del delito de estupro.

c) Si el tercero es menor de dieciocho años pero no de doce,

y no se han empleado ni la seducción ni el engaño, habrá una atipicidad de incesto y de estupro.

d) Si el tercero es menor de doce años, habrá delito de violación impropia.

B) En esta hipótesis:

a) Si el pariente es menor de dieciocho años pero no de doce, y se empleó la seducción o el engaño, siendo en su caso, la mujer casta y honesta, no habrá incesto por falta de dolo específico, pero sí el delito de estupro.

b) Si el pariente es menor de dieciocho años pero no de doce y no se empleó la seducción o el engaño, no habrá incesto por falta del dolo específico, ni tampoco se configurará el estupro.

c) Si el pariente es menor de doce años, habrá el delito de violación impropia.

C) En este caso:

a) Si el pariente es mayor de dieciocho años habrá incesto, aunque el dolo específico hubiese sido dirigido a otro pariente.

b) Si el pariente es menor de dieciocho años pero no de doce y fue empleada la seducción o el engaño, siendo en su caso la mujer casta y honesta, habrá estupro, porque la voluntad de la menor está viciada y el delito de incesto requiere que ambas voluntades no estén viciadas.

c) Si el pariente es menor de dieciocho años pero no de doce y fue empleada la seducción o el engaño, habrá incesto aunque el dolo específico fuese dirigido a pariente distinto si éste queda encuadrado dentro de los que determina la ley.

d) Si el pariente era menor de doce años, estaremos frente a un caso de violación impropia.

c) CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

En este delito no se requieren condiciones objetivas de punibilidad, las cuales no constituyen un elemento del delito, como algunos piensan, sino que son "anexas al tipo", como sostiene la doctrina alemana y cuya función es suspender la aplicación de la punibilidad.

Si en nuestro Derecho, no hay problema alguno, en cuanto que la ausencia de tales condiciones es palpable, no sucede así, en el Código italiano, que como hemos visto, exige el requisito de "escándalo público", que en realidad, constituye en dicho Ordenamiento un elemento del propio tipo de incesto, puesto que es indispensable para su existencia. Ahora bien, no habiendo condiciones objetivas de punibilidad en nuestro derecho, no puede presentarse su aspecto negativo.

d) PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

Pasaremos al estudio de la punibilidad, considerada por algunos como elemento del delito y por otros, como consecuencia del mismo; problema ajeno al objeto de este trabajo.

El Código Penal vigente en el Art. 272 impone dos penas diversas:

1a.) Una más grave, de uno a seis años de prisión para los ascendientes, y

2a.) Otra menos grave de seis meses a tres años de prisión, tanto para los descendientes como para los hermanos.

Esta graduación en la penalidad se explica —añadiremos nosotros— por la calidad de los ascendientes y su inherente responsabilidad, jerarquía y ascendiente moral sobre sus descendientes, debiéndose por ello, considerar más grave su conducta y obviamente aplicarles una sanción más severa. Al respecto Machorro Narváez aduce: "Se ha penado más fuertemente al ascendiente que al coautor descendiente, porque falta aquél a los sagrados deberes de

protección y vigilancia de la prole, siendo de presumirse que para cometer el delito haya usado de la posición moral y jurídica en que lo coloca el parentesco".²² No obstante, hay quienes no están de acuerdo en penar más gravemente al ascendiente que a los descendientes o hermanos, tal como Antonio de P. Moreno quien sostiene que "si el delito es de forzosa bilateralidad no se entiende el por qué de la diferencia en la sanción, pues puede ser el inductor, el que tenga mayor responsabilidad en el hecho delictuoso, tanto el ascendiente como el descendiente".²³

Habiendo llevado a cabo un análisis de la legislación penal de los Estados de la República Mexicana, encontramos los siguientes criterios:

a) Los que siguen la misma orientación en cuanto a la penalidad, que la del Código Penal de 1931, como los Códigos de Campeche (Art. 241), Coahuila (Art. 248), Colima (Art. 238), Chiapas (Art. 274), Chihuahua (Art. 247), Durango (Art. 233), Guerrero (Art. 239), Querétaro (Art. 242), San Luis Potosí (Art. 293), Sinaloa (Art. 237), Sonora (Art. 220), Tabasco (Art. 279) y Tlaxcala (Art. 249).

b) El Código de Aguascalientes de uno a seis años de prisión y multa de \$ 100.00 a \$ 1,000.00 pesos a los ascendientes (Art. 245), y de seis meses a tres años de prisión y multa de \$ 50.00 a \$ 500.00 a los descendientes y hermanos (Art. 246). El Código de Guanajuato de dos a seis años a los ascendientes y de tres días a seis años a los descendientes y hermanos (Art. 211).

c) El Código de Hidalgo, de tres a ocho años de prisión a los ascendientes y de seis meses a tres años a los descendientes o hermanos (Art. 258).

d) Los Códigos de Jalisco, Puebla y Yucatán no reglamentan el incesto.

22. Derecho Penal especial, p. 173. México.

23. Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial, pp. 350-351. Ed. Jus. México, 1944.

e) El Código del Estado de México, de tres a seis años a los ascendientes y de uno a tres años a los descendientes o hermanos (Art. 184).

f) El Código de Morelos de uno a seis años de prisión y multa de \$ 100.00 a \$ 1,000.00 a los ascendientes, descendientes o hermanos (Art. 244).

g) El Código de Nuevo León de dos a ocho años de prisión a los ascendientes o de seis meses a tres años a los descendientes o hermanos (Art. 262).

h) El Código de Tamaulipas de tres a seis años a los ascendientes y de seis meses a tres años a los descendientes o hermanos (Art. 259).

i) El Código de Veracruz de uno a seis años y multa de \$ 500.00 a \$ 3,000.00 a los que se hallen en relación de parentesco en línea recta, sin limitación de grado, así como a los hermanos (Art. 206).

j) El Código Penal de Zacatecas de uno a seis años a los ascendientes y de seis meses a tres años a los descendientes o hermanos (Art. 247).

Una vez estudiada la punibilidad, examinaremos también su aspecto negativo, o sean las excusas absolutorias, en las que existe conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad cuando el Tipo así lo requiere pero no punibilidad por motivos de Política Criminal; dichas excusas absolutorias deben estar ubicadas no en la parte general del Código Penal como sucede con los demás aspectos negativos del delito, sino en la parte especial, en cada uno de los tipos que las admitan, teniendo por sabido que no en todos los tipos pueden alegarse esos motivos de política criminal, en razón del bien jurídico protegido.

En el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales no se admiten en el delito de incesto, las excusas absolutorias.

CAPITULO VI

FORMAS DE APARICION DEL DELITO

- a) Consumación.
- b) Tentativa.
- c) Concurso de delitos:
 - 1o. Incesto y estupro.
 - 2o. Incesto y violación.
 - 3o. Incesto y rapto.
- d) Concurso de personas en el delito.

a) CONSUMACION

El tema de la consumación en el delito de incesto invita a recordar que en la vida del delito se presentan dos fases: una interna y la otra externa, abarcando la fase primera: la ideación, la deliberación y la resolución; y la segunda fase: la resolución manifestada, los actos preparatorios, los actos ejecutivos constitutivos de la tentativa (inacabada, acabada o imposible) y la consumación, sin incluir el agotamiento del delito, el cual a nuestro juicio constituye un momento posterior al iter-criminis.

En el incesto debemos entender que se llega a la consumación, esto es el último momento del iter-criminis (con lo que termina la fase externa) cuando se realiza el acceso carnal concomitantemente con los restantes elementos del delito, es decir, cuando exista un ayuntamiento carnal voluntario entre los parientes a quienes la ley hace referencia, concurriendo los elementos restantes del delito en general.

b) TENTATIVA

Si lanzamos nuestra mirada al proceso ejecutivo en este delito o sea la tentativa, podemos sostener que no obstante tratarse de un delito de mera conducta o formal, se puede presentar la tentativa inacabada, la acabada o frustrada y la tentativa imposible o delito imposible, pues es fácil advertir que en un caso determinado puede existir la intención de realizar la cópula, un comienzo o principio de ejecución y no llegar a integrarse el núcleo del tipo por causas

ajenas a la voluntad del agente o del sujeto; igualmente puede existir de parte del sujeto intención de efectuar el acceso carnal, haber consumado todos los actos ejecutivos y por causas ajenas no consumarse el delito; en fin puede presentarse el caso de que un individuo quiera llevar a cabo el ayuntamiento carnal, y sin embargo no pueda cometerse el delito bien sea por falta de medios idóneos, por falta de bien jurídico, o por circunstancias especiales de alguno de los sujetos activos.

La exposición anterior es demostrativa de que en el delito de incesto se pueden dar los casos de tentativa inacabada, acabada e imposible como sucede en forma similar en los delitos de violación y de estupro, los cuales son igualmente delitos formales, porque en ellos el tipo —a semejanza de lo que ocurre en el incesto— requiere de una mera actividad, consistente en la realización de la cópula.

El más alto Tribunal de la República Mexicana, admite la tentativa en el incesto, al asertar que el delito de incesto consiste en la relación sexual entre ascendiente y descendiente o entre hermanos, pudiendo quedar en grado de tentativa cuando la cópula no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente.²⁴

En el Código Penal italiano en el que se requiere “el escándalo público” no cabe la tentativa, precisamente por la existencia de este requisito del tipo, no condición objetiva de punibilidad como algunos autores italianos sostienen. Así Maggiore explica entre otros, que “no es configurable la tentativa porque, o el escándalo se verifica y el delito se consume, o falta este requisito y las relaciones incestuosas no son por sí mismas punibles”.²⁵

Por otra parte, siendo el incesto un delito de mera conducta o formal, admite el desistimiento más no el arrepentimiento, que sólo puede presentarse en los delitos de resultado material.

24. Informe 1942, pág. 84.

25. Derecho Penal. Parte Especial, Tomo IV, pág. 212. Ed. Temis, Bogotá, 1955.

c) CONCURSO DE DELITOS

En materia penal se hace referencia a tres clases de concurso:

- a) Concurso de delitos.
- b) Concurso de personas en el delito.
- c) Concurso aparente de normas.

10. 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 a cabo. 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 este tema González Blanco afirma: "El incesto sería compatible con todos aquéllos delitos sexuales que como él, se caracterizan por la voluntad o el conocimiento de ambos sujetos, pero no con aquellos otros en que la ausencia del conocimiento de uno de los sujetos, el pasivo sea elemento constitutivo de la figura",²⁶ 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 halla viciado por el empleo de la seducción o el engaño.²⁷

Antonio de P. Moreno considera que puede emplearse la seducción como medio para la relación sexual (cópula), pero el delito cometido será el estupro y no el incesto, cuando se trata de mujer menor de 18 años que sea seducida.²⁸

Para proceder a dar nuestro punto de vista, consideramos necesario comparar el delito de incesto con el delito de estupro y señalar los casos que pueden presentarse:

26. Delitos sexuales en la doctrina y en el Derecho Positivo mexicano, pág. 184. México.

27. Delitos sexuales en la doctrina y en el Derecho Positivo mexicano, pág. 184. México.

28. Curso de Derecho Penal mexicano, pág. 351. Ed. Jus. México, 1944.

- PRIMER CASO:
1. Existencia de una cópula.
 2. Entre ascendientes y descendientes o entre hermanos.
 3. Menores de dieciocho años pero no de doce.
 4. Empleando la seducción o el engaño.

- SEGUNDO CASO:
1. Existencia de una cópula.
 2. Entre ascendientes y descendientes o entre hermanos.
 3. Menor de dieciocho años pero no de doce.
 4. Sin emplear la seducción o el engaño.

- TERCER CASO:
1. Existencia de una cópula.
 2. Entre ascendientes y descendientes o entre hermanos.
 3. Mayores de dieciocho años.
 4. Empleando la seducción o el engaño.

En el primer caso encontramos que existe una cópula, elemento común al incesto y al estupro, entre ascendientes y descendientes o entre hermanos, elemento propio del incesto, en menores de dieciocho años y no de doce por medio de la seducción o del engaño, elementos del tipo del estupro. Aquí en este primer caso sólo se configura el estupro, porque hay incompatibilidad entre un elemento del incesto que es el acuerdo de voluntades y un elemento del estupro consistente en que la voluntad está viciada.

En el segundo caso observamos la existencia de una cópula, elemento común al incesto y al estupro, entre ascendientes y descendientes o entre hermanos, elemento del incesto, menores de dieciocho años pero no de doce elemento del estupro, sin empleo de la seducción o del engaño. Aquí solamente se configura el incesto por no llenarse la exigencia del estupro, que requiere como medios la seducción o el 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 del incesto, mayores de dieciocho años y empleando la seducción o engaño. Hay incesto porque falta el requisito de la edad exigida por el estupro.

2o.) Incesto y violación.

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 con toda razón niegan el mencionado concurso dado que consideran imposible el que puedan concurrir ambos delitos. Optamos nosotros por la última posición de la cual son exponentes en México, Mariano Jiménez Huerta y Celestino Porte Petit Candaudap.

Al respecto expresa Jiménez Huerta: "Certeramente Porte Petit (Ensayo Dogmático p. 94) resuelve en la siguiente forma 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, sino de sujetos activos. Lo que quiere decir que no pueden concurrir al mismo tiempo consentimiento y ausencia del mismo, a virtud de la violencia física o moral, medios exigidos para la existencia de la violación, es decir, la violación y el incesto se excluyen entre sí»".²⁹

Al respecto la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido tesis antitéticas, pues en algunas ejecutorias es admitida la concurrencia del incesto y la violación y en otras —contradictoriamente— es rechazada.

a) Se admite la concurrencia:

"El hecho de que se prevean sanciones para ambos incestuosos,

29. Derecho Penal mexicano. Parte Especial. La tutela penal del honor y de la libertad. Tomo III, pág. 300. No. 221. México, 1968.

no puede interpretarse como que una infracción excluya a la otra, nos queda en pie la regla general de que con un solo acto pueden violarse varias disposiciones penales y por otra parte, al no excluir expresamente el Código Penal, como incesto las relaciones sexuales por medio de la violencia o con menores incapacitados, implícitamente está desechando la interpretación contraria".³⁰

"No es cierto que por sancionar la Ley Penal a ambos incestuosos, debe interpretarse que se excluyen el incesto y la violación, porque en ésta no puede suponerse consentimiento mutuo. El Código Penal prevé la concurrencia de delitos cuando en un sólo acto se violan varias disposiciones penales y para el incesto, no tiene una afirmación expresa de que se necesite el consentimiento de ambos, ni mucho menos que nunca pueda haber un ofendido. La afirmación implícita contraria, queda manifiesta al no referirse para nada a casos en que la relación sexual se realice por medio de la violencia o con menores incapaces. Así pues, el hecho de que la ley prevea sancionar a ambos, tendrá vigencia sólo cuando, de acuerdo con las normas penales mismas, resulten responsables los dos protagonistas".³¹ "Los delitos de violación e incesto pueden perfectamente coexistir, porque una cosa es que nadie pueda tener relaciones sexuales él sólo, ya que relación sexual significa referencia a otro, y otra, que el incesto se integre exclusivamente cuando las dos partes de la relación sexual la realizan de común acuerdo, pues esto es inexacto al ser posible que una de ellas verifique ayuntamiento carnal normal contando con el sólo cuerpo de la otra y no con su voluntad, siendo aquella la sola responsable del delito".³²

b) "El delito de incesto se configura por concordancia de voluntades de ambos sujetos, pues los delitos de violación e incesto son

30. 1a. Sala, Informe 1959, pág. 26.

31. Semanario Judicial de la Federación XXVI, pág. 96. Sexta Epoca. Segunda Parte.

32. Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el Presidente de la 1a. Sala, pp. 80-81, año 1963.

jurídicamente incoexistentes; el primero supone la violencia del agente sobre la víctima, en tanto que el segundo supone dos sujetos cuyas voluntades concuerdan en realizar el hecho delictuoso. Así ambos delitos se excluyen, pues si se habla de violación, se elimina el concepto de concordancia de voluntades, y si se habla de incesto, se elimina la acción de violencia. En concreto, el delito de incesto es un delito plurisubjetivo y bilateral. Por consiguiente, a pesar de que se haya aportado al expediente el acta de nacimiento de la menor ofendida y que de tal acta se desprenda que ésta sea hija del inculgado, es evidente la falta de voluntad de dicha menor en la ejecución de los hechos delictuosos, y palpable que éstos se llevaron a cabo con indudable violencia, circunstancia que hace desaparecer la existencia del delito de incesto y no así el delito de violación".³³

30.) Incesto y Rapto. El problema relativo al concurso de los delitos de incesto y rapto, debe plantearse, cuando primeramente se realiza el rapto con alguna de las personas con quienes se tipifica el delito de incesto y posteriormente se lleva a cabo la relación sexual.

Según nuestro parecer, en el caso que se comenta, existe el concurso de rapto e incesto pues indudablemente si el rapto consiste en el apoderamiento de una mujer por medio de la seducción, del engaño, de la fuerza física o moral, para casarse con ella o para realizar actos eróticos sexuales, se está atacando el bien libertad sexual, y una vez que se ha logrado la finalidad perseguida por el sujeto, se ha lesionado también un bien diverso, originándose un nuevo delito y hallándonos por lo tanto, frente a un concurso de rapto e incesto.

d) CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO

Es de sumo interés el problema de la autoría y participación en el delito de incesto.

Pueden formularse las siguientes hipótesis:

33. Seminario Judicial de la Federación LVI, P. 66, Sexta Epoca, Segunda Parte.

a) Es factible de presentarse la autoría intelectual o sea la instigación, puesto que un individuo puede determinar a otro a que realice el tipo descrito en el Art. 272 del Código Penal, siendo entonces de aplicar al artículo 13 en su fracción II, que determina, que son responsables de los delitos, los que inducen a otros a cometerlos.

b) Si como hemos dicho, el incesto es un delito bilateral, en el cual hay dos sujetos activos, se hace patente que estamos frente a dos coautores, dado que, conjuntamente han realizado el tipo en estudio. No compartimos al respecto, el punto de vista de González Blanco que apunta: "En el incesto no se da la coautoría, si se tiene en cuenta la naturaleza del parentesco que es personal".³⁴

c) Cómplice lo será quien auxilie o coopere a la realización del incesto, sea de los parientes que marca la ley o un tercero, encontrándonos en lo previsto por la fracción III, del artículo 13 del Código Penal, que dispone, que son responsables de los delitos, los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución. Por ello consideramos acertado el juicio de González Blanco, cuando estima: "En cambio sí tiene relevancia la coparticipación, al no descartarse la posibilidad de que un tercero conociendo el impedimento, proporcione a los protagonistas los medios que les permiten verificar el acto sexual".³⁵

34. Delitos sexuales en la doctrina y en el Derecho Positivo mexicano, p. 184. México.

35. Delitos sexuales en la doctrina y en el Derecho Positivo mexicano, p. 184. México.

I N D I C E

CAPITULO I

	Página
INTRODUCCION	11
a) Consideraciones generales	13-14
b) Etimología	14-15
c) Concepto	15-16
d) Diferentes clases de incesto	16-17
e) Antecedentes histórico-legislativos	17-20

CAPITULO II

PRESUPUESTO Y ESTRUCTURA DEL DELITO DE INCESTO	21
a) El presupuesto en este delito	23
b) Elementos	23-24
1o. Conducta	24-27
2o. Clasificación de este delito en orden a la conducta	27
3o. En orden al resultado	27-28
4o. Ausencia de conducta	28-29

CAPITULO III

ESTRUCTURA DEL DELITO DE INCESTO (CONTINUACION)	31
a) Tipicidad	33

b) Elementos del tipo	33
1o. Objeto o bien jurídico	33-36
2o. Objeto material	36-37
3o. Sujetos	37-38
4o. Clasificación en orden a los sujetos	38-41
c) Clasificación en orden al tipo	41-42
d) Atipicidad	42-43

C A P I T U L O I V

ESTRUCTURA DEL DELITO DE INCESTO (CONTI- NUACION)	45
a) Antijuridicidad y causas de licitud	47

C A P I T U L O V

ESTRUCTURA DEL DELITO DE INCESTO (CONTI- NUACION)	49
a) Culpabilidad en este delito	51
b) Inculpabilidad	52-55
c) Condiciones objetivas de punibilidad	56
d) Punibilidad y su aspecto negativo	56-58

C A P I T U L O V I

FORMAS DE APARICION DEL DELITO	59
a) Consumación	61
b) Tentativa	61-62
c) Concurso de delitos	63
1o. Incesto y estupro	63-65
2o. Incesto y violación	65-67
3o. Incesto y rapto	67
d) Concurso de personas en el delito	67-68

La impresión de este trabajo se inició
el día 20 de septiembre de 1968,
habiéndose concluído el día
16 de noviembre del
mismo año.