

377
2y

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGON

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE INCESTO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE;
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
MA. GUADALUPE SOTO ESPINOZA.

SAN JUAN DE ARAGON - ESTADO DE MEXICO, 1989.

FALLA DE ORIGEN



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.

CAPITULO I

	pág.
1.- LA CONDUCTA.	
A.- La conducta en el delito de incesto.....	4
1.- Concepto de conducta.....	4
2.- Concepto de Acción.....	7
3.- Elementos de la Conducta.....	12
B.- Formas de conducta.....	14
1.- Formas de conducta en nuestro delito.....	17
C.- Ausencia de conducta.....	21
1.- Concepto y aplicación al caso concreto.....	21
2.- Vis-absoluta.....	22
3.- Vis-maior.....	25
4.- Movimientos reflejos.....	26

CAPITULO II

1.- LA TIPICIDAD.	
1.- Tipicidad y tipo en el delito de incesto.....	32
2.- El tipo en el delito de Incesto.....	34
B.- Clasificación del delito de incesto en orden a los elementos del tipo.....	35
3.- El bien jurídico que proteger.....	39
4.- El objeto material.....	40
C.- Tipicidad.	
1.- La tipicidad en el delito de incesto.....	42
D.- Atipicidad en general.....	44
1.- La atipicidad en el delito de incesto.....	48

CAPITULO III

1.- LA ANTIJURIDICIDAD.	
1.- El fundamento y la naturaleza jurídica de la antijuridicidad.....	53
B.- Antijuridicidad formal o material.....	55

C.-	La antijuridicidad en el delito de incesto.....	57
D.-	Causas de Justificación.....	58
1.-	Definiciones de las causas de justificación.	61
2.-	Causas de justificación en el delito de Incesto.....	69

CAPITULO IV

A.-	La Imputabilidad como contenido de la culpabilidad...	71
B.-	Presupuestos de la culpabilidad.....	71
1.-	La imputabilidad.....	71
2.-	Imputabilidad en el delito a estudio.....	73
3.-	La inimputabilidad.....	75
C.-	La inimputabilidad en el delito a estudio.....	78
D.-	La culpabilidad en general.....	82
E.-	Formas de culpabilidad.....	85
F.-	La culpa.....	89
1.-	Elementos de la culpa.....	90
2.-	Diversas clases de culpa.....	91
G.-	La inculpabilidad.....	93

CAPITULO V

1.-	La punibilidad.....	101
1.-	Naturaleza jurídica de la punibilidad.....	101
A.-	La punibilidad en general.....	103
1.-	La punibilidad en el delito de incesto.....	104
B.-	Excusas absolutorias.....	105
2.-	Ausencia de punibilidad (excusas absolutorias)..	107
C.-	Iter criminis.....	109
1.-	Fases del iter criminis.....	110
2.-	Preparación.....	115
3.-	Ejecución.....	116
D.-	Presentación del delito.....	116
E.-	Tentativa en general.....	117

1.- Diversas formas de tentativa.....	121
F.- Consumación.....	123
1.- Consumación en el delito a estudio.....	124

CAPITULO VI

I.- Concurso.....	126
A.- Concurso de personas.....	126
1.- Autoría Mediata.....	128
2.- Autoría Inmediata.....	130
B.- CONCURSO DE DELITOS.....	132
1.- Concurso real o material.....	135
2.- Concurso ideal o formal.....	136

C O N C L U S I O N E S	140
-------------------------------	-----

B I B L I O G R A F I A	145
-------------------------------	-----

I N T R O D U C C I O N

El entrar al estudio del delito de incesto resulta de gran relevancia y por consiguiente al elaborar el presente trabajo nos lleva a meditar acerca de los problemas que puede traer como consecuencia dicho delito.

Porque no solamente dentro del marco jurídico trae consecuencias, sino que además existe la posibilidad en el caso de las mujeres de que estas puedan quedar preñadas y el producto de dicha relación nazca con malformaciones tanto físicas como mentales y no serían bien vistos en la sociedad en que vivimos y los mismos serían rechazados, lo cual traería serios problemas que se verían reflejados dentro de la misma, ya que estos individuos al verse rechazados recurrirían y se refugiarían en las drogas llevando asimismo conductas antisociales.

Además de que se iría perdiendo la pureza familiar y por lo tanto la existencia de la especie que es la que se trata de proteger.

Por lo tanto en el presente trabajo tiene la intención de dar una visión acerca de los requisitos y presump-

tos que debe de contener el delito de incesto, esto es las di
versas formas en que puede presentarse dicho ilícito, así co-
mo quienes pueden cometer la conducta delictiva, de la penali-
dad a que se hacen acreedores y sobre todo que se trata de un
delito en el cual debe de existir determinado grado de paren-
tesco para que se pueda configurar, porque de no ser así se -
estaría en presencia de otra conducta totalmente ajena.

C A P I T U L O I

1.- LA CONDUCTA

A.- La conducta en el delito de Incesto.

- 1.- Concepto de conducta.
- 2.- Concepto de acción.
- 3.- Elementos de la conducta.

B.- Formas de la conducta.

- 1.- Formas de conducta en este delito.

C.- Ausencia de conducta.

- 1.- Concepto y aplicación al caso concreto.
- 2.- Vis-Absoluta.
- 3.- Vis-Maior.
- 4.- Movimientos reflejos.

A.- La Conducta en el delito de Incesto.

Antes de entrar al estudio de la conducta debemos decir que el delito es un producto humano, y el cual debe de contener una serie de requisitos para ser considerado como hecho delictuoso, pues no toda conducta humana es considerada contraria a derecho.

En este capítulo trataremos los requisitos que debe de cumplir la conducta para ser considerada como ilícita.

1.- Concepto de conducta.

A continuación expondremos algunas consideraciones acerca de lo que debe entenderse por conducta, de sus presupuestos y de sus formas, en especial del delito contemplado en el artículo 272 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal.

Carrancá y Trujillo considera que la conducta "Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, - producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como afecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. Y si es negativo consistirá, -

en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, -
lo que también causará un resultado." (1)

Porte Petit nos señala, la conducta consiste "En un
hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario
(culpa)". (2)

Según Castellanos Tena la conducta "Es el comporta-
miento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a -
un propósito". (3)

Para Pavón Vasconcelos conducta "Es una actividad -
o inactividad voluntaria". (4)

Se ha dicho que el derecho valora conductas humanas
pero no las crea.

Raúl Eugenio Zaffaroni nos dice al respecto, la Ley
no crea la conducta por el simple hecho de describirla o indi

1. Carrancá y Trujillo, Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO. Parte General. Dé-
cima Tercera Edición, Editorial Porrúa. México, 1980, pág. 261.
2. Porte Petit Candaudap, Celestino. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL
DE DERECHO PENAL. Tomo I, 3a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., Méxi-
co, 1977, pág. 295.
3. CASTELLANOS TENA, Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PE-
NAL. Decimaprimer Edición. Editorial Porrúa, México, 1977, pág. 149.
4. PAVON VASCONCELOS, Francisco. MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. Ter-
cera Edición. Editorial Porrúa, México, 1974, pág. 159.

vidualizarla, la conducta es tal sin que la circunstancia de que un tipo la describa, afecte en nada su ser conducta. Por lo tanto en este sentido, la ley o su sanción significan, respecto de la conducta humana en general un acto de conocimiento. (5)

"El concepto causal de acción entiende primeramente a ésta como una cadena causal que es puesta en funcionamiento por una "voluntad" que se llega a definir como inervación muscular". (6)

Ignacio Villalobos al hablar de la conducta, hace referencia del acto como sinónimo de ésta, nos habla del acto en general; del acto humano y del acto jurídico.

"El acto siempre es la manifestación de una facultad en movimiento, facultad que se ejerce o se pone en juego para la realización que le es propia; es hacer, a diferencia de la capacidad de hacer, y por eso se suele contraponer la simple potencia al acto". (7)

5. Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO, Raúl. TEORIA DEL DELITO. Editorial EDIAR, S.A., Editora Comercial, Industrial y Financiera, Impreso en Argentina, 1973, pág. 81.
6. LIST-Beling. Citado por Zaffaroni Eugenio, Raúl. Op. cit. pág. 127.
7. VILLALOBOS, Ignacio. DERECHO PENAL MEXICANO, Parte General, Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, pág. 230.

Se dice que todo acto humano es, esencialmente, una manifestación de voluntad". (8)

Acto jurídico.- "Es el acto externo del hombre, típicamente, antijurídico y culpable". (9)

De lo cual se desprende que dicho acto es única y exclusivamente del hombre y que puede consistir en los movimientos corporales o abstención de los mismos.

Como vimos, el delito es ante todo un acto humano, - una modalidad jurídicamente trascendente de la conducta humana, una acción.

2.- Concepto de Acción.

Antes de pasar al estudio de lo que se debe de entender por acción es necesario hacer una breve referencia sobre la acción en el lenguaje ordinario.

La acción es el acto, la actividad, el hecho, la de-

8. VILLALOBOS, Ignacio. DERECHO PENAL MEXICANO, Parte General. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, pág. 230.

9. IBIDEM, pág. 234.

manda judicial, la acción criminal y muchos otras más.

A nosotros nos interesa que esa acción, acto, actividad o hecho sea humano y tenga trascendencia en el mundo del Derecho, para poder analizar dicha acción y decir si se está en presencia de una conducta delictiva o no.

"El delito es ante todo un acto humano, una modalidad jurídica trascendente de la conducta humana, una acción".

"La acción en amplio sentido consiste en la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado". (10)

La acción en amplio sentido comprende: a) Una conducta activa, un hacer positivo, la acción en estricto sentido: b) Una conducta pasiva, la omisión.

La acción (en sentido estricto) es un movimiento corporal voluntario, o en una serie de movimientos corporales, encaminados a la obtención de un fin determinado.

10. CUELLO CALON, Eugenio. DERECHO PENAL. Tomo I, Parte General. Editorial Bosch, Barcelona, 1953, pág. 321.

En la acción como un hacer activo concurren dos elementos: a) un acto de voluntad, b) una actividad corporal dirigida a la producción de un hecho que origina una modificación en el mundo exterior o el peligro de que ésta se produzca.

Por ejemplo si Juan dispara contra Pedro y le priva de la vida existe una modificación en el mundo exterior, (muerte de Pedro), pero si falla el tiro y no le causa la muerte sólo existe peligro de dicha modificación, estaremos en presencia únicamente del delito de Disparo de Arma de Fuego.

De lo anterior se desprende:

1.- " Los actos no voluntarios, cuando no existe un movimiento que no se realiza con pleno conocimiento o voluntad de aquel sujeto que lo ejecute no se puede hablar que existe una acción y por lo tanto no existe delito.

2.- Sólo los actos corporales externos constituyen acciones en sentido Penal. Como consecuencia de ello los pensamientos y voliciones criminales no constituyen actos delictivos.

3.- La acción como primera condición debe ser voluntaria, pues como se mencionó en el punto primero si no hay vo-

luntad no hay delito. (11)

Porte Petit prefiere llamar conducta o hecho al elemento adjetivo del delito, el cual sigue la descripción del tipo. No emplea la terminología acción porque no contiene o abarca la omisión, al ser su naturaleza contraria a ésta, pues la acción implica movimiento y la omisión todo lo contrario. En consecuencia si ambos términos son antagónicos uno de ellos no puede servir de género al otro. (12)

Antolisei al respecto nos dice, se entiende por acción no cualquier comportamiento humano, sino sólo la conducta del hombre manifestada a través de un hecho exterior, pero además no cualquier proceder exteriorizado del hombre es constitutivo de la acción, sino únicamente aquel que tiene trascendencia para el derecho. (13)

Otra definición de acción es la que nos da Riccio y nos dice: "El delito es acción, más la acción además de realizar una especie legal abstracta, prevista en la ley pe-

11. Cfr. CUELLO CALON, Eugenio. Op. cit., págs. 321, 322 y 323.
12. Cfr. PORTE PETIT, Candaudap Celestino. PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL. Dirección General de Publicaciones de la U.N.A.M. Hecho en México, pág. 164.
13. Cfr. ANTOLISEI, Francesco. MANUAL DE DERECHO PENAL. Editorial Othea Argentina, 1960; pág. 164.

nal, debe de ser culpable y no estar sujeta a ninguna causa de justificación." (14)

Giuseppe Maggiore indica: "Acción es una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce alguna mutución en el mundo exterior". (15)

No se puede hablar de una conducta dinámica y de una estática, entre actuar y abstenerse de obrar, en tanto la base de ambos es una determinación voluntaria.

La diferencia entre conducta y acción radica única y exclusivamente en la terminología, pues los autores le llaman de indistinta manera unos prefieren hablar de acción o de conducta y otros de hecho o acto, etc., pero en realidad casi la gran mayoría dan el mismo significado, cambiando como ha quedado asentado nada mas la terminología. Pero indudablemente, la mas acertada de las definiciones son las que nos dan Fernando Castellanos Tena y Raúl Carrancá y Trujillo, por ser explicitas y claras, y por consiguiente resultan de gran utilidad para el análisis del delito objeto de este estudio.

14. RICCIÒ comentado por PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. cit., pág. - 174.
15. GIUSEPPE, Maggiore. DERECHO PENAL. EL DELITO. Editorial Temis. Bogotá, 1954, págs. 309 a la 317.

3.- Elementos de la Conducta.

Generalmente se señalan como elementos de la conducta: Una manifestación de voluntad (acción u omisión), un resultado (formal o material) y una relación de casualidad.

Manifestación de voluntad: Esta manifestación de voluntad la refieren los autores a la conducta y no al resultado basta la voluntad referida al movimiento.

Welzel nos dice al respecto: "La acción humana es, por lo tanto, un acontecimiento 'finalista' y no solamente - 'causa', que la finalidad es 'vidente'; la causalidad es 'ciega'. En efecto la conducta, en Derecho Penal, no puede entenderse sino como conducta culpable. Por tanto abarca, querer la conducta y el resultado; de no ser así estaríamos aceptando un concepto de conducta limitada a querer únicamente el -- comportamiento corporal". (16)

La voluntariedad consiste en que el sujeto tenga - conciencia del hacer o no hacer que está llevando a cabo.

16. WELZEL, citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 154.

El Resultado: "El resultado no forma parte del acto, propiamente sino como su efecto o su consecuencia, integrándose con ambos el hecho delictuoso cuando se trata de un delito de resultado material". (17)

Es decir consiste en el cambio o mutación del mundo exterior que se produce como consecuencia de la conducta.

Lo importante es el acto, pues existen tipos que no necesitan resultado alguno, sino simplemente un actuar del agente que lo realiza.

Relación de Causalidad: "Todo acto causal, por el hecho de serlo, es relevante (en todos los órdenes) en cuanto a la producción del resultado, aún cuando las distintas causas tienen diversa importancia según el mayor o menor reflejo que hayan ejercido en la producción del resultado, debiendo entonces ser justipreciados como factores más o menos próximos de responsabilidad y de punibilidad". (18)

Castellanos Tena indica: "Entre la conducta y el resultado debe de existir una relación causal, es decir, el re-

17. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., págs. 234 y 235.

18. Ibidem. pág. 238.

sultado debe tener como causa un hacer del agente, una conduc
ta positiva". (19)

Por último Von Buri y su teoría de la equivalencia_ de las condiciones nos dice: "Todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y por ende todas son su - causa". (20)

De lo anterior se desprende que para que la conduc- ta se configure es necesario que el sujeto tenga conciencia o conocimiento del hacer o no hacer que está llevando a cabo y que con esas manifestaciones de hacer o no hacer produzca una mutación o cambio en el mundo exterior. Pero además es necesario que esas manifestaciones de voluntad sea la causa efi- ciente e inmediata del resultado.

B.- Formas de conducta.

Una vez estudiada la conducta, nos avocaremos a las formas de como se puede manifestar ésta.

La conducta debe de comprender las nociones de ac- ción y omisión.

19. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 156.

20. VON BURI, citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 156.

La acción según Ignacio Villalobos "Es aquella que se realiza por movimientos positivos del hombre". (21)

Castellanos Tena dice: "La acción se integra mediante una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión)". (22)

"La acción stricto sensu o acto. - La conducta humana manifestada por medio de un hacer efectivo, corporal y voluntario por ello se le denomina Voluntad de Causación". (23)

Estos delitos se dan siempre violando una ley prohibida. Ejemplo, el simple hecho de disparar un arma contra un semejante.

Los delitos de omisión consisten: "En no hacer algo que se debe de hacer". (24)

"La omisión y la comisión por omisión se conforman con una inactividad, diferenciándose en que en la omisión hay violación de un deber jurídico de obrar, en tanto en la comisión por omisión se van a violar dos deberes jurídicos, uno

21. Cfr. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 255.

22. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 148.

23. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. cit., pág. 263.

24. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 255.

de obrar y otro de abstenerse". (25)

En los delitos de comisión por omisión "Hay actos que violan una ley prohibitiva, pero en los que el resultado se obtiene a través de una omisión". (26)

"La omisión es la conducta humana manifestada por medio de un no hacer activo, corporal y voluntariamente, te niendo el deber legal de hacerlo". (27)

Concurren pues en la omisión tres elementos:

- a) Una voluntad
- b) Una conducta inactiva
- c) Un deber jurídico de obrar.

De las definiciones antes acotadas respecto a las formas de la conducta se desprende que la mayoría de los autores citados hacen referencia a una conducta de acción, omisión y comisión por omisión.

25. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 149.

26. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 255.

27. CARRANCA Y TRIJILLO, Raúl. Op. cit., pág. 264.

1.- Formas de Conducta en nuestro Delito.

Una vez estudiada la conducta en general, haremos referencia a la forma de conducta que se presenta en el delito de Incesto:

Antes de entrar a las formas de conducta en el delito a estudio haremos una breve referencia de lo que se debe entender por Incesto.

La palabra["]Incesto proviene del latín Incestus, es al decir de algunas opiniones, non castus; de acuerdo a otros tiene su origen en astus, que antiguamente significaba la cintura de Venus, que se daba a los casados cuando no había impedimento para la boda; de tal suerte que en un matrimonio contraído a pesar del impedimento era un matrimonio incestuoso. En la antigüedad, además de la relación sexual con parientes próximos, se comprendía en el incesto realizado con sacerdo--tes." (28)

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". (29)

28. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo V, Edit. Porrúa, S.A., México, 1985, pág. 64.

29. GARRAUD, citado por Alanís Vera, Esther. EL DELITO DE INCESTO. Editorial Trillas, México, 1986, pág. 14.

Para Maggiore "es la unión carnal entre personas de distinto sexo, ligadas por relaciones de parentesco o afinidad que constituyen impedimento absoluto de matrimonio". (30)

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." (31)

En la actualidad nuestro Código Penal en el artículo 272 contempla la hipótesis de incesto y las sanciones respectivas "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". (32)

El aludido tipo de incesto exige ante todo, de un presupuesto jurídico de hecho consistente en la existencia de cierto parentesco.

Es indudable que el carácter de presupuesto es impor-

30. MAGGIORE, citado por Alanís Vera, Esther. Op. cit., pág. 15.

31. CARRARA, citado por Alanís Vera, Esther. Op. cit., pág. 15.

32. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, CARRANCA Y RIVAS, Raúl. CÓDIGO PENAL ANOTADO. Editorial Porrúa, S.A., México, 1985, pág. 636.

tantísimo el cual estudiaremos en el tema correspondiente al tipo.

El hecho típico contenido en la descripción del artículo 272, relativo a la conducta, está en la realización del acto sexual que tengan los ascendientes con sus descendientes, así como entre hermanos.

Si tomamos en consideración lo antes expuesto es de notarse que el delito a estudio única y exclusivamente admite la forma de ACCION.

C.- Ausencia de Conducta.

1.- Concepto y aplicación al caso concreto.

La ausencia de conducta es uno de los aspectos negativos que impiden la configuración del delito y en particular de la conducta, elemento esencial del delito. Es decir habrá ausencia de conducta cuando falten alguno de los elementos constitutivos de la conducta, consecuentemente hay ausencia, cuando:

- I.- Falta el hacer o no hacer,
- II.- Habiendo el hacer o no hacer no hay resultado sea jurídico o material,
- III.- Cuando habiendo un hacer o no hacer y un resultado no existe el nexo entre ambos,
- IV.- Falta la voluntariedad referida al hacer o no hacer.

Esta hipótesis se puede presentar en cualquiera de las formas siguientes: En caso de Vis-absoluta o fuerza física exterior irresistible, a la cual se refiere la fracción I del artículo 15 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal. "Obrar el acusado por una fuerza física exterior irresistible".

Se ha cometido el error técnico de considerarla como excluyente de responsabilidad cuando constituye un aspecto negativo del delito, hipótesis sintetizada en "Nullum crimen sine actione", no es excluyente, pues no se refiere a las fuerzas de la naturaleza actuando irresistiblemente sobre el hombre, sino a las humanas actuando en contradictorio juego.

No existe delito por ausencia del elemento moral o subjetivo (intencional o imprudencial) si la conducta no reúne los elementos característicos del delito, resulta redundante.

considerarla como causa de incriminación. La fuerza irresistible se clasifica como inexistencia del delito por ausencia de acción, conforme a la dogmática penal.

También hay aspecto supralecales que anulan la conducta, la ley no los regala, por ello adquieren ese carácter; en esta situación se encuentra la Vis-Maior y fuerza mayor y los movimientos reflejos, en donde falta el elemento volitivo.

La Vis-Absoluta deriva del hombre, y la Vis-Maior se origina en la naturaleza, es energía no humana, los movimientos reflejos son movimientos corporales involuntarios.

Se ha llegado a considerar como aspectos negativos de la conducta al sueño, hipnotismo y al sonambulismo, en donde el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, se encuentra en un estado en el cual su conciencia está suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias.

En el sonambulismo algunos autores consideran que si existe conducta pero falta una verdadera conciencia, el sujeto se rige por imágenes externas o por estímulos somáticos - o psíquicos productivos de un estado de inconciencia que no corresponde a la realidad. En el hipnotismo existe en el individuo una obediencia automática hacia el sugestionador.

En el sueño puede haber ausencia de conducta pero también puede suceder que el sujeto prevea entregarse al sueño, existirá inimputabilidad si entre el sueño y la vigilia - existe un oscurecimiento de la conciencia y una facilidad de asociación de la realidad con las ilusiones, que hagan al sujeto ejecutar actos mal interpretados y típicos penalmente.

2.- VIS-ABSOLUTA

La fuerza física irresistible viene a ser un aspecto negativo de la conducta, éste involucra una actividad e inactividad voluntaria, un movimiento corporal que realiza - el sujeto, o una inactividad voluntaria.

Carrara nos da la siguiente definición: "El hombre que obra a la fuerza... no es la causa de la infracción sino lo es la fuerza que se vale de su cuerpo como instrumento para una acción en la cual él permanece internamente pasivo, no hay intención ni acción". (33)

Para Raúl Zaffaroni "El que obrare violentado por una fuerza física irresistible debe entenderse una fuerza de entidad tal que haga al sujeto incapaz de dirigir sus movi-

33. ~~CARRARA~~ citado por Villalobos, Ignacio. Op. cit., pág. 348.

mientos, o sea, que lo haga obrar mecánicamente". (34)

Si el sujeto se halla compelido por una fuerza de tales características puede ser perfectamente imputable, si posee salud y desarrollo mentales para comportarse en el campo jurídico penal, como persona capaz. En cambio la conducta que desarrolla un sujeto como consecuencia humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir manifestación de voluntad. (35)

Pacheco nos dice al respecto: "Quien así obra no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento. Quien es violentado materialmente (no amedrentado, no cohibido, sino forzado de hecho) no comete delito, es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera". (36)

Villalobos nos dice: "Cuando los movimientos realizados por una persona, no son provenientes o regidos por su voluntad. Ese sujeto que los realiza tiene en su favor en caso de ser acusado una excluyente de responsabilidad por falta de acto suyo." (37)

34. ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Op. cit., pág. 146.

35. Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 162.

36. PACHECO citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 162.

37. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 347.

Pessina la define de la siguiente manera: "Cuando el hombre queda sometido a una fuerza material mayor que la suya es causa aparente, no verdadera... Aquel cuya mano ha sido sujeta a la fuerza para matar a otra persona, no obra sino que permanece pasivo en el hecho criminoso, a pesar de su intervención en el mismo". (38)

Un ejemplo sería, cuando el sujeto es violentado físicamente a escribir una injuria o el dar un golpe a otra persona, o aquel sujeto que se ve atacado por facinerosos que le impiden hacer lo que tenía que hacer y que él quisiera cumplir.

La fuerza física irresistible hace que el individuo realice un hacer o un no hacer, sin querer ejecutarlo.

En consecuencia, si hay fuerza irresistible, la actividad o inactividad forzadas, no pueden constituir una conducta por faltar uno de sus elementos, la voluntad.

Se desprende de la Vis-Absoluta los siguientes elementos:

a) Una fuerza

38. PESSINA, citado por Villalobos, Ignacio. Op. cit., pág. 348.

- b) Física
- c) Humana
- d) Irresistible

3.- LA VIS-MAIOR

"Es una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza y que elimina la conducta, tal puede ser viento, aluvión corriente de agua, caída de un árbol". (39)

"Es una fuerza proveniente de la naturaleza donde no existe "acto" de persona alguna ni, por consiguiente, delito." (40)

Tendríamos como ejemplos, cuando un rayo destruye toda comunicación al exterior que existe una imación y debido a esto se causan muchos daños.

O cuando un ciclón derriba de la azotea a su sujeto y lo hace caer en otra casa ocasionándole daños, en ambos casos se estará en presencia de la Vis-Maior.

39. ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Op. cit., pág. 148.

40. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 348.

Es una de las hipótesis de ausencia de conducta, - debiéndose entender por la misma cuando el sujeto realiza una actividad impulsado por una fuerza física irresistible sub-humana, en consecuencia sus elementos son:

- a) Una fuerza.
- b) Física.
- c) Sub-humana.
- d) Irresistible.

Si comparamos la Vis-Absoluta y la Vis-Maior se observa en ambas ausencia de voluntad y por ello la fuerza mayor igualmente constituye un aspecto negativo de la conducta, la diferencia entre ambas es la procedencia de la fuerza.

4.- Movimientos reflejos.

"Los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios (si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos ya no funcionan como factores negativos del delito)". (41)

41. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 164.

Los movimientos reflejos "son movimientos que se realizan sin la voluntad del acusado". (42)

El ejemplo en este caso sería cuando el sujeto rompe un objeto valioso en un ataque convulsivo involuntario, o como efectos de movimientos reflejos, que nada tienen que ver con su voluntad ya que están fuera de su dominio.

Constituyen un aspecto negativo de la conducta, es decir no hay forma de ésta; acción, porque falta la voluntad. Sin embargo puede suceder que, a pesar de encontrarnos ante un movimiento reflejo, existe conducta y culpabilidad por parte del sujeto activo en su segunda forma o especie haber previsto el resultado con la esperanza de que no se realizaría, no lo previó debiéndolo haber previsto, presentándose tanto la culpa como representación.

Son movimientos corporales involuntarios que anulan la voluntad del sujeto, no existe el elemento volitivo.

La ausencia de conducta en este delito se da siempre y cuando el agente realiza o deje de realizar las conductas que plasman el tipo, sin que medie voluntad para ello.

42. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 350.

La ausencia de conducta en el delito de Incesto se puede presentar únicamente en la Vis-Absoluta, porque como sa vemos ésta consiste en el obrar del sujeto activo debido a una fuerza física externa extraña que le obliga a ello, dicha fuerza proviene de la acción humana, un ejemplo sería:

Cuando el descendiente (hijo) es hipnotizado y sin tener plena conciencia de sus actos, ni mucho menos se puede hablar de una voluntad, es obligado de acuerdo en el estado que se encuentra a tener relaciones sexuales con su ascendiente (padre).

En el ejemplo anterior se tipifica la conducta pero falta el elemento volitivo, ya que el descendiente fue obligado por su ascendiente a realizar el hecho delictivo.

·La Vis-Maior.- Dentro de éste presupuesto no puede concebirse la idea de que se llegara a dar el delito de Incesto debido a que la fuerza proviene de la naturaleza.

Los movimientos reflejos tampoco pueden darse en el delito a estudio, son movimientos corporales involuntarios y para que se den en este delito es necesario que el sujeto obre con pleno conocimiento de causa.

C A P I T U L O II

1.- LA TIPICIDAD.

A.- Tipicidad y Tipo en el delito de Incesto.

1.- El tipo en el delito de Incesto.

B.- Clasificación del delito de Incesto en orden a los elementos del tipo.

1.- Un sujeto activo.

2.- Un sujeto pasivo.

3.- Un bien jurídico que proteger.

4.- El objeto material.

C.- Tipicidad.

1.- La tipicidad en el delito de Incesto.

D.- Atipicidad en general.

1.- La atipicidad en el delito de Incesto.

A. - TIPICIDAD Y TIPO EN EL DELITO DE INCESTO.

Es muy común oír decir que en el Código Penal existan delitos, pero es falso, el delito pertenece al mundo fáctico, al mundo de los hechos en donde se requiere una conducta o hecho humano, pero no necesariamente con realizar esa conducta o hecho humano va a ser considerada como delito, si no se precisa que esa conducta se adecúe a la descripción hecha por el legislador para considerarse delictiva, por lo tanto en el Código Penal sólo existen tipos penales; a continuación señalaremos los conceptos vertidos sobre el tipo penal.

Ignacio Villalobos nos da una descripción de lo que se debe entender por tipo: "Es la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial". (43)

Para Edmundo Mezger "Tipo es el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal". (44)

43. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 268.

44. MEZGER, Edmundo. DERECHO PENAL. Parte General. Sexta Edición Tipográfica. Editora Argentina, Buenos Aires, 1958, pág. 145.

Mariano Jiménez Huerta, en su obra intitulada la "Tipicidad" la conceptúa" como el injusto recogido y descrito en la ley penal". (45)

Para Porte Petit Candaudap "Tipo es una conducta o hecho descritos por la norma". (46)

Por último Castellanos Tena señala acerca del tipo: "Es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos legales". (47)

Consideramos esta definición como la más adecuada por que nos da una concepción más amplia de lo que se debe entender por tipo.

Por consiguiente consideramos que, el tipo es la descripción hecha por el legislador de una conducta, plasmán dola en los preceptos legales.

-
45. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 243.
 46. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL. Tomo I, 3a. Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1977. pág. 424.
 47. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 165.

1.- EL TIPO EN EL DELITO DE INCESTO.

El motivo de estudio se encuentra plasmado en el artículo 272 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal y el cual a continuación se transcribe:

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 éstos últimos será de seis meses a tres años de prisión.

Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos".

El tipo exige de un presupuesto jurídico de hecho el cual consiste en la existencia misma de la relación sexual que tienen los ascendientes con sus descendientes, así como entre hermanos.

Desde nuestro punto de vista no estamos de acuerdo con la pena aplicable a los descendientes toda vez que, se -

está ante la presencia de sujetos de Derecho, los cuales tienen la capacidad legal de querer y entender el hecho punible por ende no es correcta la pena aplicable a los descendientes, la cual debería de ser modificada y quedar igual a la de los ascendientes.

Por otro lado, consideramos que en esta figura delictiva también se debería de regular la relación sexual -- que tienen los ascendientes con sus descendientes cuando -- estos últimos son menores de edad.

B.- CLASIFICACION DEL DELITO DE INCESTO EN ORDEN A LOS ELEMENTOS DEL TIPO.

Es importante hablar de los elementos del tipo -- porque siendo el delito un acto humano, aquel quien realiza dicha conducta va a ser un sujeto activo o agente del -- delito, mediante una acción u omisión, y esa conducta va a recaer sobre una persona o cosa. Sin los elementos del tipo no se podría concebir la idea de la existencia de un delito, por qué entonces, ¿Quién la realizaría? o sobre -- ¿Quién recaería?

Según Ricardo Franco Guzmán y Pavón Vasconcelos -

el tipo se encuentra integrado por tres clases de elementos:

1.- "Elementos Objetivos. Son aquellos que describen la conducta o el hecho y que son susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento. Por lo general este elemento constituye el núcleo del tipo, cuando por medio del verbo, describe una acción una omisión, pero también forman parte de él todos los procesos, estados o referencias conectadas a la conducta.

2.- Elementos Subjetivos. Son referencias especiales conectadas con el dolo y dirigida a la realización de la parte objetiva del tipo, que están vinculando con el propósito y el fin del agente.

Es decir para nosotros el elemento subjetivo, consiste en la marcada intencionalidad, negligencia o descuido que debe manifestar el sujeto al realizar la conducta o bien el conocimiento de algunas circunstancias del hecho, conocimiento de las características del sujeto para desarrollar su conducta.

3.- Elementos Normativos.- Son características implícitas en el tipo que determina una especial valoración

jurídica o cultural, por parte del juzgador". (48)

Es decir, consiste en satisfacer aquellos requisitos de orden jurídico, necesarios para la congregación o caracterización de la conducta.

En el delito de Incesto los elementos del tipo son:

- 1) Un sujeto activo
- 2) Un sujeto pasivo
- 3) Un bien jurídico que proteger
- 4) Objeto material.

El sujeto activo según Ignacio Villalobos: "Si este es un acto humano, la descripción esencial de cada una de sus especies debe referirse al sujeto activo o agente del delito; al verbo representativo de la acción (u omisión) que es núcleo del tipo, y al complemento que puede ser una persona o una cosa, como sujeto pasivo u objeto del delito".

(49)

48. FRANCO GUZMAN, Ricardo y PAVON VASCONCELOS, Francisco. ANALES DE JURISPRUDENCIA. Enero-Febrero-Marzo, 1971, pág. 282.

49. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 270.

"Sujeto activo del delito, si éste es un acto humano o exteriorización de una voluntad, ha de ser siempre un -- hombre representante de la especie humana, cualquiera que sea su sexo y sus condiciones particulares y accidentales. Con este sentido se debe entender la fórmula; el que prive de la vida a otro; el que se introduzca a una vivienda que no es la suya, etc.". (50)

El sujeto activo es aquel que realiza la conducta - descrita en el tipo y que en términos generales sólo la persona física puede hacerlo.

"El sujeto pasivo de un delito es siempre la sociedad cuando se afectan bienes jurídicas instituidas para la vida ordenada, pacífica y progresiva de sus componentes o de la comunidad misma; o el Estado tomando como forma política de organización, en los delitos políticos, y a través de ese Estado la sociedad misma". (51)

Sujeto Pasivo.- Este es la persona física o moral titular del bien jurídico protegido y que resulta afectada en virtud de la conducta desarrollada por el activo.

50. *Ibidem.*, pág. 270.

51. VILLALOBOS, Ignacio. *Op. cit.*, pág. 279.

EL BIEN JURIDICO QUE PROTEGER

El delito es lesión de un bien jurídico penalmente tutelado es porque en la figura típica se tutela dicho bien". (52)

Maurach afirma que: "El bien jurídico constituye el núcleo de la norma y el tipo "y que" todo delito amenaza un bien jurídico". (53)

"El bien jurídico, es un elemento del tipo, y precisamente el que justifica la existencia de la norma jurídica penal". (54)

Porte Petit nos dice que: "Bien jurídico.- Es el valor tutelado por la ley penal". (55)

Nosotros consideramos que el bien jurídico protegido, es el interés social que se pretende proteger mediante

52. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. DERECHO PENAL MEXICANO. Tomo II, Introducción al Estudio de las Figuras Típicas. 3a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980, pág. 120.
53. MAURACH. Citado por JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Op. cit., pág. 121.
54. ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga y RAMIREZ HERNANDEZ, Elpidio. Citados por ALVAREZ TAPIA, Heriberto. Los Elementos Subjetivos y -- Normativos del Tipo. Revista Jurídica Veracruzana No. 1, enero-febrero, marzo, año, 1971, pág. 17.
55. PORTE PETIT CANDALDAP, Celestino, Op. cit., pág. 443.

la norma y para con ella conservar el orden social.

EL OBJETO MATERIAL

"Cuando el acto recae sobre una cosa, se dice que esta es el objeto material o de la acción; teniéndose siempre como objeto jurídico o de protección, el bien o la institución social amparada por la ley y afectada por el delito, como la vida, la libertad, el honor, etc., ya se dijo antes que este objeto de protección constituye la línea directriz para la interpretación de la ley penal relativa a cada delito".(56)

El objeto material, se puede decir que es el ente corporeo que ocupa un lugar tanto en el tiempo como en el espacio y sobre del cual va a recaer la conducta realizado por el activo.

1.- EL SUJETO ACTIVO

A continuación se hace referencia de quienes cometen el delito de Incesto, de la calidad del sujeto que debe de tener para cometer dicho ilícito.

56. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 279.

El artículo 272 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal nos dice: Que el delito de Incesto consiste en la relación sexual que tengan los ascendientes con sus descendientes, así como entre hermanos.

El sujeto activo es en este delito el ascendiente o el hermano única y exclusivamente. Ya que si lo realizan otras personas ajenas a las mencionadas en el tipo penal no se puede hablar del delito de Incesto y se estará en presencia de otra figura delictiva diferente al incesto.

2.- EL SUJETO PASIVO.

En este delito podemos decir que el sujeto pasivo será única y exclusivamente el descendiente o hermano, porque al igual de realizarlos otras personas distintas a las mencionadas se estará en presencia de otra conducta totalmente ajena a la del delito en estudio.

Se debe entender que la línea de parentesco es sólo la de consanguinidad y no la de afinidad ni la civil. Debe de tomarse en cuenta que la ley no distingue por lo que puede tratarse de padres comunes (germanos), de madre común, uterinos o sólo de padre común.

Por lo que en este delito tanto el sujeto pasivo - como el activo puede ser el hermano sin mencionar que sea de padre común o uterino.

3.- EL BIEN JURIDICO QUE PROTEGER

El bien jurídico a proteger en el delito de Incesto es el de la conservación de especie o la seguridad de la desendencia sin taras. Es decir la pureza familiar y las buenas costumbres.

4.- EL OBJETO MATERIAL

El objeto material es donde se concretiza la acción criminal del sujeto activo del delito.

Es el ente jurídico sobre quien recae la acción.

En el delito motivo de este ensayo debemos decir - que el objeto material va a ser el cuerpo humano de los sujetos que lleven a cabo dicha conducta.

C.- TIPICIDAD

A continuación nos ocuparemos del estudio de la ti

picidad, necesaria en la integración del delito, al ser un elemento esencial, sin el cual no se puede hablar de la configuración.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales, cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Carta Magna en su artículo 14, establece, "En los juicios del 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 que se trata", lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

Para Castellanos Tena la Tipicidad "Es la adecuación de una conducta concreta con la descripción hecha en la ley". (57)

Tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.

Francisco Pavón Vasconcelos señala, la tipicidad dado el presupuesto del tipo, que define en forma general y

57. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 166.

abstracta un comportamiento humano es "La adecuación de la conducta o del hecho o la hipótesis legislativa". (58)

Para Celestino Porte Petit, la tipicidad "Es la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo, nullum crimen sine tipo". (59)

Por nuestra parte señalaremos que la tipicidad se presenta cuando se concretizan todos y cada uno de los elementos exigidos por el tipo, cuando no se da la adecuación o encuadramiento de la conducta al tipo penal, ahora bien - cuando falta alguno de los elementos del tipo estaremos en presencia de la Atipicidad.

Resumiendo podemos decir que la tipicidad se va a dar cuando se realizan todos y cada uno de los elementos exigidos por el delito.

1.- LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE INCESTO.

Para que la tipicidad se de en el delito de Incesto es necesario que quien realiza la conducta se encuentre perfectamente encuadrada con la descripción hecha en la ley,

58. PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. cit., pág. 261.

59. PORTE PETIT CANDALDAP, Celestino. Op. cit., pág. 471.

en este caso en el artículo 272 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal.

Es la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.

Es la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

Es la adecuación de la conducta al tipo.

Un ejemplo sería de acuerdo al artículo 272 del Código Penal que el sujeto activo de la conducta tenga la calidad de ascendiente, ("...al ascendiente que tenga relaciones sexuales con su descendiente..."). Aquí se encuadra perfectamente el sujeto a las definiciones de la tipicidad.

En concreto debemos decir que la tipicidad en el delito a estudio se va a dar cuando la relación sexual se realiza por dos personas que se encuentran ligadas por lazos de parentesco tanto en línea ascendente como descendente o bien, la colateral de 2o. grado, o sea cuando son hermanos.

La tipicidad de la conducta descrita en el artículo 272 está "Condicionada a la no existencia de motivo justificado".

ficado" para el incestuoso.

En realidad, aunque a prima face parece ser que esta expresión incurra un elemento normativo, cuando se profundiza sobre su alcance se llega a la conclusión de que su sentido es ambivalente, pues no siempre es un elemento típico de antijuridicidad, en donde se encuentra dicha frase, pues también quedan comprendidas en ellas algunas situaciones subjetivas determinadas de la inculpabilidad agente.

C.- ATIPICIDAD EN GENERAL.

La atipicidad es el aspecto negativo de la tipicidad y se da cuando no se colman los elementos descritos en el tipo penal. Por consiguiente será la inadecuación de la conducta desarrollada por el agente al tipo penal; si la conducta no es típica entonces no será delictiva y al no existir tipicidad no hay delito, por ser éste elemento esencial de aquel.

La ausencia de tipicidad surgirá cuando existiendo la descripción legal o tipo, la conducta desarrollada no se adecúa a la misma, requisito para la configuración del delito, la adecuación de la conducta con la descripción he-

cha por el legislador.

En consecuencia si la conducta desarrollada por el agente no cubre los requisitos descritos en el tipo, estaremos en presencia de la atipicidad.

Las causas de atipicidad serán las siguientes:

A) Ausencia de la calidad exigida por la ley tanto en el agente pasivo como el activo; la descripción legal se refiere a la calidad de los sujetos, tal es el caso en el delito en estudio, en donde se requiere que el sujeto activo, sea el ascendiente o hermano y el pasivo el descendiente o hermano.

B) Por no existir las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo, en ocasiones el tipo legal establece condiciones de comportamiento en cuanto al lugar y tiempo, y al no llevarse a cabo las condiciones establecidas, provocan la atipicidad, tal es el caso como el delito de robo en despoblado o con violencia.

C) Asimismo, al no llevarse a cabo por los medios comisivos específicamente señalados en la ley, como la ejecución del acto con violencia física o moral.

D) Por la falta de los elementos subjetivos requeridos en el tipo, constituyen referencias típicas a la voluntad del agente, o al fin que se persigue, como los conceptos "intencionalmente", "a sabiendas" y "con el propósito".

E) Por no darse en su caso la antijuridicidad especial, como por ejemplo en donde "sin motivo justificado" - se introduce alguien a su domicilio, solamente fuera de los casos que la ley los permite, al obrar justificadamente con permiso legal no colmándose al tipo.

1.- LA ATIPICIDAD EN EL DELITO DE INCESTO.

Puede presentarse:

a) Por falta de calidad en el sujeto activo (relación de parentesco) en donde la conducta la realiza un pariente por afinidad, en el caso en que solamente la puede realizar un ascendiente o hermano.

b) Por falta de calidad en el sujeto pasivo (relación de parentesco) en donde no sea el descendiente o hermano, en donde no se afecte la pureza familiar es decir -- cuando haya parentesco civil.

c) Por falta del deber jurídico impuesto por la Ley.

d) Por falta del presupuesto de naturaleza material "Falta de calidad en el sujeto pasivo o activo", quiere decir, cuando los sujetos no tengan relación de parentesco - entre sí al que se refiere el artículo 272 del Código Penal, en otros términos, el tipo está exigiendo un presupuesto de la conducta de naturaleza jurídica.

Como se dijo habrá atipicidad, si la conducta que realiza el agente no encuadra dentro del tipo legal del artículo 272 al referirse "Comete el delito de Incesto el ascendiente que tenga relaciones sexuales con su descendiente o bien entre hermanos", si no existe la calidad de ascendiente o hermano no existirá atipicidad.

C A P I T U L O I I I

1.- LA ANTIJURIDICIDAD

- A.- La Antijuridicidad en general.
- B.- La Antijuridicidad formal o notarial.
- C.- La Antijuridicidad en el delito de Incesto.
- D.- Causas de justificación.
 - 1.- Causas de justificación en el delito a Estudio.

1.- LA ANTIJURIDICIDAD.

Para estudiar la antijuridicidad es necesario hacer un repaso de que se entiende por ella en general, y su importancia para efectos del presente estudio.

Por antijuridicidad debe entenderse, la violación a los valores objetivos que el Estado ha creado para la conservación del orden social; es todo lo contrario a derecho, tan es así que la mayoría de los autores al referirse a ella nos dan una idea, en sus definiciones, como es el ejemplo de las siguientes:

"Es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas de derecho"
(60)

En opinión de Castellanos Tena "La antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario a derecho". (61)

60. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. cit., pág. 267.
61. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 175.

Por su parte Luis Jiménez de Asúa al referirse a este elemento expresa: "Por tanto el hecho no basta que encaje descriptivamente en el tipo que la ley haya previsto, sino que se necesita que sea antijurídico contrario a derecho".

(62)

Para Rafael de Pina, en su diccionario de derecho nos dice: "La antijuridicidad es la contradicción al derecho o ilicitud jurídica". (63)

Raúl Carranca y Trujillo define la antijuridicidad como la continuación entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el estado. (64)

La antijuridicidad, es el aspecto más relevante del delito de tal importancia es considerada, que para algunos no es un mero carácter o elemento del mismo, sino en última esencia su intrínseca naturaleza.

Max Ernesto Mayer nos dice, la antijuridicidad "Es la contradicción a las normas de cultura reconocida por el -

62. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Op. cit., pág. 267.

63. DE PINA VARA, Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO. Sexta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1977, pág. 72.

64. Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. cit., pág. 337.

Estado". (65)

Este actuar como es de notarse en su definición se aparta del concepto eminentemente jurídico, al darle un contenido ético a su descripción, fincado en la cultura, como son la costumbre, los sentimientos patrios, religiosos, etc.

Por nuestra parte decimos que una conducta es anti jurídica cuando con su realización se violan el deber jurídico implícito en la norma y se lesiona un bien jurídico prote gido por la misma.

EL FUNDAMENTO Y LA NATURALEZA JURIDICA DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Al señalar las definiciones de la antijuridicidad no basta decir que es todo lo contrario a derecho, pues se ha venido repitiendo, la esencia de la delictuosidad es, to da ella, oposición al derecho.

La valoración de los actos es netamente objetiva; un ejemplo sería el homicidio, este es antisocial inconve--

65. MAYER, Ernesto Max. Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 177.

niente; el homicidio por consiguiente viene a ser un desvalor jurídico o un antijurídico.

Por lo tanto es acertada la definición que nos da Ignacio Villalobos de la antijuridicidad, "Es la violación de las normas objetivas de valoración". (66)

Y no van a importar los rasgos subjetivos de aquel o de quien cometa ese ilícito penal; ya sea un menor, un sujeto normal, un enajenado, etc., el homicidio siempre será antijurídico.

Si lo comete un menor o un enajenado, no serán delictuosos estos actos por la falta del elemento subjetivo de culpabilidad, pero como ha quedado asentado, sí serán esos actos plenamente antijurídicos por violar las normas objetivas de valoración.

Se considera que la concepción valorativa de antijuridicidad es la más correcta, pues en el desarrollo de este delito hemos señalado, la conducta debe considerarse antijurídica cuando lesiona un bien jurídico; además está ofendiendo las ideas valorativas de la actividad.

66. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 261.

B.- ANTIJURIDICIDAD FORMAL O MATERIAL.

Ahora bien la antijuricidad es la oposición al derecho; y como el derecho puede ser legislado, declarado por Estado y formal, o bien de fondo, de contenido material, también de la antijuricidad se puede afirmar que es formal, - por cuanto se opone a la ley del Estado, y material por cuanto afecta los intereses protegidos por dicha ley.

"No es preciso pensar, por supuesto, que cada especie de antijuricidad formal o material, excluye a la otra por el contrario, de ordinario van unidas a ambas y son, de acuerdo con su naturaleza y de su denominación, una forma y la otra el contenido de una misma cosa". (67)

Esto viene a sintetizarse en la violación de esas obligaciones o también puede decirse que es el ataque a esos Derechos como el atentado contra esas normas jurídicas, esto proporciona el carácter de antijuricidad material, al violar intereses vitales de la organización social; intereses - que al ser protegidos por la organización jurídica, viene a

67. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 259.

constituir una institución o un bien jurídico y por eso se dice, en una sociedad jurídicamente organizada o en un estado, el antijurídico material o el contenido de la antijuridicidad en la lesión opuesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos, o en el sólo atentado contra el orden instituido por los preceptos legales. (68)

En conclusión de todo esto mencionado en forma concreta, la antijuridicidad formal; es la violación objetiva de la norma. Y la antijuridicidad material: la podemos definir como el daño o el peligro del bien jurídicamente protegido.

Puede decirse en forma metafórica que puede asemejarse la antijuridicidad formal o material, como si fueran las dos caras de una misma moneda.

Después de este breve estudio, se llega a la conclusión de no estar de acuerdo con las ideas de Luis Jiménez de Asúa, pues éste no está conforme con el dualismo, por considerar que no existe antijuridicidad formal, pero nos pode-

68. Cfr. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 259.

mos apegar o adherir a las ideas de la mayoría de los autores como son: "Ignacio Villalobos", "Cuello Calón" y "Franz Von Liszt", quienes si consideran en los estudios de ésta como una doctrina dualista en donde existe antijuridicidad formal y material, pues la tipicidad, y ambas antijuridicidades son tres cosas distintas e importantes cada una.

Como ejemplo de la antijuridicidad material tendríamos en el caso que nos ocupa a estudio que el daño causado sería a la familia en cuanto a la conservación de la especie, dañando con esto el bien jurídicamente protegido.

Y como ejemplo de la antijuridicidad formal sería cuando un sujeto (ascendiente o hermano) realiza la actividad enmarcada en el artículo 272 del Código Penal, porque con esta actividad viene a violar objetivamente a la norma.

C.- LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DE INCESTO.

Se ha visto, que la conducta típica del delito de Incesto, pasará a ser antijurídica cuando no se encuentre amparada por alguna de las causas de justificación.

El artículo 272 del Código Penal, al mencionar que:

al ascendiente que tenga relaciones sexuales con su descendiente... o bien que esta relación sexual sea llevada a cabo entre hermanos, nos expresa que dicha antijuridicidad se presenta cuando la conducta de relación sexual es llevada por personas ligadas por el lazo de parentesco dentro del cuarto grado.

"En consecuencia la conducta, en este delito será antijurídica cuando, siendo conforme al tipo descrito por la ley, no está el sujeto amparado por una causa de justificación. Por ello expresa Manzine, el hecho es punible naturalmente sólo cuando presente el carácter de ilegitimidad". (69)

En concreto, la antijuridicidad se dará en este delito a estudio cuando se realice todo lo contrario o estipulado en el derecho para proteger la conservación de la especie.

D.- CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Como ya hemos visto, a la luz de la teoría tetra-tómica, cada elemento tiene su aspecto negativo, siendo en -

69. FORTE PETIT CANDALIDAP, Celestino. Op. cit., pág. 349.

la antijuridicidad, las que permiten a la conducta realizada por el sujeto, aun siendo típica, ser lícita o jurídica, por estar amparada por una causa de justificación. Cuando se -- presentan estas causas no existe antijuridicidad y por lo tan to no hay responsabilidad del sujeto activo.

A continuación se harán algunas consideraciones de diversos autores acerca del problema en estudio.

Ignacio Villalobos nos da la siguiente definición "Las excluyentes de responsabilidad, son, pues condiciones - excepcionales que concurren a la realización de un hecho típico del derecho penal, por las cuales el acontecimiento deja de ser delictuoso, a pesar de su tipicidad, y por lo tanto - no produce la responsabilidad que es inherente al delito". (70)

Por su parte Porte Petit señala, existe una causa de licitud "cuando la conducta o hecho siendo típico son per mitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de su sencia de interés o de la existencia de un interés preponde- rante". (71)

70. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 335.

71. PORTE PETIT CANDAUAP, Celestino. Op. cit., pág. 493.

Por otra lado Jiménez de ASúa las define como causas de impunidad o excusas absolutorias. "Las que hacen a un acto típico antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública". (72)

Castellanos Tena nos dice: "Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica" (73). Y es que viene a representar un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber la antijuridicidad.

En nuestro derecho se encuentran consagradas las causas de justificación en el artículo 15 fracciones III, IV, VII y VIII referentes a la legítima defensa, el estado de necesidad, la obediencia jerárquica, ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber y el impedimento legítimo.

Nos adherimos a la opinión del profesor Ignacio Villalobos pues las causas de justificación son excluyentes de responsabilidad. Aún realizándose los actos tendientes a la

72. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., pág. 433.

73. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 181.

comisión del hecho delictuoso, por las condiciones excepcionales que concurren a la realización del mismo, el sujeto activo no tiene responsabilidad. La definición del autor antes citado, se considera la más completa y precisa, la cual está de acuerdo con el punto de vista expuesto acerca de lo que debe entenderse por causas de justificación.

DEFINICIONES DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Legítima Defensa.- Está regulada por nuestro Código Penal en su artículo 15 fracción III que a la letra dice:

"III.- Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente..."

Ignacio Villalobos nos dice al respecto: "Defender significa mantener incólume la cosa, la persona o el derecho que se ve amenazado, rechazando el peligro y evitando el mal que le amenaza; y es legítima esa defensa cuando es auténtica y se lleva a cabo por necesidad, contra una agresión injusta y dentro de los límites indispensables para su objeto".(74)

74. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 391.

Para Eugenio Zaffaroni el fundamento de la legítima defensa oscurecida por el desconocimiento de su complejidad y por consiguiente su más escueta formulación puede hacerse diciendo que se apoya sobre "La necesidad de conservar el orden jurídico y de garantizar el ejercicio de los derechos". (75)

Según Cuello Calón "Es legítima defensa cuando es necesario para rechazar una agresión actual inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor". (76)

Para Jiménez de Asúa "Legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios". (77)

Castellanos Tena nos dice: "Es la repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección". (78)

-
75. ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Op. cit., pág. 466.
76. CUELLO CALÓN. Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. pág. 190.
77. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 189.
78. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 190.

Porte Petit, nos define esta causa de justificación como: "El contra-ataque (o repulsa) necesario y proporcional a una agresión injusta actual o inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aún cuando haya sido provocada insuficientemente."(79)

Un ejemplo de la legítima defensa sería cuando un individuo es sorprendido escalando muros de una casa o es encontrado en la habitación del dueño del inmueble y recibe una agresión por parte del dueño, se estará en presencia de la legítima defensa porque en ambos casos se está actuando con derecho.

ESTADO DE NECESIDAD.

El Código Penal en su artículo 15 fracción IV nos dice:

"IV.- El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave

79. PORTE PETIT CANALEDAP, Celestino. Op. cit., pág. 501.

e inminente, siempre que no exista medio practicable y menos perjudicial.

Al respecto Porte Petit, nos dice que: "Estamos -- frente al estado de necesidad, cuando para salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, - se lesiona otro igualmente amparado por la ley." (80)

No se considerará que obra en estado de necesidad aquel que por su empleo o cargo tenga deber legal de sufrir peligro.

Cuello Calón nos dice, el estado de necesidad es "El peligro actual o inminente para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona". (81)

"El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en - que no queda otro remedio que la violación de intereses de

80. PORTE PETIT CANDALDAP, Celestino. Op. cit., pág. 539.

81. CUELLO CALON. Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 203.

otro, jurídicamente protegidos". (82)

Para Sebastián Soler "Es una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico". (83)

Según Zaffaroni "El estado de necesidad se da cuando el sujeto se ve precisado a actuar de modo lesivo, pero el mal que provoque no sea menor que el que evita". (84)

En el estado de necesidad, como su nombre lo indica, existe la necesidad de causar algún daño para salvar los intereses que peligran.

Ejemplo el aborto terapéutico en donde está en peligro el producto y la madre, se salva el de mayor importancia en este caso la madre.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO.

Artículo 15 fracción V.- "Obrar en cumplimiento

82. LISZT VON, Franz. Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. pág. 376.

83. SOLER, Sebastián. Citado por Castellanos Tena, Fernando.

84. Cfr. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, Op. cit., pág. 486.

de un deber o en el ejercicio de un derecho consignado en la ley".

Ignacio Villalobos nos dice, que éste se origina - por la "Concurrencia de un deber especial o de un derecho de atención al cual se ejecuta el acto y que por su misma naturaleza de deber o de derecho cumplido elimina el carácter de delictuoso de aquella conducta". (85)

De aquí se desprende como formas específicas las - lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico-quirúrgicos y un tipo de lesiones inferidas con motivo del ejercicio de corregir (art. 294 Código Penal).

Un ejemplo sería en el box en dónde los individuos se golpean mutuamente para poder ganar.

Otro ejemplo sería aquél sujeto que se introduce a una casa ajena por el deber que tiene de practicar un cateo.

IMPEDIMENTO LEGITIMO

Artículo 15 fracción VIII.- "Contravenir lo dis-

85. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 355.

puesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo".

Castellanos Tena, nos dice que ésta opera "Cuando el sujeto teniendo la obligación de ejecutar un acto, se abs_tiene de obrar colmándose, en consecuencia, un tipo penal".

(86)

Aquí el comportamiento del sujeto va a ser omisivo, un ejemplo sería aquel en que el sujeto es llamado por una autoridad y este no comparece por encontrarse imposibilitado por una causa ajena a él, como el encontrarse secuestrado.

OBEDIENCIA JERARQUICA

Artículo 15 fracción VII.- "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado lo conocía".

Se deben distinguir diversas situaciones:

86. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 215.

1.- Si el subordinado tiene poder de inspección, sobre la orden recibida por su superior y tiene conocimiento que esa orden es de carácter ilícita, la actuación de éste - al igual que su superior jerárquico serán responsables de esa conducta. Debe abstenerse de cumplir ese mandato en acatamiento de la ley, norma de mayor categoría que el acto de voluntad de quien lo manda.

2.- Si el súbdito tiene poder de inspección pero ignora esa ilicitud no será responsable, se configura una -- inculpabilidad a virtud de un error esencial de hecho.

3.- Si el inferior conociendo esa ilicitud de la orden emanada de su superior, y no pudiendo rehusarse a obedecerlo lo hace debido a la amenaza de sufrir graves consecuencias, estará en presencia de una inculpabilidad pues falta el elemento volitivo o emocional (según algunos) o una no exigibilidad de otra conducta (para otros).

4.- Cuando el subordinado carece de poder de inspección y legalmente tiene el deber de obedecer, se estará en presencia de la única hipótesis de la obediencia jerárquica constitutiva de una verdadera causa de justificación. (87)

87. Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 257, 258 y 259.

1.- CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL DELITO DE INCESTO.

Si tomamos en cuenta la naturaleza del delito de Incesto; debemos convenir que no se presenta ninguna causa de justificación. Toda vez que existe consentimiento por ambas partes, es decir, ascendiente y descendiente o bien entre hermanos.

C A P I T U L O I V

1.- LA CULPABILIDAD.

- A) La imputabilidad como contenido de la culpabilidad.
- B) Presupuestos de la culpabilidad.
 - 1.- La imputabilidad.
 - 2.- La imputabilidad en el Delito a Estudio.
 - 3.- La inimputabilidad.
- C) La inimputabilidad en el Delito a Estudio.
- D) La culpabilidad en general.
- E) Formas de culpabilidad.
- F) La Culpa.
 - 1.- Elementos de la culpa.
 - 2.- Diversas Clases de culpa.
 - 3.- Formas de culpabilidad en el Delito a Estudio.
- G) La Inculpabilidad.

A) LA IMPUTABILIDAD COMO CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD.

Entrar al campo subjetivo del delito, hace necesario primeramente precisar sus linderos, pues según el criterio adoptado así será el contenido de la culpabilidad.

Existen varios criterios para hablar de la imputabilidad, algunos autores la separan de la culpabilidad, o la ven como elemento autónomo del delito, otros sin embargo - dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden o integran en ella a la imputabilidad.

Estamos de acuerdo en esta última posición compartida por la gran mayoría de los autores que estiman que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad; por eso tiene gran importancia estudiar la imputabilidad, antes de pasar de lleno al estudio de la culpabilidad.

B) PRESUPUESTOS DE LA CULPABILIDAD.

Viene a ser requisito indispensable para que se pueda configurar la culpabilidad. El soporte básico de la culpabilidad es la imputabilidad, con su aspecto negativo - es la inimputabilidad, las cuales se estudiarán enseguida.

1.- LA IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad como ha quedado asentado líneas atrás viene a ser el soporte de la culpabilidad.

Según Cuello Calón la imputabilidad 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 existencia de ciertas condiciones psíquicas y morales (salud y madurez) exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos.

No exige la concurrencia de condiciones de fina y delicada espiritualidad, sólo la de condiciones mínimas, de aquellas que son absolutamente necesarias para que una persona pueda responder de los propios actos. Es la capacidad de conocer y de querer". (88)

Para Ernesto Mayer "La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente". (89)

88. CUELLO CALON, Eugenio. Op. cit., pág. 359.

89. MAYER, Ernesto. Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 218.

Von Litz nos dice: "Que es la capacidad de obrar - en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción". (90)

Castellanos Tena la define "Como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal". (91)

Rafael de Pina la define como la "Capacidad general atribuible a un sujeto para cometer cualquier clase de infracción penal. La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad". (92)

La gran mayoría de los doctrinarios están de acuerdo en lo que debemos entender por imputabilidad, y es, la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal; en nuestra legislación esta capacidad, exige un aspecto material, el cual consiste en, una mayoría de dieciocho años de edad y un aspecto psicológico, un mínimo de sanidad mental; por consiguiente entendemos a la imputabilidad, como la capacidad ciudadana, que debe tener el sujeto para responder

90. VON LITZ, Franz. Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. pág. 218.

91. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 218.

92. DE PINA VARA, Rafael. Op. cit., pág. 239.

de la conducta realizada, pues quienes carecen de capacidad para entender lo que el Estado les señala, no se les podrá imputar una conducta o hecho, por necesitarse, un mínimo de exigencias tales como el desarrollo físico, determinada edad, para ser capaz, aunque posean la mente sana; los idiotas, -- inbéciles y locos nunca podrán entender lo que el Estado está prohibiendo o mandando y por lo tanto no serán imputables.

2.- IMPUTABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.

La imputabilidad como ha quedado asentado es un pre supuesto de la culpabilidad, pues sin ella jamás podría integrarse; por lo tanto será imputable quien es capaz de que---rer y entender su conducta, la cual debe de estar encuadrada en el tipo descrito en el artículo objeto de este estudio. Esto es que si el sujeto realiza el acto que se encuentra previsto en el artículo 272 del Código Penal, comete un ilícito y dicho sujeto además de encuadrarse en el tipo penal debe de tener un determinado grado de madurez, tanto física como psíquica para ser plenamente culpable.

En conclusión, todo sujeto capaz es imputable para responder de una conducta que encuadra el tipo del delito respectivo.

Carrancá y Trujillo al abordar este tema nos señala: "Será pues imputable todo aquello que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas, exigidas abstractas indeterminadamente, para poder desarrollar su conducta socialmente, todo lo que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a la exigencia de la vida en sociedad humana." (93)

3.- LA INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad, serán inimputables, todos aquellos sujetos que realicen una conducta antijurídica, pero que no estén capacitados para quererla y entenderla.

Castellanos Tena nos dice al respecto: "Las causas de inimputabilidad son, pues todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad". (94)

Según Cuello Calón" Cuando el agente carece de la

93. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. cit., pág. 415.

94. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 223.

capacidad de conocer y de querer es imputable. Esta capacidad puede faltar cuando no se ha alcanzado a un determinado grado de madurez física y psíquica o cuando la consecuencia o la voluntad están anuladas o gravemente perturbadas de modo permanente o transitorio. Las causas de inimputabilidad son la minoría de edad, la enfermedad mental, la embriaguez, el sonambulismo, la sordomudez". (95)

Las causas de inimputabilidad son, todos aquellos capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente en cuyo caso el sujeto carecerá de toda aptitud psicológica para la delictuosidad, y se podrán citar las siguientes:

En consecuencia se podrá dar en este delito el aspecto negativo de la imputabilidad, cuando el sujeto se encuentre encuadrado en el caso previsto de la fracción II del artículo 15 del Código Penal vigente (excluyente de responsabilidad).

1) Trastornos mentales transitorios.- El artículo 15 en su fracción II del Código Penal en vigor nos dice:

95. CUILO CALON, Eugenio. Op. cit., pág. 407.

"Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconciencia de sus actos, determinado, por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, o por un estado toxinfecioso agudo, o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio".

De lo anterior se desprende que al ingerir sustancias tóxicas o embriagantes en forma accidental o involuntaria el sujeto será inimputable, pues realiza el hecho delictivo bajo un estado de inconciencia.

Cuello Calón nos dice lo siguiente al respecto: "La embriaguez fortuita, no querida ni prevista, cuando ha originado la anulación de las facultades mentales, cuando es plena excluye la responsabilidad pues nada puede reprocharse al que bebe desconociendo la fuerza tóxica del líquido que se ingiere."(96)

El problema se presenta cuando el sujeto al ingerir sustancias tóxicas o embriagantes, sabe que su sistema nervioso se va a alterar, y por ende su conducta, variará de la

96. CUELLO CALON, Eugenio. Op. cit., pág. 442.

normal, llegando a la comisión de un delito, y por lo tanto será imputable.

Al respecto la Acción libre en su causa nos señala: "Actio libera in causa. Tal acción es aquella en la que su autor establece la causa decisiva en una situación de imputabilidad y se desenvuelve luego en una situación de imputabilidad. En estos casos, el autor utiliza así mismo, por decirlo así, como instrumento. Hay una acción "no libre" "in actu", pero "libre "in causa". (97)

Castellanos Tena nos dice: "Hay ocasiones en que el sujeto antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en una situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. A estas acciones se le llama in causa (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto)". (98)

En conclusión todo sujeto que se embriaga intencionalmente para realizar un ilícito, sabiendo que no lo cometería no estando ebrio, en tanto lo quiere realizar será imputable.

97. MEZGER, Edmund. Op. cit., pág. 222.

98. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 221.

2) Trastornos Mentales permanentes.- Hace referencia a la inimputabilidad cuando la conducta la realiza un sujeto de acuerdo al artículo 68 del Código Penal vigente.

"Los locos, idiotas, imbeciles o los que sufran -- cualquier enfermedad o anomalías mentales y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidas como delitos, - serán reclusos en manicomios o departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos con la autorización de un facultativo, a un régimen de trabajo".

De lo anterior se concluye, el legislador tomó en consideración la inimputabilidad de estos sujetos a esta descripción, considerándose por ende así, inimputables son quienes no tengan capacidad psíquica.

3) Miedo Grave.- El artículo 15 en su fracción IV del mismo ordenamiento penal nos señala: "El miedo grave o el temor fundado o irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor".

Se han hecho diferencias en cuanto a lo que debe - entenderse por miedo y temor; el miedo tiene su origen en el interior del sujeto, y el temor es de origen externo, el temor puede existir sin necesidad del miedo, en el temor el .

proceso de reacción es consiente.

Con el miedo puede aparecer la inconciencia o un verdadero automatismo, constituyendo por ende una causal de inimputabilidad.

4) Se establece la inimputabilidad de los sordomudos: Sólo les son aplicables medidas de seguridad, no son penas, se supone que por ser sordomudos carecen de educación o instrucción.

5) Menores de edad.- Son inimputables ya que carecen de un mínimo de sanidad tanto mental como físicamente, para que se les pueda considerar como personas que puedan responder de sus actos, y puedan ser sujetos de derecho.

Las infracciones típicamente penales, no están reguladas en nuestro Código Penal, por ser éste represivo y por lo tanto aplicable sólo a aquellos que sean imputables.

C.- LA INIMPUTABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.

Se presentará la inimputabilidad en este delito, cuando la conducta del sujeto coincida con el marco jurídico

del artículo 15 fracciones II y el artículo 67 del Código Penal.

De realizarse la conducta descrita en el artículo objeto a estudio, por una persona que se encuentre dentro del marco jurídico enumerado en el artículo 15 fracción II del Código Penal vigente, ésta será inimputable toda vez que se trata de un individuo que padece un trastorno mental, y por lo tanto no tiene la capacidad necesaria de querer y entender - en el campo del derecho.

Serán también inimputables tanto los menores de edad como los sordomudos que lleven a cabo la conducta descrita en el artículo objeto de estudio, por carecer de un mínimo de sanidad tanto física como mental.

Como vimos tiene gran importancia la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, por consiguientes - analizaremos el último elemento el cual tiene una gran importancia en el estudio de la teoría del delito, ya que sin este elemento no se podría hablar de la existencia del delito.

Por consiguiente a continuación pasaremos a analizar todo lo conducente a la culpabilidad.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

D. LA CULPABILIDAD EN GENERAL.

El estudio dogmático de este delito lo hemos venido analizando de acuerdo a la teoría tetraatómica, compuesta de cuatro elementos: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, por consiguiente debemos seguir ese orden cronológico.

Pero sólo quien siendo culpable en general debe responder en concreto del hecho determinado que se le atribuye, es decir, es culpable.

La conducta para ser delito, debe de ser un hecho antijurídico, típico y además culpable.

No basta que el agente, sea su autor material, es necesario que lo ejecute culpablemente.

Una acción será culpable cuando a causa de la relación psicológica entre ella y su autor, pueda ponerse a cargo de ésta y además serle reprochada.

Se reprocha al agente su conducta, y se reprueba esta porque no ha obrado conforme a su deber.

Jiménez de Asúa, define a la culpabilidad "Como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (99)

Castellanos Tena nos dice: "La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto". (100)

Para Ignacio Villalobos la culpabilidad consiste: "el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los man datos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservar lo". (101)

Para Francisco Antolisei "culpabilidad es un nexo psíquico entre el agente y el hecho exterior". (102)

Podemos decir en conclusión que la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito.

99. JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. cit., pág. 352.

100. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 232.

101. VILLALOBOS, Ignacio. Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. - cit., pág. 233.

102. ANTOLISEI, Francisco. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General. - Op. cit., pág. 343.

" Dos corrientes son las que han pretendido desentrañar la naturaleza de la culpabilidad, el psicologismo y el - normativismo. Para la primera consiste en el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto y el normativismo señala, el ser de la culpabilidad constituye un juicio de reproche." (103)

De los normativistas más destacados tenemos a Reinhard Maurach autor alemán quién nos dice:" la culpabilidad es reprochabilidad, pues se reprocha al autor en no haber actuado conforme al derecho, el de haberse decidido en favor de lo injusto, aún cuando podía haberse comportado conforme a - derecho." (104)

Castellanos Tena citando a Frank expresa: "la culpabilidad es reprochabilidad del injusto típico". (105)

Carrancá y Trujillo en su libro Derecho Penal Mexicano nos define a la culpabilidad como "la relación psíquica de causalidad entre el autor y el resultado". (106)

103. Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., págs. 232 y 234.

104. Cfr. MAURACH, Reinhart. Citado por Castellanos Tena, Fernando. - Op. cit., pág. 234.

105. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., págs. 234 y 235.

106. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. cit., pág. 413.

Para Rafael de Pina "la culpabilidad es la calidad de ser culpable". (107)

Según Zaffaroni la culpabilidad es reprochabilidad, esto quiere decir el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar una conducta, para que le sea reprochada jurídicamente a su autor". (108)

Ctro autor que nos define a la culpabilidad es Mezger quien nos dice: "que es la suma de los requisitos que fundan un reproche personal contra el autor y muestra al hecho como expresión jurídicamente desvalorada de la personalidad del autor". (109)

Para dar fin a las definiciones de la culpabilidad Porte Petit la define "como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto". (110)

E.- FORMAS DE CULPABILIDAD.

Entre las principales formas de culpabilidad, se -

107. DE PINA VARA, Rafael. Op. cit., pág. 165.

108. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., págs. 505 y 506.

109. MEZGER, Edmundo. Citado por Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. cit. pág. 517.

110. PORTE PETIT citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 232.

Para Rafael de Pina "la culpabilidad es la calidad de ser culpable". (107)

Según Zaffaroni la culpabilidad es reprochabilidad, esto quiere decir el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar una conducta, para que le sea reprochada jurídicamente a su autor". (108)

Otro autor que nos define a la culpabilidad es Mezger quien nos dice: "que es la suma de los requisitos que fundan un reproche personal contra el autor y muestra al hecho como expresión jurídicamente desvalorada de la personalidad del autor". (109)

Para dar fin a las definiciones de la culpabilidad Porte Petit la define "como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto". (110)

E.- FORMAS DE CULPABILIDAD.

Entre las principales formas de culpabilidad, se -

107. DE PINA VARA, Rafael. Op. cit., pág. 165.

108. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., págs. 505 y 506.

109. MEZGER, Edmundo. Citado por Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. cit. pág. 517.

110. PORTE PETIT citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 232.

encuentran el dolo y la culpa. Algunos autores han pretendido incluir como una tercera forma a la preterintencionalidad, posición no aceptada por algunos tratadistas.

En el dolo el sujeto dirige o encamina su voluntad consiente hacia la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito.

El dolo consta de dos elementos, uno ético y otro volitivo o emocional.

El elemento ético se constituye por la conciencia, el saber de que se quebranta el deber.

El elemento volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto, o sea en la volición del hecho típico.

El dolo se puede definir de la siguiente manera: Como la realización de una conducta en la cual se sabe y se quiere el resultado que ha de producirse; el sujeto que realiza la acción quiere la conducta y quiere el resultado de ésta.

Castellanos Tena nos dice al respecto: "El dolo -- consiste en el actuar, conciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico". (111)

Jiménez de Asúa, por su parte nos señala que el dolo es la producción es un resultado típico, antijurídico con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de casualidad existente entre la manifestación humana - y el cambio del mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o se ratifica. (112)

Los autores señalan varias clases de dolo, pero los de mayor importancia son:

Dolo directo

Dolo indirecto o dolo eventual

Dolo indeterminado

Cuello Calón señala: "Dolo directo es cuando el - agente ha previsto como seguro y ha querido directamente el

111. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 239.

112. Cfr. JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. cit., pág. 365.

resultado de su acción u omisión, o los resultados ligados a ella de modo necesario aquí el resultado corresponde a la intención del agente". (113)

O sea, es aquel en donde el sujeto sabe el daño que va a causar con el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntad en la conducta y el resultado.

El dolo indirecto es cuando el agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos. En cambio en el Dolo eventual va a ser cuando el agente quiere un resultado delictivo previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente.

Para Ignacio Villalobos el dolo indeterminado se presenta cuando el agente del delito no se propone causar un daño determinado sino sólo causar alguno para fines ulteriores. (114)

Para finalizar debe aclararse que el dolo lo encontramos señalado en nuestro Código Penal en el artículo 8° el cual nos divide a los delitos intencionales y no intenciona-

113. CUELLO CALON, Eugenio. Op. cit., pág. 75.

114. Cfr. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 304.

les o de imprudencia.

F.- LA CULPA.

Esta constituye la segunda forma de la culpañili--
dad y para que esta constituya en la delictuosidad de una --
conducta se precisa que surja por un olvido por insigne que
sea en la disciplina social impuesta por la vida gregaria o
en sociedad.

Cuello Calón nos define a la culpa diciendo "exis-
te ésta cuando se obra sin intención y sin la diligencia de
bida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por
la ley". (115)

Para Edmundo Mezger, "actúa culposamente quien in-
fringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y -
cuyo resultado puede preveer". (116)

Antolisei nos dice: una acción es culposa cuando

115. CUELLO CALON, Eugenio. Op. cit., pág. 171.

116. MEZGER, Edmundo. Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit.,
pág. 245.

existe una violación a determinadas normas establecidas por la ley, por algún reglamento, por alguna autoridad, o en fin por el uso o la costumbre". (117)

De este modo, el mecanismo de la culpa se desarrolla reprochando al autor el acto por no acatar las disposiciones establecidas.

Se puede establecer que la naturaleza de la culpa está en un obrar negligente, imperito, irreflexible o sin -- cuidado.

Castellanos Tena nos da la siguiente definición de la culpa: "Existe culpa cuando se realiza la conducta sin en caminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia las cautelas o precauciones legalmente exigidas". (118)

1.- ELEMENTOS DE LA CULPA.

Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito, constituirá el primer elemento, es decir

117. ANTOLISEI; Francisco citado por Castellanos Tena, Fdo. Op. cit. pág. 245.
118. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., págs. 246 y 247.

un actuar voluntario tanto positivo como negativo, en segundo término, que esa conducta sea llevada a cabo sin la cautela o precauciones exigidas por el Estado; los resultados del acto han de ser previsibles evitables y tipificarse penalmente, por último, se precisa de una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido. Si el resultado es querido o aceptado, ya sea directa o indirecta, indeterminada o eventualmente, se estará en el caso de la imputación dolosa.

2.- DIVERSAS CLASES DE CULPA.

Son dos especies principales de la culpa:

- 1.- Con previsión o con representación
- 2.- Inconsiente, sin previsión o sin representación

Estas se estudiarán para tener un panorama más amplio sobre la culpa.

La primera se da cuando el agente ha previsto el resultado típico como pasible, pero no solamente no la quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá.

La segunda se presentará, cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado). Existe voluntariedad de la conducta casual, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible.

A la culpa sin representación o inconsciente se le solía clasificar en lata, leve y levísima. Es lata cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona; leve si tan sólo por alguien cuidadoso y, levísima únicamente por los muy diligentes.

La culpa en el Derecho Penal Mexicano la observamos en el artículo 8° de nuestro Código Penal, el cual nos dice que los delitos pueden ser intencionales y no intencionales o de imprudencia.

Por eso mismo la culpa la podemos fundamentar en el último párrafo el cual nos dice que se entiende por imprudencia es toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado si causa igual daño que un delito intencional.

3.- FORMAS DE CULPABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO.

De los expresados de la culpabilidad, al ubicarla

en el delito de este ensayo o sea el de Incesto, previsto en el artículo 272 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, decimos:

En su forma de culpabilidad solo admite el Dolo directo porque no sólo requiere representación del hecho y conciencia de su ilicitud, sino voluntad, lo cual demuestra la exigencia de la Ley de un dolo encaminado a la lesión de aquellos valores.

Ya que el sujeto al realizar dicha conducta ilícita va a reunir los dos elementos tanto el intelectual como el volitivo, es decir, va a tener pleno conocimiento y voluntad de lo que está haciendo, por consiguiente este delito siempre será doloso.

No es posible por ello, hablar de la comisión culposa o imprudencial en este delito.

G.- LA INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad viene a ser el aspecto negativo de la culpabilidad y elimina la configuración del delito, aunque existan los antecedentes lógicos, como la conducta, la tipicidad y la antijuridicidad.

Al referirse al aspecto negativo, lo encuadramos dentro del marco intelectual y volitivo del agente, y para mayor comprensión de este delito señalaremos lo expresado por Jiménez de Asúa al decir que la inculpabilidad consiste en las causas que impidan la integración de la culpabilidad. (119).

La inculpabilidad se presenta cuando se encuentran ausentes algunos elementos esenciales de la culpabilidad, como son el conocimiento y la voluntad.

Para que un sujeto sea culpable, debe reunir dos elementos intelectual y volitivo, es decir existe un conocimiento y una voluntad, sobre esos dos elementos, debe entenderse para poder determinar la inculpabilidad podemos decir, las causas de inculpabilidad son:

El error esencial y de hecho y de derecho (ataca al elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad -- afecta el elemento volitivo). Sólo habrá inculpabilidad en la ausencia de cualquiera de los factores o de ambos. (120)

El error de hecho se divide en esencial y acciden

119. Cfr. Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 254.

120. Cfr. Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 254.

tal el primero recae sobre un elemento fáctico, cuyo reconocimiento afecta al factor intelectual del dolo por ser tal elemento requisito constitutivo del tipo. El error esencial puede ser vencible o invencible, según deje subsistente la culpa o borre toda culpabilidad. (121)

El segundo recae en circunstancias secundarias que puede ser el golpe, en la persona o en el delito. El error de derecho puede ser penal y extrapenal, el primero recae en la norma penal en cuanto a su contenido y significación; el segundo versa sobre ese contenido y significación, pero el error consiste en un concepto jurídico perteneciente a otra rama del derecho.

La coacción sobre la voluntad, afecta el elemento volitivo, esta coacción sobre la voluntad impide que se manifieste en una forma libre, y por lo tanto será un presupuesto de la inculpabilidad.

Las causas de inculpabilidad también se pueden dar sobre aquel sujeto que está bajo las órdenes de un superior, es la Obediencia Jurídica, así como el Estado de Necesidad,

121. ~~Castellanos Tena~~ por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. pág. 255.

Otra causa de inculpabilidad será la no exigibilidad de otra conducta y al respecto algunos autores nos dicen:

"Para que desaparezca la culpabilidad precisa la anulación de algunos de sus elementos, o de ambos, de lo cual se infiere que las causas de inculpabilidad son aquellas capaces de afectar el conocimiento o elemento volitivo, en consecuencia, las inculpabilidades están constituidas por el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad".(122)

Cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta se hace referencia a consideraciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obra en un sentido determinado, aún cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social. Si se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximida de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial".

122. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 264.

En conclusión la realización de un hecho penalmente tipificado como delito, obedece a una situación especialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento.

EXIMENTES PUTATIVAS.

Las eximentes putativas van a ser aquellas cuando el sujeto al llevar a cabo una conducta típica desconoce la significación de su acto, o poseyendo esa consecuencia ejecuta esa conducta o hecho con voluntad coaccionada, se estará en presencia de la culpabilidad.

Castellanos Tena nos dice que son "las situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita), sin serlo". (123)

EL MIEDO GRAVE Y EL TEMOR FUNDADO

La fracción III del artículo 15 del Código Penal, nos habla acerca de estos supuestos:

123. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 260.

TEMOR FUNDADO

"Puede considerarse esta eximente como una causa - de inculpabilidad por coacción sobre la voluntad, siempre y cuando no la anula en el sujeto, sino le conserva las facultades de juicio y decisión, de tal manera que pueda determinarse en presencia de una seria amenaza". (124)

En el miedo grave es una emoción, en la que el sujeto, ~~razonando~~ con toda serenidad, toma una decisión contraria al derecho como miedo de librarse del mal que le amenaza, se debe tomar en cuenta la violencia moral ejercida sobre su voluntad para poder quedar excluida su responsabilidad si el peligro era serio de manera que pudiera pesar decisivamente sobre la determinación del inculcado, y si el acto ejecutado no es de tal manera dañoso que resulte en enmarcada desproporción con el peligro evitado. (125)

EL CASO FORTUITO

El caso fortuito nos lo señala el artículo 15 fracción X del Código Penal en donde existe "falta de acción".

124. IBIDEM. pág. 264.

125. Cfr. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 412.

" La falta de acción existe cuando no es atribuible a la voluntad del sujeto el movimiento (o la falta de movimiento) en las omisiones." (126)

"Se ha dicho que este caso fortuito no es propiamente una excluyente sino la simple falta de dolo y de la culpa; que "comienza allí donde termina la culpabilidad".(127)

Un ejemplo sería cuando el sujeto que maneja un automóvil y por la ruptura repentina e imprevisible de los frenos o de la dirección y causa daños, se ha ejecutado un acto de poner y llevar en movimiento el vehículo, movimiento causado, pero no ha querido, no previsto, ni podido evitar el evento y por lo tanto no se le puede considerar culpable.

126. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 413.

127. MARIZENE. Citado por Villalobos, Ignacio. pág. 413.

C A P I T U L O V

1.- LA PUNIBILIDAD.

A.- La Punibilidad en general.

1.- La punibilidad en el delito de Incesto.

B.- Excusas absolutorias.

2.- Ausencia de punibilidad.

C.- ITER CRIMINIS.

1.- Tentativa.

2.- Diversas formas de tentativa.

D.- Presentación del delito.

E.- Consumación.

1.- Consumación en el Delito a Estudio.

1.- LA PUNIBILIDAD.

NATURALEZA JURIDICA DE LA PUNIBILIDAD.

Hablar sobre la naturaleza de la punibilidad, es una larga discusión porque hasta la fecha no se ha llegado a un acuerdo entre los estudiosos del derecho; muchos autores dicen que es uno de los elementos esenciales del delito, en cambio otros entre ellos Raúl Carrancá y Trujillo, Ignacio Villalobos y Celestino Porte Petit, lo explican como elemento esencial del delito sino más bien como una consecuencia del mismo, por lo tanto no tiene nada que ver con el delito y sólo responde en materia de penalidad.

Con claridad esto nos da a entender que la punibilidad no justifica su consideración en la teoría del delito.

Para Ignacio Villalobos, "la punibilidad no es elemento del delito.- Con lo dicho: acto humano típicamente antijurídico y culpable, queda completa la definición esencial del delito, pues a pesar de algunas supervivencias del pensamiento anterior, el estudio cuidadoso nos ha desembarazado del primer espejismo que involucró la pena en la cons-

titución del delito. Esta es oposición objetiva que se conoce como antijuridicidad; y oposición subjetiva o culpabilidad.

Pero se ha visto, la punibilidad no es un elemento esencial del delito, este se puede dar aunque no exista aquella.

Por lo tanto la punibilidad no es requisito esencial del delito, es una consecuencia del mismo; la hipótesis penal prevalece por sí sola, la sanción no forma parte de la esencia, sino de un acto que la contraría.

Por consiguiente se consideran como elementos del delito: la conducta la cual debe ser típica antijurídica y culpable.

Pero no por eso queremos decir que la punibilidad no sea importante de estudiar, es sin lugar a dudas importante porque constituye la parte medular, de la represión del delito, es la sanción que se llega a aplicar a quien transgrede las normas penales.

A.- LA PUNIBILIDAD EN GENERAL.

Para Castellanos Tena la punibilidad "es el merecimiento de penas, presupuestos legales y aplicación fácticas de las penas señaladas en la ley."(128)

Para Pavón Vasconcelos, es en consecuencia, "La medida de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social". (129)

Para Ignacio Villalobos se entiende que la punibilidad: "Es justa aplicarla en un delito siempre y cuando sea antijurídico y además culpable y la persona que lo cometa es un hombre que está obrando contra la sociedad por egoísmo y culpablemente y que por ésto se hace merecedor del reproche y la sanción."(130)

Puede decirse que para este autor significa lo siguiente:

-
128. CASTELIANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 267.
129. PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. cit., pág. 395.
130. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 214.

Merecimiento, como responsabilidad o como derecho correspondiente al Estado; se engendra por la antijuridicidad y la culpabilidad; no implícita en éstas como su consecuencia, por ello se ha dicho que agregarla en la definición del delito es una antología y, que si por "punibilidad" se entiende la calidad del acto que amerita una pena, no es un elemento nuevo sino una especial apreciación de la naturaleza conjunta del delito. (131)

1.- LA PUNIBILIDAD EN EL DELITO DE INCESTO.

En cuanto a la punibilidad en el delito a estudio en el artículo 272 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal se señala: "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 éstos últimos será de seis meses a tres años de prisión.

Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos.

131. Cfr. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 214.

B. - EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

El fundamento de estas excusas es que fueron tomadas de franceses, a través de los españoles ha llegado hasta nosotros esta denominación de excusas absolutorias que en la doctrina alemana se substituye por la de causas que excluyen la pena.

Pero ya sea bajo una denominación o bajo la otra, se hace referencia a caracteres o circunstancias de diversos hechos por lo cual, no obstante que existe y está plenamente integrado el delito, la ley no impone sanción por razones - particulares de justicia o de convivencia contra las cuales no puede ir la pena, aun cuando no se admita que justicia y utilidad son su ratio escendi, su fundamento y su fin. (132)

Se dice por muchos autores que éstas nada tienen que ver con el delito pues al ser elemento negativo de la - punibilidad se le rechaza como parte o elemento del delito y se aplica como sanción por esto también se niega como parte del mismo, diciendo: las excusas responden a razones de política en materia de penalidad, como es la protección del núcleo familiar, evitación de consecuencias dañosas ulterio

132. Cfr. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 430.

res, etc., o sea de política criminal expresada legalmente a nivel de aplicación de pena y no de tipicidad ni antijuridicidad por esto mismo se estima que su tratamiento corresponde a la teoría de la sanción y no a la del delito. (133)

En función de éstas no es posible la aplicación de la pena y eso si deja subsistencia del carácter delictivo de la conducta o hecho.

Sólo se excusa la posibilidad de punición y permanecen inalterables los elementos del delito como lo son la conducta, la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Por excusas absolutorias se debe entender como " -- aquella circunstancia cuya existencia, en relación con un de terminado delito, exime de la pena al autor a quien personalmente beneficie, sin que esto constituya un obstáculo para la sanción a los coautores (si los hubiere), que no se encuentren amparados por la misma. Aquella se hace referencia al artículo 377 del Código Penal, al tratar del robo entre ascendientes y descendientes." (134)

133. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio. Op. cit., pág. 76.

134. DE PINA VARA, Rafael. Op. cit., pág. 212.

En resumen, el breve examen realizado nos lleva a precisar la existencia en la ley de la siguiente manera:

1.- En razón del arrepentimiento y la mínima peligrosidad del agente, artículo 139 (desposesión de armas y por el rebelde) y 375 (robo cuyo valor no exceda de diez veces el salario mínimo).

2.- En razón de la mínima o nula peligrosidad de la conducta realizada por el agente, artículo 333 parte primera (aborto por imprudencia de la propia mujer embarazada) y 349 (injurias recíprocas).

3.- Por último en razón de la conservación del núcleo familiar: artículo 377, 385 y 390 (robo, abuso de confianza y fraude cometido por ascendientes contra descendientes o por éstos contra aquellos).

Por consiguiente en este delito a estudio, no se reglamentan las excusas absolutorias, por no existir la forma negativa de la punibilidad.

2.- AUSENCIA DE PUNIBILIDAD (EXCUSAS ABSOLUTORIAS)

Las causas de impunidad de la conducta o del he-

cho típico antijurídico y culpable, denominadas excusas absolutorias, vienen a ser el aspecto negativo de la punibilidad con lo cual originan la inexistencia del delito.

Castellanos Tena nos dice: "Son causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena". (135)

Jiménez de Asúa define a las excusas absolutorias como las causas de impunidad o excusas absolutorias, las cuales hacen que un acto típico, antijurídico imputable o a un autor y culpable no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública. (136)

Para Ignacio Villalobos las excusas absolutorias: "Son aquellas en que el delito está integrado plenamente y, sin embargo no es punible por razones de convivencia para la política criminal". (137)

Para Zaffaroni las excusas absolutorias son; aquellas que nada tienen que ver con el delito y solamente res-

135. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 271.

136. Cfr. JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. cit., pág. 433.

137. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 212.

ponden a razones de política en materia de penalidad, o sea, de política criminal expresada legalmente a nivel de aplicación de pena. (138)

De todas estas definiciones podemos darnos cuenta claramente que son semejantes y solamente difieren de unas cuantas palabras de un autor a otro.

D.- ITER CRIMINIS.

La explicación del iter criminis, es la siguiente: es la vida del delito, como se desplaza a lo largo del tiempo, desde que aparece en la mente como una simple idea o tentación, hasta su total terminación; va recorriendo un sendero o ruta, sigue un camino desde su iniciación hasta su total agotamiento; a todo este proceso se le da el nombre de Iter Criminis, camino al crimen.

Hay delitos que no pasan por estas etapas las cuales son los culposos, en estos la voluntad no se dirige a la producción del hecho típico penal, sino solamente a la -

138. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio, Raúl. Op. cit., pág. 76.

realización de la conducta inicial. La vida de estos delitos llamados culposos surge o nace cuando quienes los realizan descuidan en su actuar, las cautelas o precauciones que debe tener y poner en juego para evitar las alteraciones o la lesión del orden jurídico que dan vida a éstos, por eso los delitos culposos comienzan a vivir con la ejecución misma, y por ello no puede quedar en grado de tentativa, por requerir ésta de la realización de actos voluntariamente encaminados a la realización del delito. (139)

Desde el surgimiento de la idea criminal hasta el agotamiento del delito hay una serie de etapas en la realización del mismo por esos pasaremos a analizarlas:

FASES DEL ITER CRIMINIS

El delito nace como idea en la mente del ser humano, pero aparece externamente después de un proceso interior, más o menos prolongado, a esta trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta que está a punto de exteriorizarse se le llama fase interna. Con la manifestación principia la fase externa, la cual termina con la con-

139. Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 275.

sumación.

Para entenderse más claro el iter criminis, éste consta de dos fases una interna y otra externa.

La interna a su vez se divide en tres etapas: 1) la idea criminosa o ideación; 2) deliberación; y 3) resolución.

Con respecto a la fase externa, esta sigue al darse la fase anterior y se divide en: 1) Manifestación; 2) Preparación; 3) Ejecución (tentativa o consumación).

Pero no todas éstas etapas son punibles, en principio; aquellas que acontecen en el fuero interno del sujeto, aunque se exterioricen en una mera manifestación de propósito. Ello obedece al elemento principio "cogitationes poenam nemo patitur". (140)

A continuación analizaremos las dos fases con sus respectivas definiciones:

FASE INTERNA

Como se dijo anteriormente ésta abarca tres etapas

140. ZAFFARONI, Eugenio. Op. cit., pág. 672.

o períodos:

- I) Idea Criminosa o Ideación.
- II) Deliberación.
- III) Resolución.

I). Idea criminosa o ideación.- Surge en la mente humana porque es aquí donde aparece la tentación de delinquir, que puede ser acogida o desechada por el sujeto.

Si el sujeto le da albergue, permanece como idea fija en su mente y por eso mismo puede surgir la deliberación - que es la siguiente etapa:

II). Deliberación.- Consiste en la meditación sobre la idea criminosa, en una ponderación entre el pro y el - contra, se medita si sigue o llega hasta esta etapa; o si la idea resulta rechazada, es anulada en la mente misma, pero - también puede ocurrir que salga triunfante esta idea.

En esta hay una especie de lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias.

III). La Resolución.- En esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto, después de haber pensado lo que va a hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque permanece firme, no ha salido todavía no la exterioriza, sólo sigue -- existiendo como propósito en la mente.

Esta fase no es castigada porque los pensamientos - sin cometer abusos, no pueden tenerse como delitos.

Además de que la defensa del orden externo sobre la faz de la tierra corresponden a la autoridad; y la tutela del orden interno sólo a Dios.

Se dice, la ley penal no ha de castigar los pensamientos, se quiere significar que se sustrae a su dominio toda la serie de momentos que integran el acto interno: pensamiento, deseo, proyecto y determinación, mientras éstos no hayan sido llevados a su ejecución. (141)

FASE EXTERNA

Esta comprende el instante mismo en que el delito - se hace manifiesto y termina con la consumación, esta fase -

141. Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 277.

abarca como antes se dijo: I) Manifestación, II) Preparación y III) Ejecución.

I). Manifestación.- Aquí aflora o aparece la idea criminosa hacia el exterior, surge ya en el mundo de relación pero nada más como pensamiento o idea exteriorizada; antes - existente sólo en la mente del sujeto. Esta manifestación no es inculpa.

Por excepción, existen figuras de delito cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica, ejemplo de - esto es el artículo 282 del Código Penal el cual sanciona - "al que amenace a otro con causarle un mal en su persona, en su hogar o en sus derechos o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo". En este caso y en algunos otros la manifestación consuma o - tipifica un ilícito normalmente, pero sin embargo no integran el delito ideado.

Para nuestra Constitución las ideas son una garantía, al decir que no podrán ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, a menos que ataque a la moral, o a los derechos de tercero o perturbe el orden público o provoque algún delito, artículo 6o. de nuestra Carta Magna.

II). PREPARACION.

A éstos se les llaman actos preparatorios y se producen después de la manifestación y antes de la ejecución.

Los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y éstos pueden realizarse con fines ilícitos o delictuosos, y no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir.

Así el delito preparado es un delito en potencia, todavía no real efectivo. La mayoría de los autores piensan unánimemente en el sentido de la no punición de dichos actos. Por excepción, nuestro código sanciona algunos que por sí mismos agotan el tipo relativo, más no significa que al eregirlos la ley en delitos permanezcan como actos preparatorios, habida cuenta de que los comportamientos colman los tipos correspondientes, pero intrínsecamente poseen la naturaleza de actos preparatorios.

Ejemplo de esto es el artículo 256 que nos dice y establece sanciones para los mendigos, a quienes se les aprehenda con un disfraz, ganchúas, armas o cualquier otro instrumento que dé lugar para sospechar su propósito de cometer un delito.

Este precepto es anacrónico y en desuso y rompe el principio de igualdad, porque las personas adineradas muchas veces cargan esas armas e instrumentos jamás pueden cometer o rechazar el delito de referencia. (142)

III). EJECUCION.

La ejecución consiste en el momento preciso en que se lleva a cabo el hecho delictuoso.

Es el momento pleno de ejecución del delito cuando se va a ejecutar, como su nombre lo indica, puede ofrecer dos diversos aspectos: la tentativa y la consumación.

Se le llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal, se da el delito.

D.- PRESENTACION DEL DELITO.

A continuación estudiaremos las variadas formas de presentación del delito para poderlas encuadrar en el delito

142. Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., págs. 55 y 277.

a estudio y ver si se presenta o no la tentativa, ya sea aca
bada o inacabada, o bien si se trata de un delito en el cual
se requiere una serie de actos para su consumación.

Para entender mejor estas formas de tentativa debem
os referirnos a la tentativa en general.

E.- TENTATIVA EN GENERAL.

Por tentativa Luis Jiménez de Asúa, entiende "La -
ejecución incompleta de un delito". (143)

Cualquier definición sobre la tentativa, debe de -
hacerse en función del delito perfecto o consumado.

Esto ha llevado a los autores a considerar a la -
tentativa como un delito imperfecto por faltar en el acto -
material de la consumación.

Consideremos a la tentativa, un delito degradado
en su fuerza física y, en consecuencia, de acción perfecta.

143. JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. cit., pág. 474.

Por tentativa se debe entender entonces, como el comienzo de ejecución de un determinado delito que no se consumó por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Otra importante definición la obtenemos de Castellanos Tena quien nos dice: "Entendemos, pues por tentativa, los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto". (144)

Para Zaffaroni la tentativa: "Es un delito imperfecto, en el sentido que no constituye un delito autónomo o que responde a una norma autónoma". (145)

Acepta que es un delito imperfecto pues le falta una estructura finalista para ser perfecto.

Para Ignacio Villalobos la tentativa viene a ser - "Todo acto externo que se encamine a la realización de un tipo penal puede llamarse "tentativa" y sólo interesa distinguir en qué momento es punible, por eso nuestro Código se limita a declarar cuando la tentativa es punible". (146)

144. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 279.

145. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., pág. 677.

146. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 460.

Todo esto basándose en la proximidad o inmediatez de los actos efectuados y refiriéndose a la ejecución de hechos (actos) encaminados directa e indirectamente a la realización del delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

En cambio para Impallomeni "es la ejecución frustrada de una determinación criminosa". (147)

Criterios de otros autores sobre las clases de tentativa.

Todos los autores coinciden en hablar solamente de dos tentativas la acabada y la incabada, nos hacen ver que la tentativa difiere de los actos preparatorios; en éstos no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito; tales actos materiales pueden ser lícitos o ilícitos pero en cambio, la tentativa existe ya un principio de ejecución y por ende, la penetración en el núcleo del tipo. Penetrar en el núcleo del tipo, consiste en ejecutar algo en relación con el verbo principal del tipo del delito de que se trate.

147. IMPALLOMENI, citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. cit., pág. 279.

En donde todos coinciden es en la forma en que se va a punir las tentativas.

El artículo 12 del Código Penal nos dice: "La tentativa es punible cuando se ejecuten hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

Se fundamenta la punición en la tentativa en el principio de la efectiva violación de la norma penal, al poner en peligro intereses jurídicamente tutelados. Y además señalan que debe sancionarse con menos energía la tentativa y más fuertemente el delito consumado, porque además de violar la norma penal, se lesionan bienes protegidos por el derecho, en cambio, en la tentativa sólo se ponen en peligro.

Si el individuo se desiste de manera espontánea de su acción criminal, no es punible la tentativa.

El artículo 63 del Código Penal castiga a los responsables de tentativas punibles, y se les aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59 hasta dos terceras partes de la sanción que se debiera imponer al haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario.

Para imponer la pena de la tentativa, los jueces -
tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado de que
se hubiere llegado en la ejecución del delito.

Por consiguiente pasaremos a analizar las dos cla-
ses de tentativa.

1.- DIVERSAS FORMAS DE TENTATIVA.

Tentativa acabada o delito frustrado.- Es cuando -
el agente quien realiza la conducta, emplea los medios necesa
rios para cometer el ilícito, y ejecuta dichos actos al propo
sito deseado pero el resultado por causas ajenas a su volun-
tad no se realiza el ilícito.

En cambio en la tentativa inacabada o delito inten-
tado se llevan a cabo los actos tendientes a la producción del
resultado, pero por causas ajenas al sujeto omite alguno o v
arios y por eso el evento no surge, hay una incompleta ejecu-
ción.

La tentativa no existe en los delitos de omisión -
simple por surgir éstos en el momento mismo de omitir la con-
ducta esperada, al darse la condición exigida por la ley para

actuar; por tanto no hay un antes en donde pueda empezar a omitir la acción esperada.

Por ser este un delito de acción solo se admite la tentativa acabada, ya que puede hablarse de un principio de ejecución, aunque nunca suele realizarse.

DELITOS IMPOSIBLES.

Todos los autores entre quienes encontramos a Castellanos Tena, nos señalan al delito imposible y nos dice -- que no debe confundirse, la tentativa acabada o delito frustrado con la tentativa de delito imposible. (148)

En ésta tampoco se produce el resultado y no surge por causas ajenas a la voluntad del agente, pero no surge por ser imposible, porque en este no se realiza la infracción de la norma por imposibilidad material, por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito. - Tal situación la podemos observar cuando se administra un aborto a una mujer no embarazada o se pretende privar de la vida a un muerto.

148. Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., pág. 282.

Nos señalan también que se debe observar y no caer en el error de confundirlos, al delito putativo o imaginario con el imposible.

En el putativo no hay infracción a la ley penal por imposibilidad jurídica, la norma no existe. En cambio en el imposible es por imposibilidad material.

F.- CONSUMACION.

Por delito consumado debemos entender la acción en la cual se cumplen todos los elementos tanto genéricos como específicos, integrantes del tipo penal.

Raúl Carranca y Trujillo nos da una definición de lo que se debe entender por consumación: "Un delito está consumado, cuando todos los elementos constitutivos, según el modelo legal, se encuentren reunidos en el hecho realizado".
(149)

"El delito es consumado cuando el hecho completo responde exactamente y completamente al tipo abstracto deli

nado por la ley en una norma incriminadora especial". (150)

Cuello Calón nos dice al respecto: "El delito se consuma cuando voluntariamente se han realizado todos los actos materiales de ejecución del delito y se ha lesionado efectivamente el bien jurídico protegido". (151)

El momento consumativo se verifica en algunos delitos con la realización de una determinada conducta (acción u omisión).

Por lo tanto el ilícito penal llega a su perfección con la consumación.

1.- CONSUMACION EN EL DELITO A ESTUDIO.

El delito de Incesto de llegar a consumarse traería como consecuencia un resultado material como sería la lesión al bien jurídico (conservación de la especie) esto es - la seguridad de la descendencia sin taras. Es decir la pureza familiar.

150. ANTOLISEI, Francesco. Op. cit., pág. 342.

151. Cfr. CUELLO CALON, Eugenio. Op. cit., pág. 536.

C A P I T U L O VI

1.- CONCURSO.

A.- Concurso de Personas.

1.- Autoría Mediata.

2.- Autoría Inmediata.

B.- Concurso de Delitos.

1.- Concurso Real o Material.

2.- Concurso Ideal o Formal.

Otra definición es la siguiente:

Participación.- "Participar es tener parte en una cosa, obra o empresa. El delito es, a menudo, idea de varios individuos que complementan sus esfuerzos en la tarea ilícita de la misma manera como los esfuerzos humanos se complementan en las realizaciones permitidas por la ley". (154)

Como se habfa observado, en lo antes mencionado, dichos autores emplean o usan el término participación como sinónimo de concurso de personas, lo cual se desprende en nuestra forma de ver que existe un error técnico, el cual se encuentra en el término participación siendo este muy ambiguo; el concurso de personas, se encuentra englobado dentro de las características de los diversos grados de participación en el hecho delictivo.

Entendemos por concurso de persona, el número de estas mismas personas que intervienen en la participación y en la comisión de un delito existiendo varias formas y grados de participación.

154. GOLDSTEIN, Raúl. DICCIONARIO DE DERECHO PENAL. Bibliográfico One ba, Lavalle 328. Buenos Aires, 1962, pág. 379.

A continuación daremos una definición de lo que se debe entender por concepto de autor, considerando este de su ma importancia.

El autor es quien realiza un hecho punible por su propia voluntad en forma típica y en los casos pertinentes, causa el resultado del mismo.

Los tratadistas expresan con gran acierto que el contenido material del concepto de autor se define siempre, en el caso particular del tipo concreto con arreglo al cual se determina el hecho punible, pero no con esto se quiere de cir que el marco formal del concepto de autor pueda determinarse unitariamente para todo el ámbito del Derecho Penal.

1.- Autoría Mediata.

La Autoría Mediata debe considerarse como aquella "Que admite que otra persona de la que se sirve como instrumento realice para el mismo, total o parcialmente, el tipo de un hecho punible". (155)

Por eso el autor mediato no se le puede considerar

155. MEZGER, Edmund. Op. cit., pág. 309.

como un instigador o cómplice, en efecto no se consideraría en éstos casos ni autor, ni autor mediato. La Autoría Media está excluida en los delitos de propia mano, y puede decirse que la autoría mediata es por mano ajena.

Debemos entender por instrumento, aquella persona que actúa voluntariamente y a veces, incluso punible; si se utiliza como objeto sin voluntad propia, por ejemplo en el caso en el cual el sujeto es manejado recurriendo a la Vis-Absoluta, existe Autoría Inmediata.

Sebastián Soler nos dice, lo que se debe entender por autor mediato, "es el que ejecuta la acción por medio de otro sujeto que no es autor, o no es culpable, o no es imputable. p(156)

Sebastián Soler señala además, "los autores mediatos, siendo plenamente imputables se valen para la ejecución material del delito de un sujeto excluido de responsabilidad" (157)

A continuación señalaremos el concepto de Autoría

-
156. SOLER, Sebastián. DERECHO PENAL ARGENTINO, Tomo II, 3a. Edición tipografía, Editora Argentina, 1956, pág. 258.
157. SOLER, Sebastián. Op. cit., pág. 258.

Mediata.

Eugenio Raúl Zaffaroni, el cual tiene mucha importancia nos dice, "concepto general, No es menester que el autor cumpla personalmente (de propia mano) la conducta típica, "de propia mano" y ello acontece excepcionalmente. En la generalidad de los casos, el autor puede valerse de un tercero. Se ha dado en llamar "Autor Mediato" al que se vale de otro que, al menos, es inculpable". (158)

En resumen, el autor llamado mediato no requiere de un autor inmediato pues el instrumento puede no tener el dominio del hecho; como sucede en el caso de las personas que actúan sin dolo.

Y esto es que no tiene dominio final del hecho y por eso mismo no es autor.

A fin de cuentas se entiende que la Autoría Mediata no presupone a una autoría inmediata.

Un ejemplo sería: Aquel hermano que instiga a otro hermano a que tenga relaciones sexuales con la hermana de -

158. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., pág. 636.

ambos.

Para finalizar el análisis de la importancia de la Autoría Mediata es interesante ver como nos la define Ignacio Villalobos: Son llamados así porque realizan el delito a través de una persona exenta de responsabilidad que, por lo mismo, no es partícipe en el delito sino simplemente en el acto material, como instrumento físico y no como sujeto de la infracción penal. (159)

2.- AUTORIA INMEDIATA.

Por Autoría inmediata debemos entender aquella en la cual el sujeto activo realiza los actos directamente tendientes a la comisión del delito, sin la intervención o ayuda de otra u otras personas.

Este delito exige la ejecución inmediata por el autor y por lo mismo puede decirse que son delitos de propia mano.

Es aquí donde el individuo que comete el delito -

159. Cfr. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 489.

lo hace por propia mano o lo ejecuta el mismo y no necesita de otras personas para que lo realicen.

Según Zaffaroni "Se denomina a éstos delitos de - propia mano a todos aquellos que deben ser realizados en forma corporalmente inmediata por el autor y que por ende, excluyen la posibilidad de determinación como Autoría Mediata". (160)

"Se trata de tipos de cuya interpretación se desprende que el legislador, de todas las posibles conductas - lesivas de bienes jurídicos, sólo ha sido en el tipo aque- - llas en que el autor ha cometido el hecho en forma inmedia- - ta". (161)

Ignacio Villalobos la define: "como delitos de -- propia mano los cuales se pueden cometer por el autor en -- persona, y no valiéndose de intermediarios". (162)

Aquí los ejemplos son muy claros porque puede de cirse, que el autor inmediato es el ascendiente o hermano

160. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., pág. 636.

161. IBIDEM., págs. 643 y 644.

162. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 492.

quien personalmente y no por medio de otra persona realiza la conducta prohibida señalada en el artículo 272 del Código Penal.

Ejemplo será: Cuando el ascendiente tenga relaciones sexuales con su descendiente sin que medie intervención alguna, esto es que es de propia voluntad.

CLASIFICACION DE LA AUTORIA INMEDIATA.

Como ya se sabe, se consideran autores a todos aquellos que de alguna manera cooperan para cometer el ilícito penal o el hecho delictivo, la conducta realizada por éstos debe reunir dos elementos un psíquico y un físico. Según Villalobos los autores inmediatos se clasifican en:

- A) Autores Materiales.
- B) Autores Morales o Intelectuales.
- C) Autores por Cooperación.

A continuación se aporta la definición de cada uno de ellos:

A) Autores Materiales.- Son quienes físicamente realizan los actos característicos del tipo penal.

B) Autores Morales o Intelectuales.- Su aportación es sólo de idea, su voluntad coera sobre otra voluntad.

C) Autores por Cooperación.- Siempre que se presente un auxilio necesario para la consecuencia del fin delictivo. (163)

Por consiguiente en el delito a estudio se dan los dos tipos de Autoría o sea, que puede presentarse tanto la mediata como la inmediata.

B.- CONCURSO DE DELITOS.

Como su nombre lo indica hay concurso de delitos, cuando el sujeto activo realiza los actos tendientes a la comisión del delito, produciéndose el resultado, pero además trae aparejado otras consecuencias jurídicas constitutivas de otra violación a la ley penal, configurando nuevos

163. Cfr. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 489.

delitos, diferentes al original y se presentan resultados -
diversos, lo cual indica la aparición de otros delitos.

Habrá concurso de delitos, cuando la responsabil
dad por dos o más de ellas recae sobre un mismo agente que
los ha cometido.

CLASIFICACION.

La clasificación se hace de acuerdo a que existe
un concurso real y un concurso ideal.

1.- CONCURSO REAL O MATERIAL.

"Existe siempre que un mismo sujeto cometa dos -
o más delitos, integrados cadauno de ellos plenamente por
todos sus elementos de acto humano, antijurídico, típico y
culpable. Esos delitos pueden ser homogéneos (dos homici-
dios) o heterogéneos (un homicidio y un robo), sin que im-
porte su mayor o menor separación en el tiempo y con el só
lo requisito de que la responsabilidad por todos ellos se
halle viva, es decir que no haya prescrito ni haya sido juz

gada". (164)

El concurso real para Jiménez de Asúa es: "La pluralidad de actos independientes, queda, por ende, una pluralidad de delitos y que puede ser simultáneo o sucesivo".(165)

Una definición más nos la da nuestro Código Penal vigente en su artículo 18 "Hay acumulación; siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos, ejecutados en actos distintos, sino se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlos no está prescrita".

2.- CONCURSO IDEAL O FORMAL.

El artículo 19 del Código Penal en vigor nos dice que en éste no procede la acumulación de delitos, cuando los derechos constituyen un delito continuo o cuando en un sólo acto se violen varias disposiciones penales.

Pero a su vez el artículo 58 del mismo ordenamiento penal nos dice: "Siempre que un sólo hecho ejecutado en

164. VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., pág. 505.

165. JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. cit., pág. 534.

un sólo acto, o con una sola omisión, se violen varias disposiciones penales que señalen sanciones diversas se aplicará la del delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración.

Existirá cuando sólo por su aspecto ideal, de antijuricidad o de valoración, se puede decir, hay una doble o múltiple infracción. Debe existir una sola actuación del sujeto activo, con la cual resulten cumplidos varios tipos penales, realizadas varias lesiones jurídicas o afectados varios intereses protegidos.

Esta clase de concurso puede ser de dos maneras:

1.- Cuando por una sola actuación se producen dos resultados antijurídicos.

Como ejemplo se puede poner, a aquel sujeto que dispara un arma de fuego y lesiona a dos personas o el disparo se hace a través de la ventana de un establecimiento, para lesionar a una persona que se halla en el interior del establecimiento, cuasándole además de la lesión o el homicidio, el daño en propiedad ajena, consistente en la ruptura del cristal a través del cual se hizo el disparo (artículo 58 de nuestro Código Penal).

2.- Cuando el acto ejecutado, sin pluralidad en sus efectos materiales corresponde a dos o más estimaciones jurídicas diferentes puede ser considerada bajo dos o más as pectos, y bajo cada uno de ellos merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor (artículo 59).

Como ejemplo puede indicarse el contacto carnal ejecutado con violencia. No obstante ser un sólo acto, por circunstancias de la ofendida puede resultar a su vez adulterio, Incesto o ambas cosas. Existen otros ejemplos como el de la lesión causada resistiendo a una autoridad; el des truir una instalación (daño en propiedad ajena), para impedir que se lleve a cabo una obra pública.

En ambos casos están infringiendo varias normas penales aquí el juzgador impondrá el que tenga mayor castigo.

En el delito a estudio puede darse tanto el concurso Ideal o Formal, como el Real o Material.

El Real o Material podrá darse, siempre y cuando el sujeto realice el acto ilícito contemplado en el artícu lo 272 del Código Penal y posteriormente realice otro acto.

Por ejemplo: Cuando el ascendiente tiene relaciones sexuales con su descendiente (hijo), los sujetos al realizar este acto se les va a juzgar por este injusto penal, imponiéndose la pena de prisión de 1 a 6 años al ascendiente y al descendiente se le impondrán de 6 meses a 3 años de prisión. Y si posteriormente el ascendiente comete otro ilícito, es decir, que tenga relaciones con su hermana este recibirá otra sanción por dicha conducta desplegada la cual será de 6 meses a 3 años de prisión.

Si el sujeto realiza ambos actos en diferente tiempo tendrá que ser juzgado por ambos delitos y entonces habrá acumulación y estaremos en presencia del concurso Real o Material.

CONCLUSIONES

- 1.- La conducta en el delito de Incesto es de acción ya que consiste en la relación sexual ya sea entre ascendientes y descendientes, o bien entre hermanos y la cual es por un hacer.
- 2.- En la Ausencia de conducta sólo podrá presentarse el hipnotismo siempre y cuando se hipnotice al sujeto sin su consentimiento y éste realice una conducta o hechos tipificados por la ley penal.
- 3.- La Tipicidad en este delito se presenta cuando la relación sexual es llevada a cabo por dos personas que se hayan ligadas por lazos de parentesco en línea ascendente o descendente, o bien la colateral de 2° grado, o sea cuando son hermanos.
- 4.- En este caso la Atipicidad se presentará cuando flata alguno de los elementos enunciados en el párrafo anterior.
- 5.- En cuanto a la Antijuridicidad se presenta cuando la --

conducta de relación sexual es llevada a cabo por personas ligadas por el lazo de parentesco. Es decir, cuando realizan una conducta contraria a Derecho siendo esta material cuando se lesione a la familia en cuanto a la conservación de la especie y la formal cuando los sujetos realizan la actividad que se encuentra prevista en el artículo 272 del Código Penal.

- 6.- El aspecto negativo de la antijuridicidad son las causas de justificación y se presentan cuando la conducta siendo típica, no es antijurídica porque se ampara en alguna de las excluyentes de responsabilidad.
- 7.- En el delito a estudio no se presenta ninguna causa de justificación ya que es un delito en donde existe el mutuo consentimiento de las partes.
- 8.- En cuanto a la imputabilidad tenemos que a una persona se le considera imputable en el delito de Incesto, cuando tiene la capacidad de p̄siquica de entender y querer el resultado de su conducta, en el momento en que comete el hecho, es decir, cuando se tienen relaciones sexuales sabiendo el grado de parentesco entre ambos.

- 9.- Cuando no se tiene la capacidad de entender y querer se dice que la persona es inimputable, ya que no tiene conciencia de los actos que realiza; la ausencia de esa capacidad se debe a los estados de inconciencia, sordomudez, y a la minoría de edad. En cuanto al estado de inconciencia, puede ser transitorio o permanente, según que la pérdida total de la conciencia sea pasajero o definitiva, respectivamente; a la primera es consecuencia del uso involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes o por algún estado tóxico infeccioso agudo. La segunda se le conoce como locura, alineación o enajenación mental.

Se considera que se da la excluyente a estudio en el delito de incesto o cuando se ingiere esa clase de substancias sin voluntad y sin ánimo de llegar a tener relaciones sexuales con su ascendiente descendiente o hermano. En cuanto a los sordomudos, y los menores de edad serán inimputables ya que carecen de la capacidad física y legal al momento de realizar la conducta prevista en el artículo 272 del Código Penal.

- 10.- La culpabilidad tiene importancia en el delito de incesto, en cuanto a que los sujetos que intervienen en el -

evento les es reprochable su conducta por la sociedad. Y para que esa conducta les sea reprochada el sujeto de be tener la capacidad de entender y querer. En cuanto a las formas que se presentan en la culpabilidad, éstas son el dolo y la culpa, pero en el delito de incesto, - solo se exige el dolo directo, pues hay voluntad en la conducta y el resultado. La culpa no se da en este delito, en virtud de que ésta es la falta de previsión o de cuidado, y con ésto se presenta la ausencia del dolo requerido para este ilícito.

- 11.- La pena que impone el Estado a la persona que infringe las normas penales, no es más que un simple actuar de este, es una forma de represión hacia la persona.

- 12.- La punibilidad será entonces el merecimiento de una pe na a la que se hace merecedor el sujeto por la conducta realizada. En el delito de incesto la punibilidad la establece el artículo 272 del Código Penal y la -- cual consiste en una pena de prisión para los ascen-- dientes de uno a seis años, para los descendientes y - hermanos la pena aplicable será de seis meses a tres - años.

Siendo ilógica dicha sanción para los descendientes toda vez que se está hablando de personas capaces de entender y querer el hecho, motivo por el cual se debería de modificar la sanción debiéndose de imponer la misma que a los ascendientes. Ya que si bien es cierto la pena a los ascendientes es mayor, ya que éstos deberían de educar a sus hijos moralmente, también es cierto que éstos no van a estarlos cuidando en todo momento para que no lleven a cabo tales conductas, ya que los descendientes al cumplir la mayoría de edad tienen la capacidad suficiente para comprender los actos que realizan. Y no necesariamente podrían realizar el acto ilícito con su progenitor sino bien puede ser con su abuelo por lo cual resulta incongruente la sanción.

- 13.- Por otro motivo en el que no se está de acuerdo con la punibilidad es porque puede existir que el padre carezca de una educación cultural y el hijo tenga un nivel de educación alto.

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

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl.

CODIGO PENAL ANOTADO. Editorial Porrúa.- 10a. Edición. México, 1980.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl.

DERECHO PENAL MEXICANO. Parte General.- Décima Tercera Edición. Editorial Porrúa, México, 1980.

CASTELLANOS TENA, Fernando.

LINEAMIENTOS FUNDAMENTALES DE DERECHO PENAL. Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 1976.

CODIGO PENAL DE 1931.

Editorial Porrúa, México, - 1988.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

LEYES Y CODIGOS DE MEXICO. Colección Porrúa. Sexagésimo séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1988.

CUELLO CALON, Eugenio.

DERECHO PENAL. Editorial Nacional. 9a. Edición Reimpresión 1970, México.

CUELLO CALON, Eugenio.

DERECHO PENAL. Parte General. Tomo I, Editorial Bosch: Barcelona, 1952.

- DE PINA VARA, Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO PENAL.
6a. Edición, Editorial Porrúa,
México, 1977.
- GIUSEPPE, Magiore. DERECHO PENAL. EL DELITO.
Editorial Temis. Bogotá, 1954.
- ALANIS VERA, Esther. EL DELITO DE INCESTO. 1a. Edi
ción. Editorial Trillas. Méxi
co, 1986.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. 8a.
Edición, Editorial Porrúa.
México, 1966.
- GOLDESTEIN, Raúl. DICCIONARIO DE DERECHO PENAL.
Editorial Bibliográfica. Ar-
gentina, Buenos Aires, 1961.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. 5a. Edi
ción. Editorial Sudamericana.
Buenos Aires, 1961.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. DERECHO PENAL MEXICANO. Tomo
II. Introducción al Estudio
de las figuras Típicas. 3a.
Edición. Editorial Porrúa,
S.A., México, 1980.
- MESGER, Edmund. DERECHO PENAL. Parte General
6a. Edición Tipográfica. Edi
tora. Argentina, Buenos Aires,
1958.

PAVON VASCONCELOS, Francisco.
y VARGAS LOPEZ, Gilberto.

DERECHO PENAL MEXICANO. Parte Especial, 1a. Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1981.

PAVON VASCONCELOS, Francisco.

MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. 3a. Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.

PORTE PETIT CANDAUDAP,
Celestino.

APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL. Tomo I, 3a. Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1977.

VILLALOBOS, Ignacio.

DERECHO PENAL MEXICANO. Parte General. 3a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl.

TEORIA DEL DELITO. Editorial. Ediar, Sociedad Anónima. Editora Comercial Industrial y Financiera.