

309



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGON

“ LA DEROGACION DEL DELITO
DE INCESTO ”

296979

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:

Marisol
MARISOL Y. MICHAUD HURTADO

ASESOR

Lic. Rafael Guerra Alvarez

SAN JUAN DE ARAGON ESTADO DE MÉXICO





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Gracias DIOS por haberme dado la vida
y por permitirme llegar hasta este punto
para alcanzar una de mis metas.

Gracias mamá por enseñarme todo
lo que me has enseñado;
por tu comprensión y por tu amor incondicional.
Sin tu gran apoyo no lo hubiera podido lograr.

Gracias Jesús por compartir mis anhelos,
por confiar en mí, por tu amor y
por estar conmigo en todo momento.

Gracias Universidad Nacional Autónoma de México
por brindarme los conocimientos necesarios
para enfrentar al mundo, y gracias a todos
los profesores que participaron en esta causa.

Gracias Lic. Rafael Guerra Alvarez
por apoyarme en un tema tan controvertido
y por encausarlo debidamente.

ALEX:

Aunque aún eres muy pequeño y no entiendes el significado de algunas cosas, este logro está dedicado para ti ya que tú eres mi más grande motivación. Espero que cuando crezcas un poco más, te sientas muy orgulloso de tu mamá.

TE ADORO

LA DEROGACION DEL DELITO DE INCESTO

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

ANTECEDENTES Y ESTUDIO COMPARATIVO

| | |
|-----------------------------|----|
| 1.1 ANTECEDENTES..... | 4 |
| 1.2 ESTUDIOCOMPARATIVO..... | 11 |

CAPITULO II

EL DELITO Y SUS ELEMENTOS

| | |
|-----------------------------|----|
| 2.1 CONCEPTO DE DELITO..... | 19 |
| 2.2 ELEMENTOS..... | 23 |
| 2.2.1 POSITIVOS..... | 23 |
| 2.2.2 NEGATIVOS..... | 32 |
| 2.3 PUNIBILIDAD..... | 43 |

CAPITULO III

EL DELITO DE INCESTO

| | |
|---|----|
| 3.1 EL DELITO DE INCESTO..... | 49 |
| 3.2 EL CUERPO DEL DELITO DE INCESTO..... | 60 |
| 3.3 CONCURSO DE DELITOS ENTRE EL INCESTO, EL ESTUPRO Y LA VIOLACION..... | 67 |

CAPITULO IV

CAUSAS E INEFICACIA DEL TIPO PENAL

| | |
|-----------------------------|----|
| 4.1 CAUSAS DEL INCESTO..... | 76 |
|-----------------------------|----|

| | |
|--|-----|
| 4.1.1 PSICOLOGICAS..... | 76 |
| 4.1.2 SOCIALES..... | 79 |
| 4.2 LA INEFICACIA DEL DELITO DE INCESTO..... | 83 |
| 4.3 DEROGACION DEL TIPO PENAL..... | 88 |
| CONCLUSIONES..... | 100 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 103 |
| LEGISLACION..... | 105 |

INTRODUCCION

Hablar de incesto significa entrar en un tema de conversación muy polémico en virtud de que las relaciones sexuales cometidas entre parientes cercanos han sido consideradas antinaturales, inmorales e ilegales en muchos lugares y épocas de la historia. Sin embargo, también han existido lugares en los cuales se han visto de forma natural y no ha existido problema alguno.

La controversia ha existido a partir de que el incesto se convirtió en un tabú; y se ha llegado a la confusión de castigarlo sin saber si su sanción se debe a una cuestión legal o moral. Por un lado se ha visto como un ilícito ya que afecta intereses de varias personas: de los sujetos participantes, de los posibles descendientes, de la familia y de la misma sociedad. Por otro, se menciona que realmente no existen intereses lesionados ni personas perjudicadas, tratándose únicamente de un acto puramente inmoral que la sociedad ha repudiado y por eso se ha castigado.

Por tal razón, me pareció un tema interesante a estudiar y como era lógico se tuvo que adoptar una de las posturas existentes, la cual desde un punto de vista personal es que el incesto se sanciona por cuestiones morales por encima de las legales, de tal forma que el objetivo principal de esta tesis es demostrar que el incesto no debe de ser considerado un delito. Además, se analiza el tipo penal para que quede probada su ineficacia; motivos por los cuales se propone la derogación del mismo.

Para tales efectos se dividió el presente trabajo en cuatro capítulos en los cuales se examinó el delito en cuestión. En el primer capítulo se realizó una reseña

histórica y un estudio comparativo con las legislaciones de diversas entidades federativas. El capítulo II trata sobre conceptos fundamentales, necesarios para entrar en el estudio de un delito específico, tales como el concepto de delito y el de sus elementos. El tercer capítulo es un análisis profundo del incesto y en el capítulo IV se mencionaron causas psicológicas y sociales que lo provocan; además, se planteó la derogación de este delito habiendo dejado en claro la ineficacia del mismo.

CAPITULO I

ANTECEDENTES Y ESTUDIO COMPARATIVO

1.1 ANTECEDENTES

1.2 ESTUDIO COMPARATIVO

1.1 ANTECEDENTES.

El incesto es un acontecimiento que ha sucedido desde las primeras civilizaciones a través de toda la historia; y si bien es cierto que generalmente ha sido visto como un acto reprobable, también lo es que en ciertas épocas y lugares fue permitido por ser considerado como algo natural, por lo que no se castigó a quienes lo cometieron en virtud de que no existió afectación a intereses de terceros.

Aceptando que el origen humano proviene de la creación divina, se tendría que admitir que nuestros progenitores Adán y Eva así como sus hijos, cometieron incesto; en virtud de ser el único medio de propagar la especie. De este hecho surgen las interrogantes ¿quién es la madre de los nietos de Adán? ¿será Eva, o bien alguna hija de aquél? Si se busca una respuesta a los anteriores cuestionamientos se observará que en ese suceso aconteció un incesto madre-hijo o uno de hermano-hermana; visualizándose que las leyes divinas en un principio sí lo permitieron. Otro ejemplo similar fue el ocurrido en el Arca de Noé, pues en ésta sólo entraron el mismo Noé y sus tres hijos con sus respectivas esposas; entonces, para que fuera posible la procreación sucesiva necesariamente tuvo que existir por lo menos el incesto entre primos.

En Egipto, el incesto era muy frecuente, en ese lugar los padres desfloraban a las hijas y las familias gobernantes practicaban enlaces entre los hermanos con el objeto de perpetuar la descendencia y seguir conservando el poder, sobre todo en las dinastías decimoséptima y decimoctava, las cuales se extendieron por un periodo de más de 300 años. Incluso en la mitología egipcia existía el incesto; Isis, diosa de la magia, era a la vez hermana y esposa de Osiris, soberano del mundo inferior.

Otros pueblos que practicaron relaciones incestuosas fueron los incas, la aristocracia de los antiguos irlandeses, los habitantes de las islas Marshall y Hawaii; así como los esquimales y algunos pobladores de Melanesia y Micronesia. En éstos últimos ha existido la tradición de matrimonios entre padre e hija o entre madre e hijo. El pueblo inca practicó aproximadamente durante catorce generaciones enlaces entre hermanos y en ningún momento existieron deformidades en la descendencia.

En Roma, se castigó el incesto severamente, especialmente en la época imperial; castigándose el incesto entre ascendientes y descendientes, entre hermanos y hermanas, entre tíos y sobrinos, entre primos, así como entre suegro y nuera y entre yerno y suegra. En el gobierno de Teodoro se sancionaba con la pena de muerte, mientras que con Justiniano las relaciones incestuosas fueron castigadas con la confiscación de bienes, el destierro, la pérdida del estado civil para los patricios y los azotes para los plebeyos. El derecho romano distinguía entre dos clases de incesto: el "*incestus juris gentium*" que era el realizado entre ascendientes y descendientes y el "*incestus juris civilis*", cometido entre colaterales y afines.

El derecho canónico condenó al incesto por considerarlo un acto lujurioso además de antinatural, castigando duramente al que incurriera en él. Era señalado como herejía y las penas aplicables eran la tortura y la hoguera. En la época del papa Gregorio III, en el siglo VIII, era tan marcada esta prohibición que no se permitían los matrimonios entre personas con parentesco menor al séptimo grado. En el Concilio de Trento se establecía que quien a sabiendas de los grados prohibidos contrajera matrimonio con persona de su parentesco, debía ser separado de su consorte y no tendría derecho a la dispensa.

El derecho español también tenía reglamentación al respecto. El Fuero Juzgo en sus leyes 1ª y 7ª, Libro III, Título IV, incriminaba el casamiento y el adulterio con la mujer de los descendientes y con la mujer del linaje de éstos y equipara a este delito las relaciones sexuales entre barraganas de los padres y hermanas. El Fuero Real sancionaba hechos similares, sin embargo las penas que se aplicaban no eran muy rígidas. Las Partidas, en sus leyes 2ª y 3ª, Título VIII, Partida VII condenaban como adulterio las relaciones sexuales con parienta o cuñada.

La Novísima Recopilación extiende la pena a la fornicación con religiosas y la de los criados con las parientas o barraganas de sus señores y con otros criados de la casa; expresándolo en el Libro XII, Título XXIX, Ley I de la siguiente manera: "Grave crimen es el incesto, el cual se comete con parienta hasta el cuarto grado, o con comadre, o con cuñada, o con mujer que comete maldad con hombre de otra ley; y este crimen de incesto es en alguna manera herejía, y cualquiera que lo cometiere, allende las otras penas en derecho establecidas, pierda la mitad de sus bienes para la nuestra cámara."¹

Cabe destacar que en la anterior cita se señala como incesto las relaciones sexuales cometidas con persona de distinta religión; pero, considero que en ese entonces no tenían bien definido el concepto de incesto en virtud de confundirlo con otros hechos. Ahora que si se pensó que eran indebidas estas relaciones por no pertenecer a una misma fe, entonces se interpretaron de manera errónea los conceptos. Desde mi punto de vista, en dado caso, el incesto existiría entre personas pertenecientes a una misma religión, considerando que estaban ligados por las mismas creencias y formaban una familia cristiana; y no cuando fueren de

¹ González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales. 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, p. 177-178

otra ley. Es decir, opino que la reglamentación debió haber sido de forma contraria a la estipulada.

En México, antes de la conquista, los aztecas y los tlaxcaltecas castigaban las relaciones incestuosas. Los tlaxcaltecas tenían la pena de muerte para los que las cometían, pudiendo ser por ahorcadura o por decapitación; mientras que los aztecas imponían la ahorcadura para el incesto en primer grado de consanguinidad o de afinidad. Además de las leyes que se impusieron a la Nueva España, los indios que vivían en este lugar así como en Anáhuac tenían sus leyes con respecto a la lujuria. Al que se echara con su madre a la fuerza lo ahorcaban, y si ella lo consentía también la ahorcaban a ella. A su vez, recibían la misma sanción, los hermanos que tenían relaciones sexuales con sus hermanas, los que las cometían con sus entenadas y los que pecaban con su suegra.

Posteriormente, se comenzó a considerar que el delito de incesto no era muy claro porque no contenía un objeto definido para tutelar, sino más bien, el bien jurídico era incierto y no existía razón para penalizar. De esta forma el Código Francés de 1810 así como los de las dos Sicilias y el de Parma no sancionaron al incesto.

Siguiendo la anterior postura, México, en su código de 1871 tampoco contempló al incesto como delito; sólo se consideró una circunstancia agravante de cualquier ilícito el parentesco de consanguinidad y el de afinidad, tal como se observa a continuación

Art. 44.- "Son agravantes de primera clase"

Frac. XII. "El parentesco de consanguinidad en cuarto grado de la línea colateral entre el delincuente y el ofendido."

Art. 45.- "Son agravantes de segunda clase"

Frac. XIII. "El parentesco de consanguinidad en el tercer grado y el de afinidad en segundo de la línea colateral, entre el delincuente y el ofendido."

Art. 46.- "Son agravantes de tercera clase"

Frac. XIV. "El parentesco de consanguinidad en segundo grado de la línea colateral y el de afinidad en línea recta entre el delincuente y el ofendido."

Art. 47.- "Son agravantes de cuarta clase"

Frac. XV. "Ser el reo ascendiente, descendiente o cónyuge del ofendido, a excepción de aquellos casos en que al tratar de un delito, se considere en la ley como atenuante o como excluyente esta circunstancia."

De la misma manera, el parentesco era una agravante para las penas del estupro, la violación y la violación equiparada, las cuales aumentaban en dos años cuando el reo era ascendiente, descendiente, madrastra o padrastro del ofendido, y con un año si fuera hermano. Lo anterior se encontraba establecido en los artículos 799 y 801, en los cuales también se decía que el culpable quedaba privado de todo derecho a los bienes del ofendido y de la patria potestad respecto de todos sus descendientes.

Otros códigos como los de Italia de 1889 y 1930 condicionaban la punición de el incesto a que éste se efectuara con escándalo y sin esta circunstancia no había lugar a ningún hecho delictivo. Los italianos consideraban que sólo existiendo el elemento *escándalo* se lesionaban intereses de terceras personas; por lo que si podían efectuarse relaciones sexuales entre parientes sin ser sancionadas, siempre y cuando se llevaran a cabo en un grado de intimidad y sin salir a la luz pública. Esto era en razón de que se pensaba, que manteniéndolas con el

consentimiento de ambas partes y en secreto, no se perjudicaba a nadie, ni siquiera a los involucrados.

En 1929, dentro de el Código Penal para el Distrito Federal, también llamado Código Almaraz, se tipificó el incesto como un delito autónomo, estando ubicado en el Título Decimotercero "De los delitos contra la libertad sexual", en el capítulo III "Del incesto", Artículos 876 y 877.

Art. 876.- "Los padres que tuvieren relaciones sexuales con sus hijos, perderán todos los derechos que sobre ellos ejercieren y se les aplicará segregación por más de dos años, según la temibilidad revelada. Los hijos quedarán al cuidado del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social para su educación, corrección y regeneración".

Art. 877.- "El incesto entre hermanos se sancionará con multa de quince a treinta días de utilidad y permanencia mínima de un año en establecimiento educativo, o de corrección, si alguno o ambos fueren menores de edad.

Al mayor se le aplicará segregación hasta por dos años".

Cabe destacar que en este ordenamiento únicamente se sancionaba a los padres dentro de las relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes, mientras que los hijos sólo eran sometidos a medidas tutelares; sin importar si éstos últimos fuesen menores o mayores de edad. Aquí, la crítica personal al respecto es, que siendo los hijos mayores de edad y por ende responsables de sus actos debían también haber sido castigados; por ser, al igual que los padres, conscientes de ir en contra de lo estipulado por las leyes. Además, se pudiera pensar que en algunos casos los descendientes fueran de cierta forma los provocadores del ilícito y por lo tanto merecer una sanción.

Finalmente, se creó el código de 1931, el cual hasta la fecha sigue vigente, y en su artículo 272 se establece el delito de incesto tal y como se conoce en la actualidad. Este artículo se encuentra en el Título Decimoquinto "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual", Capítulo III "Incesto"; y no ha sufrido ninguna modificación desde 1931. Lo que sí cambió de nombre es el Título Decimoquinto, el cual era anteriormente titulado "Delitos sexuales".

Resumiendo, se puede observar que son mayoría tanto los lugares como las épocas en las que se han visto de forma anormal y criticable las relaciones incestuosas; por lo que diversas legislaciones han regulado el incesto imponiéndole penas que en ocasiones han sido muy severas. Sin embargo, existen algunos personajes reconocidos en la historia que han incurrido en relaciones sexuales con sus parientes sin importarles que existieran leyes que las condenaban; y cabe destacar que generalmente estas personas han pertenecido a los grupos más selectos de la sociedad, ya sea por su actividad política, religiosa o intelectual; siendo así blancos perfectos para la crítica, en virtud de que siendo gente con poder han desobedecido las normas establecidas sin que se les haya aplicado sanción alguna.

Como ejemplos, de lo anteriormente mencionado, se encuentran Cleopatra, quien fue esposa de su hermano; los emperadores romanos Julio César y Domiciano quienes sostuvieron relaciones incestuosas con su hija y su hermana, respectivamente; así como el poeta inglés Lord Byron con su hermana Augusta. También encontramos en esta lista a la escandalosa familia Borgia, compuesta por Lucrecia, César y el papa Alejandro VI. Este último anunció ser el padre de uno de los hijos de su hija Lucrecia, quien a su vez se le acusaba de sostener relaciones sexuales con su hermano César.

1.2 ESTUDIO COMPARATIVO.

Cada una de las entidades federativas que conforman la República Mexicana tiene su propio Código Penal y por lo tanto, también su propia forma de visualizar al delito de incesto y de sancionarlo. De tal forma, se mencionará la reglamentación de el delito en cuestión, en algunos estados de la República para poder encontrar ciertas similitudes y diferencias con la tipificación establecida en el Código penal para el Distrito Federal.

- Baja California -

“Sección Segunda. Delitos contra la familia; Título Primero. Delitos contra el orden de la familia; Capítulo VI. Incesto.”

Art. 242.- “A los parientes consanguíneos, sean ascendientes, descendientes o hermanos, que con conocimiento de su parentesco tengan cópula entre sí, se les impondrá prisión de dos a seis años.”

- Chihuahua -

“Título Séptimo. Delitos contra la familia; Capítulo IV. Incesto.”

Art. 185.- “La cópula entre ascendientes y descendientes y entre hermanos, se sancionará con prisión de uno a seis años.”

- Coahuila -

“Apartado Tercero. Delitos contra la familia; Título Primero. Delitos contra el orden familiar; Capítulo Quinto. Incesto.”

Art. 263.- “ Se aplicará prisión de uno a seis años y multa, a los ascendientes consanguíneos, afines en primer grado o civiles, que tengan relaciones sexuales con sus descendientes, con la voluntad de éstos.

La sanción aplicable a estos últimos será de un mes a cuatro años de prisión y multa.

Se aplicarán las últimas sanciones en caso de que las relaciones sexuales sean entre hermanos."

- Distrito Federal -

"Título Decimoquinto. Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual; Capítulo III. Incesto."

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

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

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

- Estado de México -

"Título Segundo. Delitos contra la colectividad; Subtítulo Quinto. Delitos contra la familia; Capítulo VIII. Incesto."

Art. 221.- "A los ascendientes que tengan cópula con sus descendientes, teniendo conocimiento del parentesco, se les impondrán de tres a siete años de prisión y de treinta a doscientos días de multa. La pena aplicable a estos últimos será de uno a tres años de prisión.

Se impondrá esta última sanción en caso de incesto entre hermanos."

- Guanajuato -

"Sección Tercera. Delitos contra la familia; Título Primero. Delitos contra el orden familiar; Capítulo IV. Incesto."

Art. 199.- "Se impondrá la pena de uno a cuatro años de prisión y de veinticinco a cien días de multa, a los ascendientes consanguíneos, afines en primer grado o civiles que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.

La pena aplicable a estos últimos será de un mes a cuatro años de prisión y de diez a setenta y cinco días de multa.

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

- Hidalgo -

"Título Octavo. Delitos contra la familia; Capítulo VII. Incesto."

Art. 242.- "A los parientes consanguíneos, sean ascendientes, descendientes o hermanos, que con conocimiento de su parentesco tengan cópula entre sí, se les impondrá prisión de tres meses a cinco años y multa de 10 a 100 días."

- Jalisco -

"Título Decimosegundo. Delitos contra el orden de la familia; Capítulo V. Incesto."

Art. 181.- "Cometen incesto, los parientes que copulan entre sí, siempre que se trate de ascendientes con descendientes, hermanos, medios hermanos, padre o madre adoptante con hija o hijo adoptivo, respectivamente, o los que estén ligados por vínculos de afinidad en primer grado.

El incesto entre ascendientes con descendientes se castigará con prisión de uno a cuatro años y los demás con prisión de seis meses a tres años."

- Michoacán -

"Título Decimoprimerero. Delitos contra el orden familiar; Capítulo III. Incesto."

Art. 220.- "Se impondrá sanción de uno a seis años de prisión y multa de mil a seis mil pesos, a los ascendientes que tengan cópula con sus descendientes.

La sanción aplicable a estos últimos será de tres días a un año de prisión y multa de cien a mil pesos.

Se aplicará de seis meses a tres años de prisión y multa de quinientos a tres mil pesos en caso de cópula entre hermanos."

- Nuevo León -

"Título Décimo Segundo. Delitos contra la familia; Capítulo III. Incesto."

Art. 277.- "Cometen el delito de incesto, los ascendientes, descendientes o hermanos, que con conocimiento de su parentesco tengan cópula entre sí.

A los responsables de este delito se les impondrá de uno a ocho años de prisión."

- Oaxaca -

"Título Décimo Segundo. Delitos contra la libertad, la seguridad y el normal desarrollo psicosexual; Capítulo III. Incesto."

Art. 255.- "Se impondrá de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.

Los descendientes mayores de dieciséis años que voluntariamente tengan relaciones sexuales con sus ascendientes, serán sancionados con la pena de seis meses a tres años de prisión.

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

- San Luis Potosí -

"Título Decimoprimer. De los delitos contra la familia, Capítulo Segundo. Del Incesto."

Art. 266.- "Cometen este delito quienes, siendo descendientes, ascendientes y hermanos consanguíneos que, con conocimiento de su parentesco, tienen cópula entre sí."

Art. 267.- "Este delito se sancionará con una pena de tres meses a cuatro años de prisión y multa de doce a doscientos días de salario."

- Sinaloa -

“Sección Segunda. Delitos contra la familia; Título Unico. Delitos contra el orden de la familia; Capítulo VI. Incesto.”

Art. 248.- “Se impondrá la pena de dos a ocho años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.

La pena aplicable a estos últimos, será de uno a cinco años de prisión. Esta misma sanción se aplicará en caso de incesto entre hermanos.”

- Sonora -

“Título Decimosegundo. Delitos sexuales; Capítulo V. Incesto.”

Art. 226.- “Se impondrá de dos a ocho años de prisión a los ascendientes que tengan cópula con sus descendientes. La sanción aplicable a estos últimos será de uno a cuatro años de prisión; esta misma pena se aplicará en caso de incesto entre hermanos.”

- Veracruz -

“Título Séptimo. Delitos contra la familia; Capítulo VI. Incesto.”

Art. 210.- “A los ascendientes consanguíneos, afines en primer grado o civiles que tengan cópula con sus descendientes, se les impondrá sanción de uno a seis años de prisión y multa hasta de ochenta veces el salario mínimo.

La pena aplicable a los descendientes será de seis meses a cuatro años de prisión y multa hasta de treinta veces el salario mínimo.

Se aplicarán las últimas sanciones en caso de que la cópula sea entre hermanos.”

Como se puede observar, existen diferencias en los tipos penales anteriormente señalados y es de gran relevancia rescatar algunas de ellas. De las 15 entidades estudiadas, 12 de ellas ubican al incesto dentro del título “Delitos

contra la familia'', siendo únicamente Oaxaca, Sonora y el Distrito Federal quienes lo sitúan en ''Delitos contra la libertad, la seguridad y el normal desarrollo psicosexual'', ''Delitos sexuales'' y ''Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual'' respectivamente; de tal forma que creo que el título mayormente utilizado es el más correcto en virtud de que este delito supuestamente atenta en contra de la familia.

Otra diferencia importante a considerar es la clase de parientes que incurren en este ilícito penal. En Chihuahua, el Distrito Federal, el Estado de México, Michoacán, Nuevo León, Sinaloa, Sonora y Oaxaca se mencionan los términos ascendientes y descendientes sin que se especifique el tipo de parentesco, pudiendo ser el consanguíneo, el civil o el de afinidad, o bien todos juntos. Contrariamente en Coahuila, Guanajuato, Jalisco y Veracruz claramente se señala que con cualquier forma de parentesco se puede cometer incesto; mientras que en Baja California, Hidalgo y San Luis Potosí solamente se hace alusión al de consanguinidad. Si bien es cierto que cada legislación es diferente, también lo es que deberían coincidir en aspectos básicos, lo cual no sucede con este delito ya que según el código penal aplicable podría haber cambios con los sujetos activo y pasivo. Por tal motivo me parece trascendente que las diversas leyes penales locales concordaran en el cuerpo del delito que integra al incesto.

A su vez hay que tomar en cuenta el hecho de que mientras en nueve de los estados estudiados la sanción establecida no es igual para los ascendientes que para los descendientes, en las otras seis entidades federativas sí lo es; lo cual me parece más correcto y más justo ya que las dos partes cometen el delito por igual y con su plena voluntad, por lo que no debería existir distinción para alguno de los sujetos participantes.

Por último, y a diferencia de lo anteriormente expuesto, existen dos entidades federativas que no tipifican como delito al incesto. Tanto en Puebla como en Tlaxcala no es regulado este ilícito y es curioso que no se le de relevancia a las relaciones sexuales efectuadas entre parientes, siendo que este hecho es mal visto generalmente, y más tratándose de la provincia, en la cual la gente suele tener más tabúes y se asusta con mucho mayor facilidad; por lo que habría que preguntarse el motivo por el cual no se han elevado a delito estos actos, pudiendo ser la respuesta que tal vez se ha considerado que no existe un sujeto pasivo o no hay un bien jurídicamente tutelado claramente definido; siendo interesante que en un mismo país, no exista tipificado en todas sus entidades federativas un mismo delito.

CAPITULO II

EL DELITO Y SUS ELEMENTOS

2.1 CONCEPTO DE DELITO

2.2 ELEMENTOS

2.2.1 POSITIVOS

2.2.2 NEGATIVOS

2.3 PUNIBILIDAD

2.1 CONCEPTO DE DELITO.

Para poder hablar del delito de incesto es necesario que primero se tenga una clara idea de lo que es un delito, por lo cual hay que tener un concepto del mismo.

El Código Penal en su artículo séptimo define al delito como el "acto u omisión que sancionan las leyes penales." Desde el punto de vista dogmático, para Jiménez de Asúa el delito es un "acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal."² Existen muchas definiciones parecidas en las cuales únicamente se quitan o se agregan algunos elementos, dependiendo del número de éstos, que se cree componen al delito. Al respecto, existen dos corrientes creadas para el estudio del mismo; la primera es la totalizadora o unitaria, en la cual se dice que el delito no puede dividirse en virtud de formar un todo orgánico; ni siquiera para su estudio. La corriente analítica o atomizadora estudia los ilícitos penales por sus elementos constitutivos, sin negar la unidad del delito; sin embargo, no existe uniformidad de criterio en cuanto al número de elementos que lo integran, dando lugar así a las concepciones bitómica, tritómica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica; siendo ésta última junto con la tetratómica las más fuertes.

De la definición de Jiménez de Asúa se desprende un criterio heptatómico, contemplándose 7 elementos del delito: la acción o conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, las condiciones objetivas de penalidad y la punibilidad. Personalmente, defino al delito como una conducta típica que lesiona bienes jurídicos individuales o colectivos expresamente protegidos por las normas

² Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal. 3ª ed., Ed. Trillas, México, 1990, p. 43

penales; adoptando así la concepción tetratómica al señalar como elementos del delito a la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Considero que la imputabilidad, la condicionalidad objetiva de punibilidad y la misma punibilidad no son elementos del delito. La imputabilidad es un presupuesto del delito, ya que para que se considere que un sujeto ha cometido una conducta típica, antijurídica y culpable, primero tiene que ser imputable. La condicionalidad objetiva de punibilidad no puede ser considerada como un elemento porque no se encuentra en todos y cada uno de los tipos penales, sino sólo en algunos; entonces, una condición que no está contenida en todos los ilícitos no puede ser elemento del delito. Por último, la punibilidad tampoco es un elemento, ya que ésta se establece con anterioridad al delito, amenazando de que en caso de cometer una conducta prohibida, se impondrá una pena.

También existe una clasificación del delito para su mayor claridad.

a) Por la conducta del activo.- Según este criterio los delitos pueden ser de acción y de omisión. La acción es la actividad del sujeto, el movimiento corporal con el que se infringe una ley. La omisión es la abstención de hacer lo que está obligado. Los delitos de omisión se subdividen en delitos de simple omisión u omisión propia y en delitos de comisión por omisión u omisión impropia; los primeros son aquellos que consisten en la simple inactividad o abstención de realizar una conducta ordenada por la norma penal; mientras que en los de comisión por omisión el sujeto activo decide no actuar para producir un resultado.

b) Por el resultado.- Los delitos se subdividen en formales y materiales; los primeros son aquellos que para integrarse no necesitan de ningún resultado que

altere el mundo exterior. Los materiales requieren necesariamente de un resultado que cambie al mundo exterior, el cual sea apreciable por los sentidos.

c) Por el daño que causan.- Según este criterio los delitos se dividen en delitos de lesión y de peligro. Los de lesión ocasionan un daño, una disminución a los bienes jurídicamente protegidos; los de peligro únicamente ponen en riesgo al bien jurídicamente tutelado, pero sin causarle daño alguno.

d) Por su duración.- Por su duración los delitos se dividen en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, permanentes y continuados. Los delitos instantáneos son los que se perfeccionan en un solo momento. Los instantáneos con efectos permanentes tienen la peculiaridad de lesionar el bien jurídicamente protegido, agotándose instantáneamente, pero los daños ocasionados se prolongan por cierto tiempo. El delito permanente es el que contiene una acción que se prolonga a través del tiempo a voluntad del activo. Los delitos continuados son los que presentan diversas acciones que violan el mismo precepto legal, por lo que solo se presenta un resultado.

e) Por el elemento subjetivo o culpabilidad.- Conforme a esta clasificación, se dividen en culposos y dolosos. Los culposos son los delitos en los cuales el sujeto no tiene la intención de que se presente el resultado delictivo, sin embargo, éste se presenta debido a que el actuar se realiza con imprudencia, negligencia o descuido. Los delitos se consideran dolosos cuando se cometen con la plena intención de delinquir.

f) Por su estructura.- Aquí, los delitos se dividen en simples y complejos. En los delitos simples solo existe un bien jurídicamente tutelado, por lo que únicamente se produce una lesión jurídica; por su parte los delitos complejos

causan dos o más lesiones jurídicas ya que en estos tipos penales se unifican varias infracciones.

g) Por el número de actos que lo integran.- Según este criterio los delitos pueden ser unisubsistentes o prurisubsistentes; los primeros se caracterizan por estar integrados por un solo acto, es decir, es suficiente un acto para cometer un delito. Contrariamente, los delitos plurisubsistentes requieren de dos o más actos para la realización del ilícito.

h) Por el número de sujetos activos que intervienen.- Se dividen en unisubjetivos y plurisubjetivos. El delito unisubjetivo únicamente requiere la participación de un sujeto para su comisión; mientras que en el plurisubjetivo necesariamente deben existir dos o más sujetos para que el delito pueda configurarse.

i) Por su forma de persecución.- De acuerdo a esta clasificación los delitos pueden ser perseguibles por querrela o perseguibles de oficio. Los delitos de querrela son aquellos en los que se necesita la denuncia del ofendido para que el Ministerio Público inicie la investigación correspondiente; y los de oficio son aquellos en los que cualquier persona puede efectuar la denuncia con la que la representación social tiene la obligación de perseguir el delito.

j) En función de su materia.- Según este criterio los delitos pueden ser comunes, federales y militares. Los delitos comunes son aquellos que se aplican en determinada circunscripción territorial, en una determinada entidad federativa, por tratarse de un dictado de una legislatura local y son conocidos por los jueces del orden común. Por el contrario, los delitos federales tienen validez en todo nuestro territorio nacional y solo son conocidos por jueces que tengan este mismo

carácter. Los delitos militares tienen jurisdicción únicamente sobre los órganos militares y existen tribunales especializados para este tipo de ilícitos penales.

2.2 ELEMENTOS.

Como ya se mencionó anteriormente, el delito se integra por elementos, los cuales tienen un aspecto positivo y un aspecto negativo. A continuación se enuncian los dos aspectos de los siete elementos del delito.

| Aspecto Positivo | Aspecto Negativo |
|-----------------------------|--------------------------------------|
| 1) Conducta | 1) Ausencia de conducta |
| 2) Tipicidad | 2) Atipicidad |
| 3) Antijuridicidad | 3) Causas de justificación |
| 4) Culpabilidad | 4) Inculpabilidad |
| 5) Imputabilidad | 5) Inimputabilidad |
| 6) Condicionalidad objetiva | 6) Ausencia de condiciones objetivas |
| 7) Punibilidad | 7) Excusas absolutorias |

En hojas que anteceden, dejé en claro mi postura de que los elementos del delito únicamente son los primeros cuatro; sin embargo, me parece importante señalar a los tres elementos restantes con su respectivo aspecto negativo para tener una mejor comprensión acerca del tema.

2.2.1 POSITIVOS.

1.- **Conducta**- Es el primer elemento del delito y algunos autores utilizan sinónimos para referirse a ella, como los vocablos acción, acto, acaecimiento,

hecho, etc. Para Fernando Castellanos la conducta es "el comportamiento humano voluntario positivo o negativo, encaminado a un propósito."³ Pavón Vasconcelos menciona que la conducta humana consiste en "el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria."⁴

De estas definiciones podemos observar que dicho comportamiento solo puede ser realizado por humanos y que puede consistir en una acción o en una omisión, además de tener como finalidad el producir un resultado. De tal forma, se puede entender a la conducta como una manifestación de voluntad efectuada por el hombre, consistente en un hacer o en un no hacer, que producirá una consecuencia en el mundo exterior; vislumbrándose en ella tres elementos que son: a) una acción o una omisión, b) un resultado, y c) una relación de causalidad entre el acto y el resultado.

a) Tal como ya se mencionó anteriormente, la acción es la actividad del sujeto, el movimiento corporal con el que una persona infringe una ley, mientras que la omisión es la abstención de hacer lo que está obligado. La omisión puede presentarse como omisión simple o como omisión por comisión: en la omisión simple se viola una norma preceptiva, produciéndose un resultado típico o jurídico; en la comisión por omisión se quebrantan dos normas, una preceptiva y una prohibitiva, generándose un cambio material por la inactividad del sujeto. En esta última, no se sanciona la omisión en sí, sino el resultado producido.

³ Castellanos, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 40ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, p. 149

⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 14ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, p. 210

b) El resultado, generalmente, se ha entendido como las modificaciones que la conducta produce en el mundo exterior. Sin embargo, los delitos formales no producen un cambio en el mundo, pero sí generan un resultado no tangible. Es por eso que también son llamados delitos de simple actividad, ya que no es posible distinguir otro resultado diferente a la conducta corporal. En cambio, en los delitos materiales se produce un resultado que es apreciable en el mundo exterior, siendo importante el señalar que no existe delito sin resultado.

c) La relación de causalidad es un nexo existente entre la conducta y el resultado, siendo la primera, la causa, y el segundo, la consecuencia. Existen diversas teorías que estudian esta relación, siendo las más importantes: Teoría de la equivalencia de las condiciones, Teoría de la última condición o de la causa próxima o inmediata y la Teoría de la condición más eficaz. En la primera de ellas, también conocida como *Conditio sine qua non*, todas las condiciones tienen el mismo valor y todas son la causa productora de un resultado; si se suprimiera una de las condiciones, éste no se originaría, en virtud de no existir la participación de todas las condiciones. La teoría de la causa inmediata le da valor relevante a la última condición, estimándola como causa del resultado; mientras que la teoría de la condición más eficaz considera que la condición que contribuyó mayormente al resultado es la más eficaz, otorgándole un valor preponderante.

Desde un punto de vista muy personal, la más acertada de las teorías señaladas, es la teoría de la equivalencia de las condiciones, ya que le da importancia a todos y cada uno de los actos exteriorizados por el sujeto activo, a todas las condiciones, no restando trascendencia a ninguna de ellas y otorgándoles el mismo valor, porque al fin y al cabo para producir un resultado se tuvieron que llevar a cabo primero una serie de pasos.

Esta relación de causalidad, también conocida como nexo causal, sólo se verifica en aquellos delitos que producen un cambio en el mundo exterior que sea tangible por los sentidos, mientras que en los delitos formales no se presenta debido a que no es posible distinguir un resultado diferente a la misma conducta efectuada por los sujetos.

2.- **Tipicidad**- La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal, y éste último es el precepto legal realizado por el legislador en el que se describe determinada conducta ilícita. La tipicidad es un elemento del delito, mientras que el tipo penal es un presupuesto del mismo. Fernando Castellanos la define como "el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador."⁵

Este elemento es muy importante, incluso se le ha otorgado el rango de garantía individual al estar fundamentado en el artículo 14 Constitucional, párrafo tercero, que a la letra dice: "En los juicios de orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."; significando que no existe delito sin tipicidad. Por lo que se puede concluir, que si no hay una adecuación de la conducta al tipo penal, entonces no existe el delito.

El tipo penal es una descripción legislativa y tiene una clasificación:

a) Por su composición.- Los tipos pueden ser normales o anormales. Los normales son aquellos en los que el tipo está conformado por elementos objetivos; mientras que los anormales son, los que además de tener elementos objetivos, también contienen elementos subjetivos o normativos.

⁵ Castellanos, Fernando. op. cit., p. 168

b) Por su ordenación metodológica.- Según esta clasificación los tipos penales pueden ser fundamentales o básicos, especiales y complementados. Los fundamentales o básicos son los tipos con plena independencia, los que no derivan de otros y sirven para generar nuevos tipos penales. Los especiales son aquellos que están formados por un tipo básico al que se le agrega algún otro requisito. Los tipos complementados requieren de la realización previa de un tipo básico y a éste se le anexa cierta circunstancia. No tienen autonomía ya que se encuentran subordinados al tipo fundamental.

c) Por su autonomía o independencia.- Se dividen en autónomos y subordinados. Los tipos autónomos tienen vida propia y no dependen de algún otro; mientras que los subordinados están supeditados a otro tipo, por lo que adquieren vida en razón del tipo al cual se encuentran subordinados.

d) Por su formulación.- Los tipos pueden ser casuísticos y amplios. Los casuísticos son aquellos en los que el legislador plantea varias formas de ejecutar el delito y se subdividen en alternativamente formados y acumulativamente formados. Los primeros son los que plantean dos o más hipótesis comisivas, colmándose el ilícito con la ejecución de solo una de ellas; los segundos, exigen la realización de todas las hipótesis plasmadas en el tipo penal. Por otro lado, en los tipos amplios sólo se describe una hipótesis, no importando los modos de consumación; es decir, el sujeto activo llega a un mismo resultado utilizando diversos medios para originarlo.

e) Por el daño que causan.- Según esta clasificación los tipos penales pueden ser de lesión y de peligro. Los de lesión requieren de un daño al bien jurídicamente tutelado; los de peligro únicamente lo ponen en riesgo.

3.- **Antijuridicidad**- Una conducta es antijurídica cuando contraviene los preceptos penales, cuando viola el bien jurídico que tutela la norma. Pavón Vasconcelos concibe lo antijurídico como "un juicio valorativo, de naturaleza

objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el Derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado.⁶ Simplemente, es lo contrario al orden jurídico. Este elemento ha sido dividido en antijuridicidad formal y antijuridicidad material; desde un punto de vista formal constituye una transgresión a una norma dictada por el Estado, la cual se encuentra plasmada de forma abstracta. En cuanto a la material, consiste en la conducta que viola la norma de manera concreta, resultando contraria a los intereses colectivos.

En lo personal, opino que únicamente existe la antijuridicidad material, la cual es propiamente la antijuridicidad; y que la llamada antijuridicidad formal no es otra cosa sino que el elemento tipicidad. Al respecto Jiménez de Asúa señala: "Bien mirado, todo se reduce a que Von Liszt confunde la antijuridicidad formal con la tipicidad. En suma, la antijuridicidad formal es la tipicidad y la antijuridicidad material es la antijuridicidad propia. El error está en que con la terminología de Liszt se hace valorativo (normativo) a lo 'formal', que es descriptivo (típico)."⁷ La antijuridicidad, más que un elemento, es la esencia misma del delito, ya que sin la existencia de ésta, no podría considerarse una conducta como ilícito.

4.- Culpabilidad- La culpabilidad es el último elemento; y se le define como "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto."⁸ De esta definición se puede mencionar que la culpabilidad es la unión de la capacidad y de la voluntad de un sujeto, con el acto delictivo que realiza. Para profundizar más, la culpabilidad es el juicio de reproche que se le hace a un sujeto imputable por la

⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco. op. cit., p. 335

⁷ Ibid p. 334

⁸ Castellanos, Fernando. op. cit., p. 234

comisión de un delito, pudiéndole ser exigida una conducta diversa a la efectuada, en virtud del conocimiento de la antijuridicidad del mismo; observándose que son 3 los elementos que la componen: 1. La imputabilidad del sujeto, 2. El conocimiento de la antijuridicidad, y 3. La exigibilidad de una conducta diversa a la cometida. Si se acreditan todos y cada uno de ellos, entonces, el sujeto se considera culpable.

La culpabilidad puede presentar dos formas: el dolo y la culpa. Estas formas de manifestación quedan claramente especificadas en el artículo 8 del Código Penal del Distrito Federal, el cual establece: "Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente." El dolo consiste en ocasionar intencionalmente un resultado típico y antijurídico. Se compone de dos elementos, un elemento intelectual consistente en el conocimiento de quebrantar el orden jurídico; y uno emocional, que es la voluntad de llevar a cabo el acto. El Código Penal en su primer párrafo del artículo 9º nos dice al respecto: "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley,"

Existen diversas especies de dolo, tales como el dolo directo, el dolo eventual, el dolo indirecto o de consecuencia necesaria y el indeterminado. El dolo directo se presenta cuando hay voluntariedad en la conducta y, además, se quiere el resultado. El dolo indirecto es aquél en el que el sujeto actúa queriendo un resultado, sabiendo que al causarlo, se producirán otros resultados derivados de la misma conducta; por esa razón también es conocido como dolo de consecuencia necesaria. El dolo eventual existe cuando el agente tiene presente que puede ocurrir un resultado delictuoso, y a pesar de eso, el sujeto actúa aceptando las consecuencias que se produzcan. Por último, el dolo indeterminado es aquél en

donde se tiene la intención de delinquir, sin proponerse causar determinado delito; es decir, se quiere producir un resultado, pero la conducta no está dirigida a nada en concreto.

La culpa se presenta cuando se produce un resultado típico y antijurídico por causa de descuido o por negligencia del sujeto; sin que éste lo haya provocado voluntariamente, en virtud de no haberlo previsto siendo previsible, o bien, previéndolo pero confiando que no se iba a producir. La segunda parte del artículo 9º nos menciona: "...Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud a la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."

La culpa se clasifica en consciente, con representación o con previsión y en inconsciente, sin representación o sin previsión. La culpa consciente existe cuando el agente prevé el resultado típico como posible, teniendo la esperanza de que éste no se producirá en virtud de no quererlo; la culpa inconsciente es aquella en la que no se prevé, por descuido, un resultado que por su naturaleza sí era previsible y evitable. A éste último tipo de culpa se le puede clasificar en culpa lata, leve y levisima; división utilizada sólo en cuanto a que según la gravedad o levedad de la culpa se impone una mayor o menor penalidad. Considerando así, que la culpa es lata cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona; leve si hubiera sido previsto por alguien cuidadoso y levisima cuando lo fuera por alguien extremadamente cuidadoso, tanto, que se considerara como no común.

A diferencia del dolo, la culpa no se puede presentar en todos los delitos, sino solo en unos cuantos, tales como las lesiones, el homicidio y el daño en

propiedad ajena; imponiéndoseles como pena hasta la cuarta parte de la que tenga asignada el tipo básico en su forma dolosa, con excepción de los casos que tengan señalados una pena o medida de seguridad específica.

Después de los elementos señalados, siguen la imputabilidad, la condicionalidad objetiva de punibilidad y la punibilidad las cuales por no considerarse como elementos del delito se mencionarán con mayor brevedad. La imputabilidad es la capacidad de comprensión de un sujeto, de lo que está haciendo y de querer hacerlo voluntariamente para producir un resultado, al momento de realizar una conducta ilícita; es decir, es la capacidad de querer y entender. Por tal motivo reafirmamos que es un presupuesto del delito ya que sin ésta no se puede hablar de la comisión de una conducta, típica, antijurídica y culpable.

Las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que se requieren para que el delito sea punible. Fernando Castellanos las define como "aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación"⁹. De tal forma, se puede observar que son muy pocos los tipos penales que las establecen; por lo que no se pueden considerar como un elemento del delito, sino precisamente como condiciones necesarias para ciertos ilícitos, o bien, como ciertos requisitos ocasionales. La punibilidad es la amenaza de pena que en cada tipo penal se va señalando para el caso de que se cometa la conducta descrita en el mismo. Sobre ella versa la discusión más fuerte en cuanto a lo referente de que si es elemento del delito o una consecuencia de éste; pero sobre este tema se hablará más ampliamente en el apartado referido a la punibilidad.

⁹ Ibid p. 278

2.2.2 NEGATIVOS.

1.- **Ausencia de Conducta-** Es el aspecto negativo de la conducta y consiste en la acción u omisión involuntaria, la cual se puede presentar por:

- | | |
|-------------------------|-----------------|
| a) Vis absoluta | d) Sueño |
| b) Vis maior | e) Sonambulismo |
| c) Movimientos reflejos | f) Hipnotismo |

Tanto la vis absoluta como la vis maior son fuerzas físicas irresistibles que producen que un sujeto cometa cierta conducta de forma involuntaria; la primera proviene del hombre, mientras que la segunda, de la naturaleza. Los movimientos reflejos son actos corporales involuntarios provocados por un estímulo fisiológico en el cual no interviene la conciencia del individuo. El sueño y el sonambulismo son estados similares; en el sueño descansa el cuerpo y la mente consciente, mientras que en el sonambulismo se deambula dormido sin que al despertar se recuerde algo. En ambos casos se pueden producir movimientos inconscientes y por lo tanto involuntarios.

Cuando una persona es hipnotizada obra por mandato del hipnotizador, por lo cual actúa de forma inconsciente y sin voluntad propia. Sin embargo, es importante señalar que en el hipnotismo es necesario que no exista el consentimiento del sujeto a ser hipnotizado, ya que de lo contrario, estamos ante la *actio liberae in causa*; y entonces, el sujeto sí es responsable por haberse colocado intencionalmente en ese estado para realizar una conducta ilícita.

La ausencia de conducta se encuentra reglamentada en el artículo 15 fracción I del Código Penal del Distrito Federal.

Art. 15.- "El delito se excluye cuando:

I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente; ``

De la lectura del artículo precedente, se puede observar que existiendo la no voluntad del sujeto, es decir, la ausencia de conducta, no se es responsable de la comisión de un delito.

2.- **Atipicidad**- La ausencia de tipicidad o atipicidad es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal; de tal forma que sí existe un tipo penal, solo que la conducta no se adecúa al mismo por no contener alguno de los requisitos indispensables. Por tal motivo hay que diferenciar la atipicidad de la ausencia de tipo; siendo la primera aquella en la que falta alguno de los elementos del cuerpo del delito, mientras que la ausencia de tipo consiste en la no existencia de determinada conducta en la norma penal.

Existen dos tipos de atipicidad, la absoluta y la relativa. La primera de ellas aparece cuando no se acreditan todos los elementos que conforman al cuerpo del delito y se encuentra regulada en el artículo 15 fracción II del Código Penal, el cual nos dice al respecto:

Art. 15.- ``El delito se excluye cuando:

II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate;`` Por lo que si no se encuentran todos y cada uno de los elementos del tipo penal, ahora considerados como cuerpo del delito, no se habrá cometido ilícito alguno.

La atipicidad relativa consiste en la no adecuación de una conducta a un determinado tipo penal, sin embargo, dicha conducta sí encuadra en un tipo distinto al señalado. En tal situación, según lo especifica el artículo 304 Bis A del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al momento de dictar

el auto de formal prisión o de sujeción a proceso se hará una reclasificación del delito, desapareciendo así la atipicidad relativa.

La fracción III del artículo 15 del Código Penal nos dice:

“Art. 15.- El delito se excluye cuando:

III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídicamente afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien, y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento tácito cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.”

Sobre esta fracción, hay quien piensa que el consentimiento del interesado u ofendido da lugar a la atipicidad, pero también, que puede presentar a una causa de justificación. Cuando en un tipo penal se requiere que la conducta se realice contra la voluntad del sujeto pasivo, y éste otorga su consentimiento, entonces se está ante una causa de atipicidad ya que no se adecúa la conducta al tipo. Pero, cuando sí encuadra la conducta al tipo penal y se otorga el consentimiento para disponer del bien jurídico, entonces desaparece la ilicitud por existir una causa de justificación, siempre y cuando se trate de bienes disponibles. Por lo tanto, esta III fracción puede tener una doble función, ser una causa de atipicidad o una justificante, pudiéndose presentar sólo alguna de ellas según el delito de que se trate.

3.- **Causas de Justificación-** Son el aspecto negativo del elemento antijuridicidad y también son conocidas como causas de licitud o como justificantes del delito. "Las causas de justificación son aquellas en las que una conducta normalmente prohibida por la ley penal, no constituirá delito por la existencia de una norma que la autoriza o la impone."¹⁰ Por lo anterior, se entiende que hay ocasiones en que una conducta, generalmente antijurídica, no lo es, en virtud de que la misma ley la permite. Por lo cual, la persona que la realice no estará cometiendo ningún delito. Son causas de justificación: a) la legítima defensa, b) el estado de necesidad, c) el cumplimiento de un deber y d) el ejercicio de un derecho.

a) La legítima defensa se encuentra regulada en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal, la cual a la letra dice:

Art. 15.- "El delito se excluye cuando:

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa, racionalidad de la defensa respecto a la amenaza y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor;

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al hogar del que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el inculpado tenga la obligación de defender, o a sus dependencias, o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se

¹⁰ López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. 7ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, p. 154

cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;''

De esta fracción IV se desprenden ciertos requisitos necesarios para que opere esta causa de justificación:

- Una agresión que debe ser real, actual o inminente y sin derecho
- Una defensa, rechazando la agresión, para proteger bienes jurídicos propios o ajenos
- La necesidad de la defensa
- La racionalidad en la defensa respecto a la amenaza
- Que no medie provocación por parte del agredido o de su defensor

Es muy importante que la agresión sea real, actual o inminente y sin derecho; pero ¿qué quiere decir ésto? Real, quiere decir que verdaderamente está ocurriendo, es decir, la agresión no debe ser imaginaria. Actual, porque debe estarse realizando en ese mismo momento; o inminente, en caso de estar muy cercana o próxima a cometerse; por lo que no puede existir legítima defensa contra una agresión pasada. También, la agresión debe ser sin derecho, por lo que se entiende que debe ser antijurídica, contraria a las normas establecidas; si la agresión fuera justa, entonces no habría lugar a esta causa de licitud.

Si alguno de los requisitos señalados faltara no se estaría ante la presente figura; únicamente si no existiera racionalidad en la defensa respecto a la amenaza, es decir, que el agredido intensificara su acción llenando más allá de lo necesario para repeler la agresión, se daría un exceso de la legítima defensa, imponiéndose, en este caso, al sujeto que se hubiese extralimitado la pena que le fuese aplicable al delito culposo del que se trate; situación contemplada en el artículo 16 del mencionado Código Penal.

Pavón Vasconcelos define a la defensa legítima como "la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho."¹¹ Personalmente, pienso que esta justificante es un modo de defensa moderada que el Estado le permite a todos los sujetos para proteger bienes jurídicos en contra de agresiones injustas; en virtud de no poder auxiliar en ese preciso momento al que así lo requiera, otorgándole la facultad de defenderse por sí mismo, siempre y cuando lo haga de una forma racional.

b) El estado de necesidad "es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio."¹² La fracción V del artículo 15 del Código Penal nos dice al respecto:

Art. 15.- "El delito se excluye cuando:

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;"

En el estado de necesidad existen intereses o bienes jurídicos de diversos titulares, pero, por la subsistencia de un peligro actual, real o inminente uno de ellos tiene que salvaguardar un interés, no quedando otro medio más que el dañar el otro bien, siempre que éste último sea de igual o menor valor que el del

¹¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. op. cit., p. 347

¹² Ibid p. 361

salvaguardado. De tal forma, los requisitos que deben estar siempre presentes en el estado de necesidad, son los siguientes:

- Un peligro real, actual o inminente que no debe ser ocasionado de forma intencional por el agente
- El salvaguardar bienes jurídicos propios o ajenos de dicho peligro
- Lesionar un bien de menor o igual valor que el del protegido
- Que el peligro no sea evitable por otros medios

Una gran diferencia que tiene con respecto a la legítima defensa, es que en aquella existe un interés legítimo y uno ilegítimo; mientras que en éste, los dos intereses son lícitos. Contrariamente, al igual que en la primera causa de justificación, es indispensable que se verifiquen todos los requisitos señalados, ya que en caso de no presentarse alguno de ellos no se podría hablar de la presente figura jurídica.

El estado de necesidad tiene como fundamento el salvar uno de los intereses que no pueden coexistir, siendo importante el mencionar que sólo cuando se sacrifique un bien de menor o igual valor al del protegido se estará ante una causa de licitud; mientras que si se daña un bien de mayor valor al del salvaguardado entonces el delito sí se configura. Algunos autores mencionan que si se sacrifica un bien de igual valor al del protegido, no se está ante una justificante, sino ante una causa de inculpabilidad; sin embargo, en la fracción V del mencionado artículo 15 se especifica claramente que encontrándose en estado de necesidad, el bien a salvaguardar puede ser de menor o igual valor al que se sacrifica.

c) Al cumplimiento de un deber, junto con el ejercicio de un derecho, lo establece la fracción VI del mencionado artículo 15 del Código Penal.

Art. 15.- "El delito se excluye cuando:

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro; Si el acto está permitido y mandado expresamente por una ley, entonces no será ilegítimo, existen diversas personas que si no tuvieran que cumplir con esa obligación su conducta sería ilícita, tal es el caso de quien detiene, privando de su libertad, a una persona por cumplir con una orden de aprehensión; otro caso es el de las personas encargadas de cumplir con un embargo ordenado por un mandato judicial.

d) El ejercicio de un derecho es una causa de licitud que protege, sobre todo, a médicos y deportistas. Al médico lo justifica por lesiones o por la muerte de una persona causadas por tratamientos médico-quirúrgicos en virtud de ocasionarse en el ejercicio de un profesión autorizada por la ley, ya que éstas se pueden producir por causas externas, al momento de que el doctor intenta salvar o curar a la persona enferma con dicho tratamiento. En cuanto a los deportistas, los excusa debido a la existencia de deportes en los que es factible causar lesiones, tales como el foot ball soccer o el americano; existiendo algunos otros en los que la esencia misma del deporte es el lesionar al contrincante, tal como sucede en el box o en la lucha. Así, se les justifica por las lesiones causadas siempre y cuando el deporte esté autorizado por el Estado y exista un reglamento específico.

4.- **Inculpabilidad**- Tal como ya se mencionó anteriormente, para que un sujeto sea culpable deben existir 2 requisitos, el conocimiento y la voluntad; por lo que a contrario sensu, faltando alguno de aquellos se dará la inculpabilidad. Este aspecto negativo de la culpabilidad, consiste en la realización de una conducta ilícita cometida sin la voluntad del agente, o bien, sin el conocimiento del hecho delictivo.

Las dos causas de exclusión de la culpabilidad son el error y la no exigibilidad de otra conducta. El error de hecho puede ser esencial o accidental; el esencial debe de ser invencible ya que de lo contrario si es sancionable, en virtud de excluir al dolo pero no a la culpa; mientras que el error accidental que comprende el error en el golpe, en la persona y en el delito no es causa de inculpabilidad, y el sujeto que lo haya efectuado responderá por la comisión de un delito doloso. A su vez, el error esencial se divide en error de tipo y de prohibición; el primero recae sobre circunstancias que pertenecen al tipo penal, el segundo, sobre la licitud de la realización de la conducta.

Tanto el error de tipo como el error de prohibición se encuentran reglamentados en la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal, ubicándose el primero en el inciso A y el segundo en el inciso B.

Art. 15.- "El delito se excluye cuando:

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta."

La segunda parte de este inciso B menciona: "porque crea que está justificada su conducta", lo cual hace aparecer a la figura jurídica denominada eximentes putativas. Las eximentes putativas son causas de inculpabilidad en las cuales el sujeto "cree" tener derecho a actuar de determinada forma cuando en realidad no lo tiene; es decir, son situaciones de error invencible sobre la justificación de la conducta basadas en una idea imaginaria. Las causas de justificación pueden dar lugar a este tipo de eximentes, tal como la legítima defensa putativa.

La otra excluyente de la culpabilidad es la no exigibilidad de otra conducta, la cual se presenta ``cuando al agente, dadas las circunstancias de su situación, no pueda exigirsele una conducta distinta de la observada.'' ¹³ Aquí se ubica el caso en el que se coacciona moralmente al agente para la realización de un ilícito penal. No se puede ordenar una conducta distinta en la vis compulsiva en virtud de que el sujeto efectúa la conducta a consecuencia de un mal amenazante, entendiéndose que el agredido no actúa, sino el que lo agrede.

Al respecto, el artículo 15, en su fracción IX, del Código Penal dice:

Art. 15.- ``El delito se excluye cuando:

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho;'' Observándose claramente que en virtud de no poder actuar de forma diversa, el agente queda protegido por una causa de inculpabilidad la cual es excluyente del ilícito penal.

Una vez analizados los cuatro aspectos negativos del delito, se mencionarán los aspectos negativos de aquellos que no son considerados elementos del mismo. La inimputabilidad es la ausencia de la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho. La ley reconoce como causas de inimputabilidad el desarrollo intelectual retardado y el trastorno mental, tanto permanente como transitorio; pero especifica que si el sujeto se pone voluntariamente en estado de inimputabilidad para la comisión de un delito, responderá por el resultado típico por encontrarse frente a la figura de la acción libre en su causa; hecho previsto en la fracción VII del artículo 15.

Art. 15.- ``El delito se excluye cuando:

¹³ López Betancourt, Eduardo. op. cit., p. 242

VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible." La falta de condiciones objetivas de punibilidad es el aspecto negativo de la condicionalidad objetiva, y su ausencia hace que los tipos penales que las requieran no puedan ser punibles, por lo que el delito ejecutado que no cuente con las condiciones objetivas necesitadas seguirá siendo considerado como delito, más no podrá ser castigado.

Las excusas absolutorias son aquellas en las que el Estado otorga el perdón a un sujeto que le es reprochable su conducta, pero dejando subsistente el carácter de delito. En nuestra legislación penal se mencionan diversas excusas absolutorias, entre las que se encuentran las siguientes: a) En razón de la mínima temibilidad; establecida en el artículo 375, el cual hace alusión al robo no violento que no exceda de 10 veces el salario, y sea restituido por el infractor antes de que la autoridad conozca del delito. b) En razón de la maternidad consciente; mencionada en el artículo 333, el cual se refiere al aborto causado sólo por la imprudencia de la mujer embarazada y al aborto del producto que sea resultado de una violación. c) En razón de móviles afectivos; localizada en el artículo 400, el cual hace referencia al encubrimiento de ascendientes y descendientes consanguíneos, cónyuges, concubinos, parientes colaterales y afines, amigos, entre otros. d) Por graves consecuencias sufridas; ubicada en el artículo 55, en el que se establece la condición de que el sujeto activo sufra consecuencias graves en su persona; o bien, que éste sea una persona senil o cuente con un precario estado de salud y la pena sea considerada como innecesaria e irracional. También hay una excusa absoluta en el artículo 321 Bis que hace alusión a las lesiones u

homicidio culposos en agravio de un ascendiente, descendiente, hermanos, cónyuges, etc.; a excepción de que el autor se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, estupefacientes o psicotrópicos, o bien que no auxiliare a la víctima.

Finalmente, la última causa de exclusión del delito la menciona la fracción X del multicitado artículo 15, la cual dice a la letra:

Art. 15.-"El delito se excluye cuando:

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito."

Sobre esta fracción no se ha hablado mucho al respecto; sin embargo, pienso que el caso fortuito no entra dentro de ninguno de los aspectos negativos de los elementos del delito. Es decir, el caso fortuito es una causa de exclusión del delito originada por circunstancias muy particulares, que no pueden ser previsibles por el ser humano y que son totalmente independientes a dichos aspectos negativos.

2.3 PUNIBILIDAD.

Este apartado está dedicado a la punibilidad en virtud de que existen diversas formas de apreciarla; por un lado se encuentra a) la situación que se refiere a si la punibilidad es elemento del delito o no; y por otro, b) el hecho de que sea previa a la comisión de un ilícito penal, o bien sea una consecuencia del mismo.

a) En lo que se refiere al primer punto, versa la discusión más grande en cuanto a ser considerada o no, como elemento del delito. Para algunos autores tales como Pavón Vasconcelos, la punibilidad sí es elemento constitutivo del delito ya que una norma sin sanción deja de ser coercitiva, convirtiéndose únicamente en un precepto declarativo. Anteriormente, Porte Petit también coincidía con esta postura, señalando: "Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del

ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo. El artículo 7° del Código Penal que define al delito como el acto u omisión sancionado por las leyes penales, exige explícitamente la pena legal y no vale decir que sólo alude a la garantía penal *nulla poena sine lege*, pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma del ordenamiento jurídico, el artículo 14 constitucional, alude sin duda de ninguna especie a la garantía penal. Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase, es típica, antijurídica y culpable y, por lo tanto, constitutiva de delito y no es penada por consideraciones especiales.....”¹⁴ Actualmente, niega dicho carácter a la punibilidad diciendo: “Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que ésta no es un elemento sino una consecuencia del delito.”¹⁵

Uniéndose a esta postura encontramos a Fernando Castellanos, Raúl Carrancá y Trujillo e Ignacio Villalobos entre otros, los cuales nos mencionan que los ilícitos penales son considerados como tales por quebrantar la conservación del orden social, más no por ser punibles, siendo penadas todas aquellas conductas consideradas como delictuosas; concluyendo que un acto es punible por ser delito, más no es delito por ser punible.

¹⁴ Ibid p. 264

¹⁵ Castellanos, Fernando. op. cit., p. 277

De acuerdo a mi opinión, y tal como lo establecí anteriormente, coincido en que la punibilidad no es constitutiva de los delitos ya que no es parte de éstos, sino previa a los mismos; situación que aclararé en el siguiente punto. Además, las excusas absolutorias excluyen a la pena, pero no a la naturaleza del acto. Ahora que si la amenaza de imponer una pena y la imposición de la misma fueran característica o elemento constitutivo de un delito, se tendría que aceptar que todos aquellos actos que las tuvieran serían ilícitos penales, tales como las infracciones cívicas o administrativas.

b) En cuanto al hecho de que la punibilidad sea previa al delito o una consecuencia del mismo, la mayoría de los autores concuerdan en la última posibilidad. Sin embargo, existe la confusión de utilizar como sinónimos la pena y la punibilidad, motivo por el cual me parece importante definir a la punibilidad, a la punición y a la pena para dejar en claro las diferencias existentes entre ellas.

“Punibilidad es conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste.”¹⁶ Como se puede observar, la punibilidad es creada por el legislador con la finalidad de proteger bienes jurídicamente tutelados a través de la prevención general, es decir, es la amenaza de pena establecida en cada uno de los tipos penales para el caso de que la conducta de un sujeto se encuadre a alguno de ellos. De tal forma, la punibilidad se encuentra presente en el tipo penal antes de la comisión de un delito específico, permaneciendo en la norma se cometan o no se cometan los delitos.

¹⁶ Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, p. 69

Por lo anterior, reitero que la punibilidad es previa a la comisión de los ilícitos penales ya que ninguna conducta constituye delito si no está prevista por un tipo penal al que se asocia una determinada punibilidad. Esta, tiene como características la generalidad porque se dirige a todos los individuos, la abstracción porque no se refiere a un caso en concreto sino a todos los que se presenten durante la vigencia de la norma, y la permanencia, en virtud de subsistir en tanto lo haga la norma penal.

“Punición es fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad.”¹⁷ La punición consiste en la imposición de una pena a un sujeto, dictada por el órgano jurisdiccional en una sentencia penal, por la comisión de un delito. Es la individualización de la punibilidad y para poder aplicarse necesita previamente de ésta, ya que no puede darse la punición sin la existencia de una punibilidad asignada a determinada conducta. A diferencia de aquella, ésta es un mandato concreto y particular en virtud de ir orientado al agente que haya realizado determinada infracción penal, y no a cualquier persona.

“La pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para garantizar el orden jurídico; es la reacción del poder público frente al delito.”¹⁸ La pena consiste en la ejecución de la punición impuesta por el juez, la cual es llevada a cabo por el órgano ejecutivo. Su finalidad es conseguir la prevención especial, es decir, la readaptación del condenado. Para que exista, debe haber una punición previa y se caracteriza por ser concreta y particular.

¹⁷ Ibid p. 75

¹⁸ Castellanos, Fernando. op. cit., p. 130

Una vez analizados los tres conceptos se puede señalar que la punibilidad es creada por el órgano legislativo, la punición es impuesta por el órgano jurisdiccional, mientras que la pena es cumplida por el órgano ejecutivo. Para la aplicación de la pena es necesaria la previa punición, mientras que para la imposición de ésta se requiere la existencia de la punibilidad. Por lo tanto, la punibilidad es anterior a la comisión de un delito y tanto la punición como la pena son posteriores a la ejecución del mismo.

Para concluir, la punibilidad es la amenaza de pena, la punición el cumplimiento de esa amenaza y la pena la ejecución de la misma; por lo tanto, puedo considerar que ésta última es la verdadera consecuencia de la comisión de un delito.

CAPITULO III

EL DELITO DE INCESTO

3.1 EL DELITO DE INCESTO

3.2 EL CUERPO DEL DELITO DE INCESTO

3.3 CONCURSO DE DELITOS ENTRE EL INCESTO, EL ESTUPRO Y LA VIOLACION

3.1 EL DELITO DE INCESTO.

Una vez ya explicado el concepto de delito y los antecedentes del incesto, es momento de entrar de lleno al estudio del delito en cuestión. La palabra incesto proviene, para algunos, del griego *''ancestus''* (insanable), y para otros, del latín *''incestus''*, es decir, no casto; pero según otros se deriva de *''cestus''* que significaba la cintura de Venus, la cual se daba a los casados excepto cuando existía algún impedimento para casarse, de tal forma que el matrimonio contraído a pesar del impedimento se llamaba incestuoso.

Como en este punto los autores tampoco se han podido poner de acuerdo, sólo nos queda decir que conceptualmente el incesto es la cópula efectuada entre ascendientes, descendientes o hermanos, los cuales, se encuentran impedidos de contraer matrimonio entre ellos mismos.

El delito de incesto se encuentra tipificado en el artículo 272 del Código Penal para el Distrito Federal, dentro del título decimoquinto denominado *''Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual''*, en el capítulo III titulado de la misma forma que el ilícito penal. Este tipo penal a la letra dice:

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

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

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

En el mismo numeral y con la misma redacción encontramos al incesto en el Código Penal Federal, en el cual también coinciden con el del Distrito Federal el título y el capítulo en el que se encuentra ubicado; situación de la cual ignoro la

razón por la que esté en aquél código en virtud de no ser un delito de los considerados como federales.

Al respecto, La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en su artículo 50 fracción I nos señala cuáles son los delitos federales, interesándonos a nosotros los incisos a) a i) por ser en éstos en los que se menciona los ilícitos que deben estar en el Código Penal Federal.

Art. 50.- "Los jueces federales penales conocerán:

I.- De los delitos del orden federal.

Son delitos del orden federal:

a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados internacionales. En el caso del Código Penal Federal, tendrán ese carácter los delitos a que se refieren los incisos b) a i) de esta fracción;

b) Los señalados en los artículos 2 a 5 del Código Penal;

c) Los cometidos en el extranjero por agentes diplomáticos, personal oficial de las legaciones de la República y cónsules mexicanos;

d) Los cometidos en embajadas y legaciones extranjeras;

e) Aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo;

f) Los cometidos por un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;

g) Los cometidos en contra de un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;

h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado;

i) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado;

j)

Como se puede observar, el delito de incesto no concuerda con ninguna de las fracciones señaladas por el anterior artículo, las cuales nos dicen cuáles son los delitos federales. Por lo tanto ¿por qué insertar a nuestro delito en estudio dentro del Código Penal Federal, si no está contemplado como un delito de este orden? Por tal motivo, considero pertinente que el incesto desaparezca del Código Penal Federal, quedando únicamente en los códigos penales estatales, así como en el del Distrito Federal.

Analizando el artículo 272 surgen muchos aspectos no claros que hace que el tipo penal tome un matiz de ambigüedad, dejándolos en el aire para que cada quien los interprete de acuerdo a su criterio y forma de pensar. Primeramente, el incesto se ubica dentro del título denominado "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual"; pero, ¿realmente se encontrará en el lugar correcto dentro del Código Penal del Distrito Federal? Los delitos son ubicados dentro de cierto título tomando en cuenta el bien jurídico que se protege dentro del tipo penal, pero en el incesto ¿cuál es el bien jurídicamente tutelado? Este es uno de los más grandes problemas de este delito ya que los autores no se han podido poner de acuerdo al respecto. Las dos posturas más fuertes son 1) cuidar al factor genético y 2) proteger la moral sexual familiar, siendo ésta última la que ha tomado un poco de mayor trascendencia en virtud de que la familia es la célula de la sociedad y hay que velar por ella para que no se destruya.

Entonces, siendo el orden familiar el bien jurídico a proteger, ¿que hace el incesto en el título de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual? En este caso, lo más correcto sería que se ubicara en un título denominado "Delitos contra la moral", o bien en alguno de nombre "Delitos contra la familia". En este último título es en el que varias entidades federativas contemplan al delito de incesto, tales como Baja California, Chihuahua, Coahuila,

el Estado de México, Hidalgo, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Nuevo León, San Luis Potosí, Sinaloa y Veracruz, entre otras; de tal forma que pienso que habría que analizar seriamente la posibilidad de cambiar al incesto a otro título.

Desde mi punto de vista en el Código Penal del Distrito Federal si está mal ubicado este artículo ya que de ninguna manera se está protegiendo la libertad sexual de los sujetos, ni tampoco su normal desarrollo psicosexual. Pienso que este delito se castiga por otras circunstancias las cuales, más bien, son de orden moral; pero si tuviera que situar a este artículo dentro de algún título del Código Penal, lo haría en nuevo título de nombre "Delitos contra la familia" en el cual existiría el capítulo de incesto y el de violencia familiar; o bien añadiría un capítulo más con el mismo nombre al título octavo "Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres", todo con el propósito de dejar bien en claro que la familia debe de estar bien cuidada por la ley.

En segundo lugar es importante hacer énfasis en lo que son las "relaciones sexuales", ya que éstas son las palabras empleadas por el legislador para quien cometa el delito de incesto. En lo que se refiere a este punto, existe confusión en cuanto a si "relaciones sexuales" y "cópula" son sinónimos o no; siéndolo para algunos, pero para otras personas no. Estas últimas argumentan que no toda relación sexual se traduce en una cópula, siendo aquella todos los actos eróticos existentes entre los agentes. Sin embargo, si cualquier acto erótico entre parientes se considera como incesto, ¿por qué se habla tanto del factor genético? Personalmente opino que el término utilizado por el legislador es un sinónimo de la palabra cópula, utilizada en el delito de violación, a la cual le quisieron dar variedad; siendo prueba de tal hecho que en diversas entidades federativas de la República Mexicana vemos uniformidad en la utilización de la palabra cópula dentro de los tipos penales del incesto.

Uno de los puntos más críticos y difíciles de analizar dentro de este delito es el parentesco. En el Código Penal se mencionan ascendientes y descendientes, pero nunca se especifica el tipo de parentesco. ¿Será únicamente el consanguíneo, o bien, cualquiera de las modalidades existentes?

Como todos sabemos, existen tres tipos de parentesco: el consanguíneo, el de afinidad y el civil. El primero de ellos es el habido entre personas que descienden de un mismo progenitor y puede darse en línea recta o transversal, según lo establecido por el artículo 297 del Código Civil para el Distrito Federal el cual a la letra dice: "La línea es recta o transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común". El parentesco por afinidad es el que se adquiere por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer o entre ésta y los parientes del varón; y por último, el parentesco civil es el nacido de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado.

Una vez que se han mencionado brevemente las formas del parentesco, se puede hablar de cual de ellos es el que conforma al incesto. Como ya se señaló anteriormente, existe una discusión sobre cuál es el bien jurídicamente tutelado, existiendo dos posturas. Si nos decidimos por la salud de la estirpe, encontramos que no hay razón alguna para castigar al incesto entre parientes civiles o por afinidad; pero, si por el contrario, nos inclinamos por el orden familiar, entonces veremos la necesidad de castigar las relaciones sexuales entre parientes de cualquier tipo en virtud de que independientemente a éste, se conforma una familia. Algunos estudiosos mencionan que las palabras ascendientes y descendientes sólo encierran a parientes consanguíneos, mientras que otros

piensan que al no hacerse una distinción es porque se está hablando de toda clase de parientes.

Lo cierto es que éste es uno de los problemas fundamentales que tiene el multicitado artículo 272, debido a que según al criterio que se aplique serán los sujetos de este delito. Un dato curioso es que cada legislación estatal ha adoptado el criterio que más le parece, y si bien es cierto que cada entidad federativa tiene sus legisladores y una legislación penal propia e independiente de las demás, también lo es que deberían coincidir en aspectos tan básicos como lo son quienes son los sujetos que participan en la comisión de un delito. Esto lo digo a colación porque si observamos los artículos plasmados en el primer capítulo del presente trabajo, veremos que no coinciden en el punto de vista relativo al parentesco; mientras que Baja California, Hidalgo y San Luis Potosí únicamente hacen alusión al parentesco por consanguinidad; Coahuila, Guanajuato, Jalisco y Veracruz se refieren al consanguíneo, al civil y al de adopción; siendo Chihuahua, el Distrito Federal, el Estado de México, Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, Sinaloa y Sonora las entidades que dejan al aire el parentesco requerido.

En diversas ocasiones se ha querido fundar a cuáles parientes se refiere el delito de incesto, por medio de la legislación civil, en virtud de que el Código Civil para el Distrito Federal nos señala como impedimentos para contraer matrimonio, en su artículo 156 fracciones III y IV, el parentesco de consanguinidad y el de afinidad, respectivamente, estableciéndose de igual forma en el artículo 157 el impedimento para contraerlo entre el adoptante y el adoptado. Sin embargo, es importante recordar que en materia penal no es posible utilizar la analogía ya que no se permite integrar la ley penal, pero sí se puede interpretar. De tal forma que se puede recurrir a una interpretación extensiva para definir el parentesco que quiso establecer el legislador.

Personalmente, opino que si el fundamento de tener tipificado a este delito es la conservación del orden y la moral familiar, debe de entenderse y de interpretarse que el parentesco referido es precisamente el parentesco en general, en el cual se incluyen sus tres modalidades. Considero de gran relevancia que este punto no debe quedar en el aire, y por lo tanto se debe de especificar clara y textualmente en el artículo 272 que cometen incesto aquellos ascendientes consanguíneos, adoptivos o afines que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.

Otra cuestión a señalar es el consentimiento de las partes para tener relaciones sexuales. Dicho consentimiento debe de ser pleno y otorgado por ambas partes; situación que no se encuentra descrita en el tipo penal. Por tal motivo, se ha llegado a decir que la voluntad no es necesaria para la integración de este delito; pero, si ésta no existiera, se estaría ante una figura delictiva distinta a la estudiada. Además el artículo 272 del Código Penal del Distrito Federal establece una sanción para todos los sujetos que intervienen en la comisión del incesto y no sería razonable imponer un castigo a quien sufre una relación sexual en contra de su voluntad.

De tal forma, las dos partes intervienen con la misma magnitud al otorgar su consentimiento, pero se le aplica una sanción más severa a los ascendientes que a los descendientes. ¿Por qué no castigarlos idénticamente si ambos tienen la misma participación? Generalmente se piensa que el ascendiente, por ser mayor y tener más experiencia que el descendiente, induce a éste último a cometer las relaciones sexuales, motivo por el cual se merece un castigo mayor; sin embargo, ésto no debería de ser así porque bien puede darse el caso en el que el descendiente sea el que provoque al ascendiente. Por tales motivos me parece más justo que se aplique la misma sanción a las dos partes; ya que al momento de dar su

consentimiento es porque están seguros de los actos que cometen, y al realizarlos con plena voluntad y en igualdad de condiciones no hay razón para hacer distinción entre los sujetos participantes.

Un factor más, no contemplado en el tipo penal del incesto es la edad que deben de tener las personas que intervienen en la comisión de este delito. Si el descendiente o el hermano fuera menor de doce años se estaría ante la presencia de una violación; si se cometiera entre hermanos menores de edad, realmente no se estaría cometiendo un delito, sino una infracción de menores. Si un mayor de edad (ascendiente) efectuara las relaciones sexuales con persona mayor de 12, pero menor de 18 años (descendiente o hermano) por medio del engaño, cometería estupro. De tal forma se puede estimar que el delito en cuestión lo cometen, en ambas partes, personas mayores de edad.

Por último, en el delito de violación se hace la clara mención de que la cópula puede llevarse a cabo con persona de cualquier sexo. En el delito a estudiar no se realiza ninguna especificación, por lo tanto, ¿debe entenderse que las relaciones sexuales se cometen entre parientes que pertenecen a distintos sexos, o también sería incesto si éstas fueran de índole homosexual? No son muchos los autores que hablan de este tema, pero la mayoría se inclina por el supuesto de sujetos de diferentes sexos, en virtud de no existir una visible especificación que mencione lo contrario. Sobre este punto en particular, en el caso de relaciones sexuales efectuadas entre personas del mismo sexo, obviamente no se corre ningún riesgo en cuanto a la salud de la estirpe; pero ¿a caso esta situación no afecta de igual forma a la familia que si las relaciones se realizaran por parientes de distinto sexo?

Tal como se ha señalado en los puntos precedentes, el delito de incesto está muy mal estructurado, o por lo menos ese es mi punto de vista; motivo por el cual

no tiene un buen funcionamiento ni una adecuada aplicación dentro de la legislación penal. Es por esto y por algunas otras situaciones que explicaré más adelante que propongo la derogación del mismo.

En el capítulo anterior, se abordó el tema de los elementos del delito en general, ahora se analizarán los elementos del delito que componen al tipo penal del incesto, así como la clasificación del mismo; realizando un breve estudio dogmático del delito en cuestión:

.El incesto es un delito de acción. La conducta consiste en tener relaciones sexuales, las cuales se realizan mediante una actividad.

.Su resultado es formal, ya que es imposible distinguir un resultado distinto a la misma conducta. Por lo tanto, el incesto es un delito de mera actividad, en el que no es apreciable algún cambio en el mundo exterior.

.Es un delito de realización instantánea porque se agota en el mismo momento de su ejecución; por lo que tan pronto se efectúa el acto carnal, se extingue la conducta señalada.

.El incesto es un ilícito de lesión en virtud de que produce un daño al bien jurídicamente tutelado, el cual es, la conservación del orden familiar.

.Se ejecuta de forma dolosa ya que los agentes llevan a cabo la conducta de manera consciente y voluntaria, además de desear el resultado.

.Tiene una estructura simple porque en su contenido sólo se presenta un bien jurídicamente protegido, produciéndose con la conducta una sola lesión.

.Es un delito unisubsistente ya que sólo es necesario un solo acto para su ejecución; acto consistente en la relación sexual habida entre ascendientes y descendientes, o entre hermanos.

.Desde mi punto de vista, es un delito plurisubjetivo en virtud de existir dos sujetos activos responsables de la comisión del ilícito. Para algunos, es

unisubjetivo; pero sobre esto se hablará más, en el apartado de los sujetos dentro del cuerpo del delito.

.Se persigue de oficio ya que no existe la especificación de querrela dentro del tipo penal, por lo que la autoridad correspondiente lo perseguirá aún en contra de los agraviados.

.Es un delito común en virtud de estar limitada su circunscripción territorial a una determinada entidad federativa, en este caso, al Distrito Federal.

En cuanto a los elementos del delito de incesto, podemos decir:

.La conducta, como ya se ha mencionado, estriba en la ejecución de relaciones sexuales entre parientes cercanos (ascendientes, descendientes o hermanos); conducta consistente en una acción o en un hacer de los sujetos. En cuanto a la ausencia de conducta, resulta difícil pensar que pudiera presentarse; sin embargo, puede existir el hipnotismo como causa de ésta. De tal forma, que una persona que fuera hipnotizada sin su voluntad para que tuviera relaciones sexuales con un ascendiente, descendiente o hermano, estaría cometiendo incesto, pero sin su consentimiento; es decir, habría una ausencia de conducta por parte de dicha persona.

.Habrá tipicidad, cuando exista adecuación de una conducta al tipo penal descrito en el artículo 272 del Código Penal del Distrito Federal. Deben concurrir tres elementos constitutivos del delito de incesto:

1) Efectuar relaciones sexuales; 2) Que éstas se realicen entre hermanos; o entre ascendiente y descendiente; 3) Existir el conocimiento del parentesco.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia señala:

“INCESTO. ELEMENTOS DEL DELITO DE.

La legislación Penal Mexicana en general establece que los elementos constitutivos del delito de incesto son: a) Una actividad de relaciones sexuales; b) Efectuadas entre ascendientes o descendientes; o entre hermanos; y c) Que se haga con conocimiento de tal liga de parentesco." (Suprema Corte de la Justicia de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 6ª Epoca. Volumen XLIII, Segunda Parte. Página 49).

PRECEDENTES: Amparo directo 7211/60. Felipe de la Cruz Suárez. 19 de enero de 1961. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Por consiguiente, faltando cualquiera de estos tres elementos se estará ante la presencia de atipicidad.

Por lo que se refiere al estudio del tipo penal; el delito de incesto está estructurado por un tipo fundamental, autónomo, anormal y casuístico. Fundamental, porque cuenta con absoluta independencia; basándose su composición en una conducta ilícita sobre un bien jurídicamente protegido. Autónomo, porque tiene vida propia y no necesita de algún otro tipo penal. Anormal, en virtud de contener, además de elementos objetivos, un elemento subjetivo consistente en el querer realizar la cópula con un ascendiente, descendiente o hermano teniendo pleno conocimiento de dicho parentesco. Por último, es un tipo casuístico porque existen varias formas de realizar el delito, es decir, relaciones sexuales efectuadas entre ascendientes y descendientes, o entre hermanos; siendo alternativo, porque ejecutándose una sola de las dos hipótesis planteadas se tipificará la conducta ilícita.

La antijuridicidad se presenta al momento de violar la norma; al dañar el orden familiar, el cual es el bien tutelado en este precepto. En este delito no cabe la manifestación de ninguna de las causas de justificación, en virtud de no

originarse en momento alguno un interés preponderante que pudiera dar lugar a la licitud.

Tal como ya se ha mencionado, la culpabilidad puede revestirse de 2 formas: el dolo y la culpa. El incesto únicamente puede cometerse de manera dolosa, ya que el acto sexual se lleva a cabo con la voluntad de los sujetos, los cuales quieren la conducta y aceptan el resultado; siendo imposible que éste delito se presentara por descuido o negligencia de alguna de las partes. La inculpabilidad se puede manifestar por un error esencial invencible, lo cual sucedería si se estuviera en la creencia de la no existencia de un vínculo de parentesco, y por la no exigibilidad de otra conducta, en el caso de una vis compulsiva, en la que se esté coaccionando moralmente a alguno de los participantes.

Por lo que se refiere a la imputabilidad, los sujetos, antes de cometer el delito, desean realizar la conducta y aceptan sus consecuencias. En cuanto al aspecto negativo, puede concurrir cualquier causa de inimputabilidad. Este delito no requiere de condiciones objetivas de punibilidad, y no se presentan en él, excusas absolutorias. Su punibilidad es: a) De uno a seis años de prisión a los ascendientes y b) De seis meses a tres años de prisión a los descendientes, así como a los hermanos.

3.2 EL CUERPO DEL DELITO DE INCESTO.

Necesariamente, para poder realizar el análisis correspondiente, debe de especificarse cómo se conforma el cuerpo del delito de un ilícito penal.

Anteriormente con el finalismo, se hablaba de elementos del tipo penal y de tal forma lo establecían tanto el Código de Procedimientos Penales para el Distrito

Federal, como el Código Federal de Procedimientos Penales en los artículos 122 y 168, respectivamente, los cuales a la letra decían:

Arts. 122 C.P.P.D.F Y 168 C.F.P.P.- "El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II. La forma de intervención de los sujetos activos; y

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Así mismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribubilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea....."

Como se puede observar, los elementos del tipo penal eran:

- Conducta (acción u omisión)
- Bien jurídico protegido
- Sujetos (activo y pasivo)
- Calidad y cantidad de ambos sujetos
- Resultado
- Nexo causal
- Objeto material*
- Medios de comisión
- Circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión
- Elementos normativos

- Elementos subjetivos específicos
- Dolo o culpa
- Formas de intervención

* Cuando el objeto material concordaba con la persona del sujeto pasivo, se le aplicaba tanto la calidad como la cantidad de éste último. Todos estos elementos eran elementos objetivos, a excepción de los normativos y de los subjetivos específicos.

Actualmente, el finalismo quedó atrás dando paso al causalismo, en el cual estos elementos ya no son los elementos del tipo penal, sino del cuerpo del delito; encontrándose cada uno de los anteriormente señalados, a excepción, del dolo o la culpa y de las formas de intervención, los que ahora son estudiados dentro de la culpabilidad.

Hoy día ha sido reformada la legislación penal procesal, quedando el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales de la siguiente forma:

Art. 168.- "El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado....."

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera."

Por su parte, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala al respecto:

Art. 122.- " El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado....."

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.

Los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito.”

Como se puede observar, la redacción es similar; sin embargo, el Código Federal de Procedimientos Penales no hace mención de los elementos subjetivos, situación que si plantea el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y que también era prevista, anteriormente, por ambos códigos. Por tal motivo creo que el legislador falló al omitir estos elementos y que sería necesario incorporarlos a la redacción del actual artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Al respecto, existe una situación muy particular. El Código Federal de Procedimientos Penales no menciona a los elementos subjetivos específicos dentro del cuerpo del delito porque no es posible estudiar en primer término el dolo específico y después el dolo genérico. En parte ésto es muy razonable ya que es evidente que para la existencia de la especie debe presentarse primero la del género. Sin embargo, tampoco pueden trasladarse los elementos subjetivos a la culpabilidad para ser estudiados con posterioridad al dolo, ya que si éstos no se acreditan desde el principio, no es posible conformar el cuerpo del delito y por lo tanto no hay ilícito penal que perseguir. Pienso que una probable solución es acreditar el dolo genérico, sólo en aquellos delitos que contengan elementos subjetivos específicos, dentro del cuerpo del delito; y profundizar posteriormente

su estudio en el apartado de la culpabilidad, para que todo el análisis lleve una lógica jurídica.

Pero, ¿cuáles son cada uno de estos elementos?

Los elementos objetivos coinciden con la manifestación de la voluntad en el mundo físico, siendo éstos la descripción de la conducta desde un punto de vista externo. Tal como se observa en los elementos del tipo penal, existen diversos elementos, además de los normativos y de los subjetivos específicos; por lo que al no tener ninguna pormenorización ninguno de los otros, todos aquellos se consideran como objetivos. Dentro de éstos se encuentran los sujetos, los objetos, la conducta, el resultado, entre otros. Los normativos son los que requieren de una valoración para poder ser comprendidos; son conceptos indeterminados en los que el juez tiene la libertad de evaluación, para así poder después emitir un resultado. Contrariamente a los elementos objetivos, los subjetivos específicos atienden a la conducta desde un punto de vista interno y observan la intención que tiene el sujeto activo en la comisión de un delito. Sin embargo, esta motivación no se refiere al dolo o a la culpa, las cuales como ya se dijo se estudian en la culpabilidad, sino a un estado de ánimo diverso exigido por algunos tipos penales.

A continuación, se realizará una breve descripción de cada elemento y se aplicará el tipo penal del incesto a cada uno de ellos.

Conducta.- Es la manifestación de voluntad efectuada por el hombre, consistente en un hacer o en un no hacer, que tendrá una consecuencia en el mundo exterior. El delito de incesto tiene como conducta el tener relaciones sexuales entre ascendiente y descendiente, o entre hermanos; conducta consistente en un hacer y por lo tanto en una acción.

Objeto jurídico.- Es el bien jurídicamente tutelado, el cual consiste en un valor fundamental protegido por el Estado a través del derecho penal. El objeto jurídico del delito de incesto es la conservación del orden familiar, la preservación de la familia, la cual a final de cuentas es la base o célula de toda sociedad.

Sujetos.- Para que se cometa un delito debe haber una persona que ejecute el ilícito penal, y otra, en la que recaiga la conducta realizada. Estas dos personas son los sujetos. El sujeto activo puede ser una o más personas, siendo aquél que comete la conducta delictiva. El sujeto pasivo es sobre quien recae el daño y también puede haber variedad en el número de ellos. De tal forma, tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo pueden tener una cantidad, pero también pueden poseer una calidad; es decir, cierta característica específica que debe tener dicha persona sin la cual no podría ser considerada como sujeto de determinado delito.

En el incesto, mucho se ha dicho sobre quién es el sujeto activo y quién es el sujeto pasivo. Para algunos, el sujeto activo es el ascendiente y el sujeto pasivo el descendiente, basándose en que el primero de ellos tiene una mayor sanción. Particularmente yo no estoy de acuerdo con ese punto de vista ya que ambas personas actúan voluntariamente, por lo que no se puede decir que alguna de ellas cometa una conducta ilícita con la otra; y si ambas personas aceptan tener las relaciones sexuales, entonces, ninguna de ellas se ve afectada. Por lo tanto, mi opinión es que ambas partes son sujetos activos.

Ahora que, forzosamente debe de existir un sujeto pasivo, el cual desde mi punto de vista podría ser la familia. ¿Y por qué digo esto? Porque se supone que las relaciones sexuales efectuadas entre parientes cercanos atentan contra el orden familiar; situación con la cual tampoco estoy muy de acuerdo, en virtud de que mi forma de ver las cosas es que realmente no existe un sujeto pasivo, siendo éste uno

de los motivos por los cuales propongo derogar este delito. Sin embargo, hablaré más a fondo al respecto en el siguiente capítulo del presente trabajo.

De tal forma, se puede observar que el sujeto activo tiene una cantidad y una calidad. Cantidad porque deben de ser dos personas las que cometan conjuntamente el ilícito penal y calidad porque cada una de ellas debe ser necesariamente ascendiente, descendiente o hermano de la otra parte. Por lo que se refiere al sujeto pasivo, éste no tiene cantidad, pero sí debe de tener la calidad de ser precisamente la familia de los agentes y no cualquier familia.

Objeto material.- Este objeto queda representado por la cosa o la persona sobre la cual recae la conducta delictuosa, coincidiendo con el sujeto pasivo en el caso de ser persona. En el delito en estudio el objeto material también sería la familia (siempre que se acepte que ésta es el sujeto pasivo) y por el hecho de concordar con el sujeto pasivo, también adoptará la cantidad y/o calidad de aquél.

Resultado.- Es la consecuencia de la exteriorización de la conducta del sujeto activo. El resultado puede ser formal o material; el primero de ellos también es llamado de mera conducta y no produce un cambio en el mundo exterior puesto que no es posible distinguir otro resultado diferente a la conducta corporal. Contrariamente, en los delitos de resultado material sí se presenta un cambio en el mundo, el cual es apreciable por todos los sentidos. El resultado, producto del delito de incesto, es de carácter formal ya que no es imposible distinguir otro resultado distinto a la misma conducta, la cual consiste en la ejecución de relaciones sexuales entre ascendientes, descendientes o hermanos.

Nexo Causal.- Es el nexo que existe entre la conducta y el resultado, la unión de una causa con su respectiva consecuencia. En el delito en estudio no se

presenta el nexo causal en virtud de ser un delito formal, o de los llamados de simple actividad.

Circunstancias y medios de comisión.- Las circunstancias son referencias especiales que algunos tipos penales señalan, pudiendo ser de lugar, tiempo, modo u ocasión. Los medios de comisión son los instrumentos o formas empleadas por el sujeto activo para realizar la conducta o producir el resultado. El delito de incesto no contiene en su redacción ni circunstancias ni medios de comisión.

Elementos normativos y subjetivos específicos.- Tal como ya se mencionó anteriormente, los elementos normativos requieren de una valoración para poder ser comprendidos; mientras que los subjetivos atienden a la conducta del sujeto desde un punto de vista interno, a la intención o ánimo que tiene el agente y que es diverso al dolo o a la culpa. El incesto no contiene elementos normativos, pero si cuenta con un elemento subjetivo específico consistente en la realización de la cópula con un ascendiente, descendiente o colateral, teniendo pleno conocimiento de tal parentesco.

3.3 CONCURSO DE DELITOS ENTRE EL INCESTO, EL ESTUPRO Y LA VIOLACION.

En repetidas ocasiones se ha mencionado que el incesto puede concurrir con otros delitos tales como la violación o el estupro, pero contrariamente, también se ha señalado que no es posible la coexistencia de dichos ilícitos penales. Este punto es demasiado controvertido, como casi todos los relativos al presente delito; además no se encuentra bien definido y las opiniones al respecto varían sin que exista una verdadera solución a este problema.

Algunos autores tales como López Betancourt, Vannini y Pisapia dicen que el incesto y la violación sí pueden concurrir en virtud de que el delito de incesto en ningún momento le da carácter de elemento al consentimiento, por lo que éste no es necesario al momento de la relación sexual. Por tal motivo un padre que viola a su hija es responsable tanto de la violación de la menor como del incesto.

También existen resoluciones contradictorias por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y algunas de las que están a favor del concurso son:

“VIOLACION E INCESTO, COEXISTENCIA DE LOS DELITOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SONORA).

Es criterio actual de la Primera Sala la coexistencia del delito de violación con el de incesto en la Legislación Penal del Estado de Sonora, pues no se requiere necesariamente y en todos los casos del consentimiento de los descendientes, en el segundo de los ilícitos mencionados, por realizar la cópula, máxime que en dicha legislación no se recoge la forma agravada de la violación. Por otra parte, los delitos de referencia tutelan bienes jurídicos diversos, siendo en la violación el de la libertad sexual, mientras en el incesto se protege la sanidad de la estirpe o bien la moral familiar.” (Suprema Corte de la Justicia de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7ª Época. Volumen 205-216 Segunda Parte. Página 48).

PRECEDENTES: Amparo directo 1809/86. Ramón Campos Valenzuela. 13 de agosto de 1986. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretaria: María Eugenia Martínez de Duarte.

“INCESTO Y VIOLACION, COEXISTENCIA DE LOS DELITOS DE.

Es correcta la postura que considera posible la coexistencia de los delitos de violación e incesto, porque no es un elemento indispensable del incesto el consentimiento pleno de la persona con quien se tienen relaciones sexuales, ni ésta tiene que ser necesariamente copartícipe, puesto que un sólo pariente puede ser culpable y el otro no, al tener aquél

relaciones sexuales con éste contra su voluntad, con voluntad viciada por engaños o situaciones en que no puede prestar el consentimiento. Por consiguiente, una cosa es que nadie puede tener relaciones sexuales sólo, ya que decir relación es referirse siempre a otro, y otra, que para que el incesto exista, tengan forzosamente que cometer el delito los dos parientes objeto de la relación sexual, pues ya se vió que puede haber tales relaciones entre parientes y uno solo puede ser culpable del delito de incesto.

En la violación se protege la libertad sexual del sujeto pasivo que es siempre individual, y que el incesto el bien jurídico tutelado es el principio exogámico y la base moral de la familia tal como se encuentra organizada actualmente; así cuando con un solo hecho se lesionan ambos valores tutelados, los dos delitos en cuestión quedan, siendo jurídicamente posible su coexistencia." (Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 6ª Época. Volumen LXXIV, Segunda Parte. Página 26).

PRECEDENTES: Amparo directo 4234/62. Melesio Martínez. 29 de agosto de 1963. 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Como se puede observar, en las anteriores jurisprudencias se menciona el hecho de que en el incesto no es necesario el consentimiento de ambas partes, por lo que puede existir una relación sexual entre un ascendiente y un descendiente sin que éste último esté plenamente de acuerdo. Sin embargo, en este caso concurrirían tanto el delito de incesto como el de violación; misma situación que se presentaría en caso de relaciones sexuales entre colaterales.

Por el lado contrario, hay autores y jurisprudencias que nos dicen que estos delitos no pueden concurrir. Tal es el caso de Manzini, Maggiore, Cuello Calón y Porte Petit. Este último autor nos dice: "...el delito de violación no puede concurrir con el incesto, a virtud de que este último es bilateral, o sea, que para que exista se necesita el acuerdo de voluntades, no pudiéndose hablar, en consecuencia, de sujeto activo y pasivo, sino de sujetos activos. Lo que quiere

decir que no puede concurrir al mismo tiempo consentimiento y ausencia del mismo, a virtud de la violencia física o moral, medios exigidos para la existencia de la violación, es decir, la violación y el incesto se excluyen entre sí." 19

También nos encontramos opiniones emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que concuerdan con este punto de vista, tal es el caso de las siguientes:

“VIOLACION E INCESTO, DELITOS INCOEXISTENTES.

El delito de incesto se configura por la concordancia de voluntades de ambos sujetos, pues los delitos de violación e incesto son jurídicamente incoexistentes; el primero supone la violencia del agente sobre la víctima, en tanto que el segundo, supone dos sujetos cuyas voluntades concuerdan en realizar el hecho delictuoso. Así, ambos delitos se excluyen, pues si se habla de violación, se elimina el concepto de concordancia de voluntades, y si se habla de incesto, se elimina la acción de violencia. En concreto el delito de incesto es un delito plurisubjetivo y bilateral.” (Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 6ª Época. Volumen LVI, Segunda Parte. Página 66).

PRECEDENTES: Amparo directo 7118/61. Esteban Rojas Hernández. 27 de febrero de 1962. 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

“VIOLACION E INCESTO. ARTICULO 266 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

La jurisprudencia número 339, visible en la página 725 del volumen correspondiente a la Primera Sala, última compilación, dice: “VIOLACION E INCESTO. El delito de violación y el de incesto son figuras autónomas, sin que alguna de ellas rechace a la otra, aunque ambos

19 Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 1985, p. 104.

ilícitos se ejecuten en un solo hecho verificado en un solo acto." No obstante, esta jurisprudencia se conformó antes de que se adicionara el artículo 266 bis al Código Penal del Distrito Federal, que fuera publicado en el Diario Oficial de la Federación del 20 de enero de 1967. A virtud del artículo adicionado, la violación en agravio de un descendiente constituyó una calificativa de la violación genérica. Luego, el incesto no constituye un delito autónomo al verificarse la violación por un padre contra su hija, porque los hechos que podrían configurar aquel delito se subsumen dentro de la violación agravada. La jurisprudencia citada deja de ser entonces aplicable a las legislaciones que, como la del Distrito Federal, califican la violación cuando recae en un descendiente y, consecuentemente, el incesto sólo comprende los casos en que no concurre violencia física o moral en la relación sexual." (Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7ª Epoca. Volumen 145-150 Segunda Parte. Página 163).

PRECEDENTES: Amparo directo 5574/80. Jesús Carrillo Cruz. 4 de marzo de 1981. Cinco votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Víctor Ceja Villaseñor.

Contrariamente a lo anteriormente expuesto, se menciona que el incesto conlleva un consentimiento expreso mientras que la violación no. Personalmente, estoy de acuerdo con este último punto de vista, ya que como en repetidas ocasiones he mencionado durante el presente trabajo, el incesto es un delito bilateral en el cual las dos partes concienten plenamente la comisión de relaciones sexuales, convirtiéndose ambos en sujetos activos. Por otro lado, la violación es un delito unilateral en el cual un sujeto obtiene la cópula con otra persona por medio de la fuerza física o moral, de tal forma que existe un sujeto pasivo el cual es obligado por la violencia empleada, sin que otorgue su consentimiento para dicha relación. Por lo tanto, es imposible que estos delitos puedan coexistir, ya que el primero de ellos requiere un consentimiento, mientras que el otro, la ausencia del mismo; no siendo lógico que necesitando estos ilícitos penales un requisito en contrario, puedan existir al mismo tiempo. Tampoco pueden coexistir si uno de los

delitos requiere que ambas partes sean sujetos activos, mientras el otro, que exista un sujeto activo y uno pasivo.

Por otro lado, vemos que se hace referencia al artículo 266 bis del Código Penal del Distrito Federal, y es por eso que es importante mencionarlo para ver la relación que pudiera tener con el presente tema, siendo la fracción II la que nos interesa.

Art. 266 bis.- "Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y en su máximo, cuando: II. El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima."

En esta II fracción del artículo 266 bis, se dice que si la violación se lleva a cabo entre parientes cercanos se agravará la sanción. Por tal motivo vemos que si un ascendiente realiza la cópula con un descendiente por medio de la violencia, al igual que un hermano contra su colateral, estará cometiendo el delito de violación calificada y no el de incesto. Esto ha generado cierta confusión ya que generalmente la gente piensa que al presentarse una relación sexual entre personas pertenecientes a una misma familia, con o sin consentimiento de las partes involucradas, se está ante la presencia de un incesto. Este tema ha sido muy mal empleado, y algunos de los que han cooperado en dicha situación son los psicólogos ya que si revisamos algún texto psicológico en el que se mencionen las relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes, o entre hermanos, se hablará de incesto y no de violación, aunque se esté en el caso del no consentimiento de alguna de las partes.

Por eso es importante señalar que si no hay consentimiento de ambas partes en una relación sexual efectuada entre los parientes citados, se estará en un caso de violación agravada, en el cual no cabe el incesto. El delito en estudio sólo se tipifica si se presenta la plena autorización de las dos partes, y entonces, no habría lugar a la violación. Por lo que se puede concluir que si existe el incesto no puede coexistir la violación calificada, y si ésta última se presenta, entonces no podrá haber incesto.

Respecto al concurso entre incesto y estupro, se puede decir que tampoco pueden coexistir. Para que el delito de estupro se tipifique es necesario que la cópula se realice con persona mayor de 12 años, pero menor de 18 y que se obtenga el consentimiento de la parte menor por medio del engaño, es decir, que exista un consentimiento viciado, existiendo así una víctima de ese delito. En el estupro al igual que en la violación se presenta un sujeto activo y un sujeto pasivo, situación que no ocurre en el incesto por ser un delito bilateral.

A continuación se señalan algunas situaciones como ejemplos y se especifica en cual de los tres delitos mencionados se tipificaría dicho caso:

.Ascendiente mayor de edad y descendiente menor de 12 años, con o sin consentimiento de éste último — VIOLACION

.Ascendiente mayor de edad y descendiente menor de 18 años, pero mayor de 12, con consentimiento de la parte menor obtenido por medio del engaño — ESTUPRO

.Ascendiente y descendiente mayores de edad, sin consentimiento de alguna de las partes — VIOLACION

.Ascendiente y descendiente mayores de edad, con mutuo consentimiento — INCESTO

.Colateral mayor de edad y colateral menor de 12 años, con o sin consentimiento de éste último ---- VIOLACION

.Colateral mayor de edad y colateral menor de 18 años. pero mayor de 12, con consentimiento del menor obtenido por medio del engaño ---- ESTUPRO

.Colaterales mayores de edad, sin consentimiento de alguna de las partes
---- VIOLACION

.Colaterales mayores de edad, con mutuo consentimiento ---- INCESTO

De tal forma, se puede concluir que el incesto no puede concurrir ni con la violación ni con el estupro ya que dichos delitos requieren de la ausencia de un consentimiento pleno y sin vicios; mientras que el ilícito en estudio necesita de todo lo contrario, ya que aunque no esté estipulado como tal, la esencia misma del incesto aclara que los agentes deben actuar con plena voluntad.

CAPITULO IV

CAUSAS E INEFICACIA DEL TIPO PENAL

4.1 CAUSAS DEL INCESTO

4.1.1 PSICOLOGICAS

4.1.2 SOCIALES

4.2 LA INEFICACIA DEL DELITO DE INCESTO

4.3 DEROGACION DEL TIPO PENAL

4.1 CAUSAS DEL INCESTO.

En diversas ocasiones se ha tratado de explicar los motivos que dan origen a la comisión del incesto, resultando fallidos muchos de estos intentos. Sin embargo, se puede decir que son dos causas, primordialmente, las que pueden motivar el incesto y las que fundamentan la prohibición del mismo, siendo éstas las psicológicas y las sociales.

4.1.1 PSICOLÓGICAS.

Desde el punto de vista de la psicología y del psicoanálisis pueden ser varias las causas que pueden provocar el incesto, así como las razones por las que éste se prohíbe.

Empecemos por decir que los pensamientos y fantasías incestuosas son parte normal del proceso de desarrollo de toda persona, por lo que no tiene nada de extraño que alguno de nosotros haya caído alguna vez en dicha situación, y se haya visto envuelto en una relación imaginaria con los padres, los hermanos, los primos, los tíos, o cualquier otro pariente cercano. Durante la niñez, los menores reciben cariño, atención y caricias por parte de sus padres, lo cual puede despertar ciertas fantasías en ellos. Se dice que un niño mayor de tres años no debe dormir con su madre, ya que al hacerlo empieza a reaccionar sexualmente por el contacto físico que mantiene con su progenitora. Sin embargo, este hecho no obtiene mayor relevancia ya que ante la dificultad de entender y sobrellevar una situación así, los niños prefieren sepultarla en el inconsciente, lugar de donde jamás volverá a salir.

Por lo que se refiere a la relación padre-hija, ésta se puede dar porque algunas niñas y jóvenes suelen ser rechazadas por la madre, por lo que buscan

refugio en un hombre mayor que ocasionalmente es el padre, y paulatinamente, esta cercanía puede hacer que la relación se vaya estrechando hasta acabar en un enamoramiento. Este mismo acontecimiento le puede pasar al padre cuando la esposa ya no representa una relación de pareja, lo cual puede ser por motivos de edad, enfermedad, abandono de hogar o fallecimiento. Ante este caso, el hombre prefiere quedarse en el mismo grupo familiar que buscar una relación por fuera, por lo que sustituye a la esposa con alguna de las hijas.

Una causa más de relaciones incestuosas es la de que los padres, cuando eran menores, pudieron haber sido víctimas de incesto y suelen repetir lo sucedido en contra de sus propios hijos. De esta forma tratan de resolver los conflictos que acarrearán de su infancia por medio de la experiencia de sus descendientes. Sin embargo, ésta es una teoría equivocada en virtud de que en este caso en particular no se comete incesto, sino violación, tanto a los padres como a los hijos de éstos. Aquí, no hay incesto porque se habla de víctimas y de menores y ninguno de estos dos conceptos encuadra dentro de la descripción del delito en estudio.

El incesto fraternal puede originarse una vez que no funcionó la relación padre-hija o madre-hijo ya que se continúa una búsqueda dentro del mismo nivel de relación, sustituyendo a la madre por la hermana o al padre por el hermano. Esto ocurre generalmente en familias pobres de afecto, en las cuales los padres no son cariñosos con sus hijos y consecuentemente éstos satisfacen su necesidad de amor y comprensión entre ellos mismos.

También, se ha considerado que otros factores tales como la debilidad mental, el idiotismo y la epilepsia llegan a influir en la comisión de el delito de incesto; y se dice que al presentar un desequilibrio mental las personas fantasean

relaciones incestuosas con mayor frecuencia que cualquier persona que se encuentre plenamente cuerda.

Sin embargo, y a pesar de lo mencionado, el incesto es muy mal visto porque se ha creado un tabú entorno a él; tabú que lejos de ayudar ha perjudicado en diversos niveles. Por ejemplo, en algunas tribus el castigo correspondiente por la comisión de incesto es la muerte, por lo tanto para no caer en la tentación se han impuesto reglas extremas para el trato familiar. En varios pueblos se dice que una convivencia estrecha entre familiares termina en una relación más íntima, debido a esto y para prevenir esa situación se rompe con dicha convivencia, de tal forma que los hermanos no se pueden ni saludar y si se encuentran por casualidad, alguno tiene que huir del otro. Prohibiciones de este tipo también se emplean para cuñados, primos, suegras y yernos, etc.

Desde mi punto de vista, no es tanto el temor a las relaciones incestuosas sino al castigo que se impone en caso de cometerlas, por lo que se exigen cierto comportamiento en el cual no caben las relaciones familiares. Ahora que si no existiera este tabú, esos pueblos podrían ser más felices y toda persona podría convivir plenamente con todos y cada uno de los integrantes de su familia.

Otro caso perjudicial es aquél en el que el hombre tiene fijaciones incestuosas con su madre o con su hermana. En el subconsciente tiene la idea de que lo que piensa está mal mientras que conscientemente no lo cree así. De tal forma, comienza una lucha entre "lo que está bien" y "lo que está mal" sin saber realmente cual de las dos partes tiene la razón y entra en una confusión de la cual es muy difícil salir. Por lo tanto trata de olvidar ese episodio de su vida, pero muchas veces el subconsciente no lo consigue y cuando esta persona intenta tener una relación con otra mujer, al verla, inmediatamente le recuerda a su madre o a su

hermana y ya no puede seguir adelante. Es así como se da cuenta que no puede estar con ninguna mujer y decide entablar relaciones con hombres quienes no le hacen recordar aquella vivencia, y al comprobar que así no tiene remordimientos se convierte en homosexual.

Tal vez estos casos parezcan extremos, sin embargo existen y se siguen dando. Por lo tanto se puede observar que el incesto y el horror que se le tiene a éste han influido de una forma muy profunda en el pensamiento de muchas personas, suceso que no se verificaría si las relaciones incestuosas se hubieran visto siempre con naturalidad. Es entonces cuando pienso que se debería de reflexionar más al respecto porque esa idea que se nos ha infundado durante generaciones también está afectando a personas que bien podrían no tener los problemas que tienen y de esa forma estarían mejor consigo mismos y con los demás.

Contradictoriamente, existe una teoría llamada de indiferencia, en la que se piensa que los integrantes de una misma familia no recurren a las relaciones incestuosas porque la excesiva convivencia tiene como consecuencia la pérdida de la atracción física. Personalmente opino que esta teoría tiene gran relevancia ya que efectivamente nos acostumbramos tanto al físico como a la personalidad de nuestros parientes cercanos, y es por eso que se busca algo totalmente diferente, lo cual únicamente se encuentra fuera del núcleo familiar. De esta forma es que la mayoría de la gente fija su atención en personas externas, evitándose así la comisión de relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes o entre hermanos.

4.1.2 SOCIALES.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

Entre los factores sociales que provocan el incesto se encuentran la familia, la situación económica y los principios morales.

La familia y la convivencia existente entre ésta es muy importante para determinar la comisión del incesto, porque si las relaciones intragrupo no son óptimas se puede propiciar este delito. Tal como ya se mencionó anteriormente si los padres no les demuestran afecto a los hijos, éstos pueden incurrir en incesto fraternal. Lo mismo sucede cuando el padre y la madre no se llevan bien y fijan su atención en alguno de los descendientes, remplazando así a la pareja. Esto no quiere decir que en todas las familias que se lleven mal se va a presentar un incesto, pero sí que tienen mayor propensión a que éste se efectúe.

Se dice que una baja situación económica es otro factor del delito en estudio, porque las familias que no tienen los suficientes recursos generalmente habitan en un pequeño departamento con una sola recámara, o bien, en un único cuarto en el que se encuentra un sillón, la estufa, el refrigerador y la (s) cama (s). De tal forma, todos los miembros de la familia carecen de intimidad y debido a la falta de un espacio individual y a la aglomeración de personas en una misma habitación, se presenta una promiscuidad de sexos de la cual se puede originar el incesto.

Al no contar con medios económicos suficientes, es probable que tampoco se tenga una buena educación, la cual en caso de poseerse podría prevenir una relación incestuosa. Y es que si bien es cierto que la escuela no enseña muchas cosas de la vida, también lo es que puede dar una orientación sexual para que los estudiantes conozcan temas básicos y de gran importancia que en un futuro les pueden servir para aplicarlos en su vida personal. Sin embargo, el hecho de contar con educación y una solvencia económica no exenta de poder caer en el incesto, ya que éste puede no respetar edad, condición económica, religión, etc.

El último de los factores es la falta de principios morales en la familia. Si los ascendientes carecen de moral, lo más probable es que los descendientes también, ya que no hubo quien les enseñara lo que estaba bien y lo que estaba mal. Tal vez este sea el principal factor causante de el delito en cuestión, porque existen muchas familias con mala situación económica y con serios problemas familiares en las cuales no se presentan casos de incesto debido a que cuentan con sólidos principios morales. Contrariamente, aquellas familias que no saben mucho de moral, aún teniendo solvencia económica, llegan a cometer incesto.

La moral se puede definir como una ciencia que busca el bien y trata de evitar el mal la cual está basada en valores sociales que expresan sentimientos, emociones y gustos subjetivos que intentan regular la conducta de los individuos. Las normas morales se caracterizan por ser autónomas, unilaterales, incoercibles e internas. Son autónomas porque son elaboradas por la misma persona que las va a cumplir; son unilaterales en virtud de que sólo imponen obligaciones y no conceden ninguna facultad; son incoercibles debido a que se acatan de forma espontánea y no se permite el uso de la fuerza para imponérlas, y son internas porque están fundamentadas en las motivaciones o intenciones de cada persona.

La autonomía significa autolegislación o autoelaboración; entonces si un sujeto no tiene como norma moral el no cometer incesto ¿por qué la demás gente lo cataloga como un individuo sin principios morales en caso de que lo efectúe? Sencillamente, dicha persona se puede definir como moralista sin que dicha norma moral tenga importancia para él, en virtud de no haberla autoelaborado. Sin embargo, estamos acostumbrados a aceptar como bueno o como malo todo aquello que la mayoría de las personas autodefinen como tal, sin muchas veces importar nuestra opinión o la de algún sujeto que vaya en contra de la mayor parte de la gente.

Existen diversas razones sociales para que el incesto se prohíba, y una de ellas es el evitar la inestabilidad familiar. Se dice que la lucha sexual destruye grupos y el pelearse dentro de la misma familia pondría en peligro la existencia de la misma; además, de que de efectuarse relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes, la autoridad desaparecería y se confundirían los roles de los integrantes de la familia.

Otra teoría que explica la prohibición del incesto es la de un beneficio social. Se menciona que un grupo no puede satisfacer todas sus necesidades sin ayuda de otros, de tal forma que se van formando alianzas por medio de lazos matrimoniales, realizándose un intercambio de conocimientos, pensamientos, lenguaje, cultura, etc. Así, se va acelerando el progreso cultural dando como resultado una sociedad mejor equipada; ya que de no efectuarse dichas alianzas, el desarrollo cultural sería lento y cada uno de los grupos o familias se sentiría superior a todos los demás.

Creo que las teorías mencionadas son acertadas, pero realmente están diseñadas pensando en que todas las personas fueran incestuosas, es decir, son teorías generalizadoras. Es tanto el rechazo que se ha sentido en contra del incesto que no habría casos en todas las familias, sino sólo en un pequeño porcentaje de éstas; por lo que no habría la posibilidad de que la sociedad no siguiera progresando.

Freud, en su libro *Tótem y Tabú*, habla de este tabú social que existe entre los aborígenes australianos. Menciona que se rigen por un sistema totémico y que cada uno de los clanes lleva el nombre de su tótem. El tótem puede ser una planta, una fuerza natural o un animal, el cual es el antepasado y el espíritu protector del clan. Los individuos que poseen un mismo tótem tienen la obligación de respetar

su vida y abstenerse a aprovecharse de él en cualquier forma. El tótem se transmite hereditariamente y la subordinación a éste constituye la base de todas las obligaciones sociales del australiano. Los miembros de un mismo tótem no deben tener relaciones sexuales ni casarse entre si. Se toma tan en serio el papel del tótem como antepasado que aquellos que descienden del mismo tótem son consanguíneos y forman una familia, por lo que ésto es un impedimento absoluto para una unión sexual. Es decir, no importa realmente si existe parentesco consanguíneo o no, ya que el impedimento va mucho más allá incluyendo a todas aquellas personas que pertenezcan al mismo tótem aunque no tengan un parentesco real entre si.

Freud trata de dar una explicación tanto psicológica como social de la prohibición del incesto; sin embargo, su objetivo no es alcanzado porque en ningún momento se especifican los motivos que tienen los aborígenes para actuar de esa forma, ni tampoco el por qué de esa extensión del impedimento.

Creo que cualquiera que sea la razón para prohibir el incesto es una idea acertada pero muy abstracta y general, porque siendo realistas son muy bajos los porcentajes registrados por la comisión de incestos; por lo que aún aceptándose, no se pondría en riesgo el desarrollo de la sociedad ya que la mayor parte de la población no incurriría en él debido al repudio que se le tiene y que sigue y seguirá vivo de generación en generación.

4.2 LA INEFICACIA DEL DELITO DE INCESTO.

El incesto es un delito que raramente se denuncia porque los sujetos que intervienen están plenamente de acuerdo en cometerlo, de tal forma que los participantes no tienen el menor interés en dar parte a la autoridad

correspondiente. La familia difícilmente denuncia ya que en caso de hacerlo, pondría en riesgo la libertad de sus propios familiares, así que aún estando enterada de la situación, no revela el delito en el que están incurriendo sus parientes.

Hasta cierto punto esto es comprensible porque la familia trata de estar bien, de mantener una buena relación con todos un integrantes y de protegerse, y si se da a conocer ese hecho, todo lo esperado desaparecería. Por lo tanto, se puede decir que casi es imposible que un familiar informe a las autoridades de un ilícito cometido dentro de su familia, a menos que surja algún problema entre los integrantes de la misma. Siempre que las acciones punibles ocurren dentro de un círculo cerrado, en una familia, en un clan familiar o entre amigos, no se denunciará generalmente el crimen mientras todas las personas que lo conocen se entiendan bien entre sí. Sólo cuando ese buen entendimiento se enturbia surge la denuncia.²⁰

Hay veces que algún integrante de la familia descubre, por ejemplo, que el padre forza a alguna de sus descendientes a tener relaciones sexuales con él, además de amenazarla para que se quede callada. En este caso en particular puede ser que si se informe al ministerio público de la situación que existe en ese hogar, pero no se estaría denunciando un incesto sino una violación. Cuando se llega a denunciar, lo hacen generalmente personas ajenas al núcleo familiar, tales como vecinos o familiares muy lejanos, quienes se indignan por el hecho inmoral que se comete y no tanto porque se dañe a alguna persona o interés.

²⁰ Von Hentig, Hans. Estudios de Psicología Criminal. Tomo VII El delito desconocido. Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1969, p. 165

En la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal se han realizado dos estudios sobre víctimas de delitos sexuales; el primero durante el primer semestre de 1984, y el segundo en el primer semestre de 1988. Durante este período, las denuncias por delitos sexuales representaban sólo el 1.5 % del total de las denuncias. En el estudio de 1984 se entrevistaron 380 casos, de los cuales el 1.58 % eran incestos; por su parte, en 1988 fueron 317 casos y no se tiene un porcentaje exacto, ni tampoco uno probable, de cuántos de éstos fueron incestos. También se tienen datos que en el periodo 1978-1988 sólo el 5 % de todas las denuncias por delitos sexuales, correspondió a los delitos de incesto, rapto y adulterio. Es decir, ni siquiera se sabe con exactitud el porcentaje real de denuncias realizadas por el delito en estudio, pero si se divide el mencionado porcentaje entre los tres ilícitos penales citados, resultará uno menor al 2 %. Con estos datos podemos decir que de cada 10 000 denuncias, 150 eran por delitos sexuales, de las cuales aproximadamente 2 eran por el delito de incesto, con lo cual queda comprobado el hecho de que son muy raras las denuncias realizadas por el delito en cuestión.

Son contados los casos de incesto que se verifican en los juzgados, pero, en el supuesto de que se llegue a esta parte del proceso es cuando aparece un nuevo problema. ¿Cómo se acreditan el cuerpo del delito del incesto y la probable responsabilidad de los sujetos? El incesto es un delito de difícil comprobación dada la intimidad de su ejecución, por lo que son pocas las pruebas que se pueden reunir; además, las investigaciones correspondientes pueden faltar el respeto que se debe guardar a la intimidad familiar al revelarse actos que la sociedad no tiene ningún interés en punir. Por lo tanto es prácticamente imposible acreditar el delito en estudio, a excepción de que las relaciones incestuosas hayan tenido como consecuencia la procreación de algún hijo.

El incesto no es un delito grave y por lo tanto el que lo comete tiene derecho a la libertad provisional bajo caución, tal como lo especifican la fracción I del artículo 20 Constitucional y, a contrario sensu, el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. El artículo 20 de nuestra Constitución menciona al respecto: " En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías: I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio."

Por su parte, el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala lo siguiente: " Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos." El incesto tiene una pena mínima de un año de prisión y una máxima de seis años. Si se suman ambas penas da un resultado de siete años; esos siete años se dividen entre dos y queda un cociente de 3.5 años, por lo que claramente es visible que el delito en estudio no es de los denominados como graves, además de que las personas que lo cometan sí tienen el beneficio de la libertad provisional bajo caución.

Pero, ¿ de qué forma se fija la caución si uno de los aspectos que tiene que cubrir es la reparación del daño ? Según el artículo 30 Bis del Código Penal del Distrito Federal tienen derecho a la reparación del daño: 1) la víctima o el ofendido; y 2) en caso de fallecimiento de la víctima, las personas que

dependiesen económicamente de él al momento del fallecimiento, o sus derechohabientes. Sin embargo, al ser el incesto un delito bilateral en el que existen dos sujetos activos plenamente de acuerdo en cometerlo y en el que no hay un sujeto pasivo, entonces, ¿ a quién se establece como víctima para tener los derechos a la reparación del daño? Esta es una de las tantas cosas que no están claras cuando se está en el proceso de un delito de incesto, pero definitivamente la víctima no puede ser alguno de los involucrados en la relación incestuosa, ya que ambas personas consintieron dichas relaciones sin que nadie haya sido obligado, y menos, perjudicado. Es decir, realmente no hay una víctima y en caso de haberla es porque se está ante la presencia de un delito diverso al estudiado en el presente trabajo.

Si una pareja es condenada por el delito en cuestión será llevada a un Centro de Readaptación Social en el cual, precisamente, se intentará readaptar a los reos para que no reincidan en un futuro. Sin embargo, no necesitan de ninguna readaptación ya que en ningún momento fueron personas no adaptadas a la sociedad, sino que únicamente no concordaron en un punto específico con la mayoría de la gente; por lo que sería bastante probable que al haber purgado su pena volvieran a mantener relaciones incestuosas. Por este motivo creo que lo más favorable para las personas que cometen incesto, no es la privación de su libertad por un tiempo determinado dentro de un Centro de Readaptación Social sino una ayuda psicológica profesional que los auxilie con el problema que experimentan en sus vidas.

Este delito no solo es ineficaz porque no se denuncie, sino también porque no se realiza mucho; y es que es tanto el repudio que se le tiene que aún no existiendo el delito no se cometería en gran cantidad. Una de las razones por las que no se presenta es por la pérdida de atracción física que se tiene como

consecuencia de la excesiva convivencia; otra, es la edad dispar que existe entre los miembros de la familia, ya que puede ser tanta la diferencia, que es más probable encontrar una pareja fuera del núcleo familiar que dentro de éste.

Por todas las causas mencionadas, pienso que el delito de incesto es muy ineficaz y lo que necesita es una reforma en la que se engloben todas las lagunas que tiene el actual artículo 272 del Código Penal para el Distrito Federal, o bien, la derogación del mismo.

4.3 DEROGACION DEL TIPO PENAL.

Pienso que son suficientes los motivos mencionados durante la realización del presente trabajo; motivos por los cuales propongo la derogación del tipo penal de incesto tipificado en el artículo 272 del Código Penal para el Distrito Federal. De cualquier forma, en este subtema se hará una recopilación de todos ellos, mencionándolos uno a uno.

Anteriormente el delito de incesto no estaba contemplado dentro de nuestra legislación. El Código Penal Mexicano de 1871, siguiendo la postura del código francés de 1810, no consideraba al incesto como un delito; sólo señalaba como circunstancia agravante de cualquier ilícito penal el parentesco de consanguinidad en primer grado en la línea recta, el parentesco de consanguinidad en el segundo, tercer y cuarto grado de la línea colateral y el parentesco de afinidad tanto en la línea recta como en el segundo grado de la línea colateral. Además, las penas del estupro, la violación y la violación equiparada se aumentaban en dos años cuando el reo fuera ascendiente, descendiente, padrastro o madrastra del ofendido, y con un año si fuera hermano. Es decir, las relaciones sexuales habidas entre parientes con el consentimiento de éstos no eran consideradas como delito; mientras que

cuando éstas eran realizadas sin la voluntad de ambos, o con un vicio en la misma, eran encuadradas en cualesquiera de los tres delitos mencionados. Es hasta 1929 que el incesto entra al catálogo de delitos, y sin embargo, en el transcurso de los 58 años que pasaron de 1871 a 1929 la sociedad mexicana vivió sin la existencia del delito en estudio sin que se haya puesto en peligro a la población por malformaciones genéticas o por una lentitud en el desarrollo. Es por eso que me pregunto ¿no se viviría igual que en la actualidad si se derogara el delito de incesto ?

Una de las razones más curiosas, es el hecho de que el incesto no sea castigado en todas y cada una de las entidades federativas de nuestro país. Y es que si bien es cierto que cada legislatura estatal tiene la facultad de establecer sus propias leyes, también lo es, que debería de existir una similitud de ideas, y por tanto de delitos, en todo nuestro territorio nacional. Tanto Puebla como Tlaxcala no tipifican el incesto como delito, por lo que en esos dos estados no hay una pena establecida para los que cometen relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes, o entre hermanos.

Si el incesto fuera un acto puramente delictuoso, debería de ser castigado en todas las entidades federativas, tal como lo son el robo, la violación o el homicidio; y no sólo en nuestro país, sino en todo el mundo, ya que tampoco todas las legislaciones extranjeras lo consideran un delito. Pienso que tanto en Tlaxcala como en Puebla no se ha tipificado al incesto como un delito porque se han dado cuenta que no hay una víctima identificable, además de que no está bien definido el bien jurídicamente tutelado. Si en esos lugares han podido vivir sin problemas genéticos y de inestabilidad familiar no veo por qué en el Distrito Federal no pueda ser igual, por lo que deberíamos de aprender de esas dos legislaciones penales estatales y hacer lo mismo nosotros.

Uno de los motivos más importantes por los que el incesto no debe de ser considerado un delito es porque no existe un sujeto pasivo o víctima. La víctima es la persona sobre quien recae la acción delictuosa, pudiendo ser sobre si misma, sobre sus derechos o sus bienes. En el delito estudiado no se afecta en ningún momento a persona alguna, ni tampoco se lesionan sus bienes o derechos; por tanto, si se puede decir que "nadie" es la víctima en este delito.

Algunos victimólogos como Bedau han mencionado que existen los llamados delitos sin víctima, pero hay quienes no están de acuerdo. "Una actividad puede considerarse como delito sin víctima solamente si es prohibida por el Código Penal y amenazada con una pena, y consiste en el intercambio de transacciones de bienes y servicios entre adultos con pleno consentimiento, y que no se consideran lesionados por la actividad realizada, y están de acuerdo en no informar a las autoridades de su participación en los hechos."²¹ Personalmente concuerdo mucho con esta opinión, ya que efectivamente hay un delito siempre que esté considerado como tal dentro de un código penal; pero, no hay una víctima cuando las personas participantes lo efectúan con pleno consentimiento, además de no sentirse perjudicadas.

Los sujetos que intervienen en las relaciones sexuales efectuadas entre parientes cercanos, lo hacen de forma voluntaria y sin que sean obligados; por lo que ambos deben ser considerados como sujetos activos y en ningún caso debe ser tomado en cuenta alguno de ellos como el sujeto pasivo. Ciertos autores, tales como el maestro Carrara sostienen que el incesto no debe de ser considerado como delito, pues cuando el acto carnal se verifica con el consentimiento de las

²¹ Rodríguez Manzanera, Luis. *Victimología*. 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998, p. 69

personas, no hay derecho ni razón particular o universalmente lesionados; por lo que no se puede llamar víctima a la mujer que consiente el acto incestuoso.

Por todo lo mencionado, se puede decir que el incesto es un delito sin víctima ya que los participantes no se sienten ofendidos en ningún momento, por lo que no tienen el menor interés de dar parte a la autoridad correspondiente de un hecho que están cometiendo con su plena voluntad. Por tal motivo, es que realmente no hay una razón lo suficientemente fuerte para castigar las relaciones incestuosas. Además, al no existir una víctima se hace más difícil el proceso de investigación, ya que no hay una determinada persona que acuse y que presente pruebas; quedando en la duda a quién le corresponde la reparación del daño y cómo se puede cuantificar ésta.

Pienso que en nada afectaría la derogación de este tipo penal ya que las relaciones sexuales son cometidas por personas mayores de edad que otorgan su consentimiento para llevarlas a cabo. En caso de que no se realizaran con la voluntad de ambos sujetos ya no sería incesto y no importaría la no existencia de este delito, ya que dicha conducta se encuadraría en la violación agravada tipificada en el artículo 266 Bis del Código Penal para el Distrito Federal, en el cual se aumenta hasta en una mitad en su mínimo y en su máximo la pena prevista para la violación cuando el delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro.

La cuestión genética es uno de los fundamentos para prohibir el incesto. Se menciona que los hijos procreados por relaciones incestuosas suelen tener malformaciones o retrasos mentales lo cual pone en peligro el desarrollo de la especie humana; pero si ésto fuera cierto, la humanidad se habría extinguido desde

sus inicios y no hubiera llegado hasta nuestra actualidad. Es verdad que los descendientes de uniones incestuosas llegan a presentar algún trastorno; sin embargo, se trata de casos poco frecuentes y sin influencia apreciable en el porvenir de la raza humana. Inclusive, algunos investigadores han resuelto, por experiencias de consanguinidad en animales y por estudios llevados a cabo sobre hijos nacidos de incestos, que este delito no ofrece ningún grave riesgo para la descendencia a menos de que el cruce familiar sea sistemático.

Si el problema con el incesto es por un punto de vista eugenésico, entonces tendrían que ser declaradas delictuosas todas aquellas relaciones sexuales habidas con personas que padecen alguna enfermedad hereditaria, ya que en estos casos el porcentaje de descendencia anormal sería más alto que el del incesto. Por ejemplo, la diabetes es una enfermedad que si no se cuida y se controla puede llegar a ser mortal; además, generalmente los descendientes de una persona diabética también lo son. Por lo tanto, ¿no es este suceso más peligroso que los insuficientes casos de anormalidades que se presentan en descendientes de relaciones incestuosas? Personalmente opino que si y que existen otras causas tales como el síndrome de inmunodeficiencia adquirida o el SIDA que, en dado caso, ponen en mayor riesgo a la humanidad que el incesto.

Con el incesto pueden presentarse algunos trastornos ya que el descendiente puede heredar los genes mutantes defectuosos de ambos ascendientes. Pero también, ocasionalmente, las uniones incestuosas suelen producir seres humanos extraordinariamente dotados gracias a la combinación de los rasgos excelentes de los padres.

Por lo expuesto, se puede observar que el factor genético no es un motivo contundente para prohibir el incesto, pudiéndose suprimir dicha prohibición sin

que la especie humana sufriera un deterioro o llegara a poner en peligro su existencia.

Se dice que el incesto es perjudicial para la familia porque provoca inestabilidad y fuertes problemas dentro de ella. No cabe duda que dichos conflictos si se presentan cuando existe un delito así, pero siendo realistas, al haber pocos incestos, también hay pocos problemas ocasionados por éstos. Ahora que si se trata de proteger a la familia para que ésta no se desintegre, entonces habria que cuidarla de todas aquellas conductas que pongan en peligro su estabilidad.

El alcoholismo, la adicción a las drogas y la prostitución son conductas que también acaban con familias y sin embargo no son consideradas delitos. Generalmente los núcleos familiares en los que se presentan algunas de las conductas mencionadas padecen de graves conflictos los cuales terminan desintegrándolos; además, dichas conductas se presentan en porcentajes mucho mayores que los incestos. Por lo tanto, ¿ por qué acusar al incesto de ser un desintegrador familiar y por tal motivo tipificarlo como delito cuando hay otras causas que existen en mayor grado y no son consideradas como tal? ¿ Acaso no merecen la misma valoración, para ser sancionadas o no, todas las conductas mencionadas ?

De tal forma, queda claro que la desintegración familiar tampoco es una razón lo suficientemente fuerte para prohibir el incesto; y aún derogándose el delito en estudio, los conflictos familiares provocados por relaciones incestuosas no sobrepasarían a los problemas originados por algunos vicios tales como el alcoholismo o la drogadicción.

Las relaciones sexuales llevadas a cabo entre ascendientes y descendientes, o entre hermanos, son repudiadas por casi todas las personas. La gente no comete este delito no por el temor de ser castigados por el Estado, sino por miedo a ser rechazados por la sociedad o por la iglesia. Para una persona creyente, las uniones incestuosas significan un pecado y por lo tanto no las realiza, ya que vivir en pecado y sin el apoyo y la aprobación de su religión es el más grande castigo al que se puede hacer acreedor, incluso más que el ser privado de la libertad en una prisión. Tampoco es realizado el incesto por el temor al ¿qué dirán?. Vivimos en una sociedad en la que se han impuesto reglas de convivencia, convencionalismos sociales y sobre todo normas morales. Este tipo de normas se nos han infundado de generación en generación y por lo tanto es muy difícil acabar con ellas.

Una de estas normas es el no cometer incesto, y el que lo efectúa, rompe con ellas convirtiéndose en un ser humano sin principios morales. De tal forma y atendiendo a estos principios son raras las personas que se atreven a ir en contra de ellos sin que sientan vergüenza de sí mismas por no estar de acuerdo con la opinión de la mayoría. Y es que el no concordar con casi todos representa un rechazo de la sociedad; un rechazo de familiares, de amigos, de vecinos y de desconocidos, el cual no cualquiera está dispuesto a pagar.

Es cierto que las normas morales pueden o no respetarse y que no hay forma de imponerlas obligatoriamente; sin embargo, tienen tanta fuerza que generalmente se cumple con ellas y el que no lo hace se gana el repudio de los demás. Esto es lo que pasa con el incesto; nuestra sociedad y nuestra moral actual lo observan con horror, calificándolo como uno de los actos más repugnantes e inmorales del hombre. Es por eso que si se eliminara la prohibición legal del mismo, no aumentaría el número de casos. Incluso, hay un filósofo psicoanalista, de nombre Alexander, que ha llegado a decir que si se suprimieran todas las leyes y todos los

reglamentos, todos los crímenes aumentarían en número, a excepción de dos: el incesto y el parricidio. Autores como Mittermaier, Carrara y Groizard se inclinan por la no incriminación, mencionando que el incesto es un hecho inmoral que no siempre ha sido considerado como delictuoso y que su pena en nada sirve para mantener la pureza familiar.

Es en este momento cuando retomo mi postura inicial de decir que el incesto se castiga, por encima de las razones legales, por cuestiones de índole moral; lo cual rechazo completamente, ya que si bien es cierto que toda norma jurídica está basada en una moral, también lo es que no toda norma moral debe convertirse en una jurídica. Es tanta la influencia de la moral dentro del campo del derecho que hay quienes afirman que algunos actos han sido considerados como delitos porque los grupos en el poder los contemplan como moralmente repugnantes, por lo que también los tachan de ilegales.

Como toda norma, las morales también cuentan con una penitencia para el que no las cumpla, la cual consiste en el remordimiento. ¿ Para qué otorgar un castigo, impuesto por el Estado, a una conducta que ya tiene una sanción propia ? Sencillamente, es tanto el repudio que se le tiene al incesto que se le ha considerado como un delito, siendo que con dicha conducta no se lesionan bienes jurídicos ni tampoco a persona alguna.

Yo quisiera poner a consideración una situación muy particular. Durante generaciones se vió con muy malos ojos a la comunidad homosexual; actualmente se les sigue rechazando, pero con menor intensidad. Así como hay personas que tienen preferencia sexual por los de su mismo sexo, también hay quienes la pueden tener por algún familiar; y no por eso hay que repudiarlos ya que cada quien tiene derecho a elegir a su pareja y a alcanzar la felicidad de la forma en que más le

convenga. Y no por ser homosexual o incestuoso, la persona deja de ser un ser humano con valores, con principios morales y que además, merece el respeto de todos los demás. Estamos acostumbrados a ver a todos aquellos que no piensan igual que nosotros como gente rara o equivocada; pero tal como lo menciona el doctor Lars Ullerstam, sólo son minorías eróticas, a quienes en lugar de censurar se les debe ayudar.

Por último, la ineficacia del delito de incesto es un factor más por el que éste debe ser derogado. Primeramente, la descripción del tipo penal no es clara; no se especifican que son las relaciones sexuales y queda en duda si son lo mismo o no que la cópula. Tampoco se dice si los ascendientes, descendientes y hermanos deben de ser consanguíneos o no; por lo tanto puede interpretarse que el incesto sólo se comete en caso de que exista un tipo de parentesco en particular, o bien, presentándose cualquiera de sus tres modalidades.

Dentro del tipo penal se menciona que cometen incesto los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes, pero en ningún momento se señala si estas relaciones deben ser efectuadas con el consentimiento de ambos o no. Este punto ha hecho que algunos autores digan que al no existir especificación alguna es porque no se requiere del consentimiento; sin embargo, si faltara éste se estaría ante la presencia de una violación agravada y no de un incesto. De igual forma, tampoco se menciona si los participantes deben de ser de distintos sexos, mención que sí es realizada en el delito de violación.

Como se puede observar son muchos los puntos no aclarados en este delito, puntos que por supuesto lo convierten en ineficaz. Además, también se presentan las raras denuncias y la difícil comprobación de este ilícito penal; generalmente no hay una parte acusadora y no hay quien ofrezca pruebas, las cuales, por cierto, son

casi imposibles de conseguir. Por otro lado, la pena que se impone al que comete este delito en nada trata de restituir el orden social y no sirve para readaptar a dichas personas, ya que lo que éstas necesitan no es un castigo sino una ayuda profesional especializada.

Por la falta de especificaciones en el tipo penal, la casi imposible comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de los inculcados, y la no existencia de un beneficio social con la pena que se impone; este delito se convierte en ineficaz por lo que de nada sirve su presencia dentro del Código Penal para el Distrito Federal.

Por todas y cada una de las razones expuestas durante el presente trabajo, pero en particular en este último subtema del capítulo cuarto, estoy convencida de que este delito debe de ser derogado; sobre todo por el hecho de no lesionar intereses particulares ni universales y por la ineficacia del mismo. Además, debe de analizarse el Código Penal en estudio y derogarse todos aquellos ilícitos, que como éste, sean delitos sin víctima ya que no tiene ningún sentido que se encuentren tipificados como tal.

Por otro lado, pienso que se deberían crear instituciones públicas y privadas con el personal especializado, para que se atienda a todas aquellas personas que cometen incesto; porque lo que éstas realmente necesitan es el apoyo y comprensión de los demás, y no el rechazo de toda nuestra sociedad.

Finalmente; actualmente se están analizando cada uno de los artículos del actual Código Penal para el Distrito Federal para realizar la creación de un nuevo código. Tanto el Partido de la Revolución Democrática (P.R.D.), el Partido de Acción Nacional (P.A.N.) y el Partido Revolucionario Institucional (P.R.I.) han

externado sus puntos de vista, entre los cuales quiero destacar las propuestas para reformar el delito de incesto.

Propuesta del P.R.D.

“Artículo 186.- Se impondrá la pena de seis meses a dos años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.

La pena aplicable a estos últimos será de tres meses a un año de prisión.

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

Como se puede observar, la redacción del presente numeral es exactamente igual a la del actual artículo 272, la única diferencia estriba en que la punibilidad establecida es menor. De tal forma, me atrevo a decir que no serviría de nada reformar el artículo de esta manera, ya que los cambios a los tipos penales deben ser para aportar algo nuevo y diferente.

Propuesta del P.A.N.

“Artículo 202.- A los hermanos y a los ascendientes o descendientes consanguíneos en línea recta que con conocimiento de su parentesco tengan cópula entre sí se les impondrá prisión de uno a seis años o tratamiento en libertad de seis meses a un año, según se requiera a juicio del juez.”

Sin duda alguna este artículo es mucho mejor que el anterior y que el vigente, teniendo algunas cosas para rescatar. En mi opinión, está muy bien que no hagan distinción entre ascendientes y descendientes ya que ambas partes actúan de igual forma. También es importante la mención de que los participantes deben tener pleno conocimiento de su parentesco, y que éste debe de ser del tipo consanguíneo. Sin embargo, al hacer la especificación de “parientes consanguíneos”, dan a pensar que el bien jurídicamente tutelado es la conservación de la especie y no la moral sexual familiar; no importando las

relaciones sexuales habidas entre parientes afines y civiles. También es interesante la punibilidad establecida ya que, a juicio del juez, puede ser prisión o tratamiento en libertad; siendo éste último, desde mi punto de vista, el más provechoso y el que ayudaría más a los participantes del presente ilícito penal.

Propuesta del P.R.I.

“Artículo 234.- A los hermanos y a los ascendientes y descendientes consanguíneos en línea recta que tengan cópula entre sí, se les impondrá de seis meses a dos años de prisión o de seis meses a un año de tratamiento en libertad.

El juez podrá reducir la sanción hasta en una mitad, si en el caso median circunstancias que justifiquen esa reducción.”

En este caso, realmente no hay nada que agregar ya que es muy parecida a la anterior. Estas dos últimas propuestas son mucho mejores que la primera porque especifican situaciones que anteriormente quedaban en el aire; siendo rescatable la disminución en la punibilidad en cuanto a la pena de prisión se refiere, siendo mi opinión, que los legisladores de este partido se dieron cuenta que una pena menor no hará que la comisión del incesto se aumente, por lo que no tenía caso establecer una pena de prisión mayor o dejarla como se encuentra actualmente en el artículo 272. Sin embargo, por todo lo anteriormente expuesto estoy convencida en proponer “La Derogación del Delito de Incesto.”

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El incesto no es considerado un ilícito penal dentro de todo nuestro territorio nacional, tampoco lo es en todas las legislaciones extranjeras y no lo ha sido en todas las épocas de la historia. Por lo tanto, no es un delito universal tal como lo son el homicidio, el robo y la violación.

SEGUNDA.- Deben ser destipificados del derecho penal los llamados delitos sin víctima, en virtud de no existir ninguna razón para incriminar una conducta, cuando ésta no ocasiona ningún daño o lesión a persona alguna o a sus intereses.

TERCERA.- El delito de incesto es muy ineficaz tanto en su descripción legal como en su aplicación dentro del proceso penal y su tipo penal cuenta con muchas lagunas que afectan para un buen desarrollo del procedimiento. Además, la punibilidad establecida no cumple con la función de prevención general, mientras que la pena, tampoco lo hace, con la de prevención especial.

CUARTA.- Actualmente existe una confusión general de decir que toda relación habida entre ascendientes y descendientes, o entre hermanos, es incesto. Este delito debe de realizarse con el consentimiento de ambas partes, aún no encontrándose esta especificación dentro del tipo penal; ya que en caso de no existir dicho consentimiento se está ante una conducta que encuadra en la violación agravada, tipificada en la II fracción del artículo 266 Bis del Código Penal para el Distrito Federal; por lo cual es necesario dar más información al respecto para que la gente no tenga dudas sobre el tema.

QUINTA.- El incesto es rechazado por cuestiones de índole moral y no por ser un delito. Al ser catalogado como uno de los actos más repugnantes e inmorales del hombre, aquellos que lo cometen son vistos con muy malos ojos;

sin embargo, no son considerados delincuentes, sino más bien, personas sin principios morales.

SEXTA.- La moral y todo lo que ésta implica es muy subjetiva; lo que para algunos es bueno, para otros es malo y viceversa. El cometer incesto no hace a una persona una inmoral sin valores ya que este acto puede no ir en contra de sus propias normas morales, las cuales pueden ser distintas en todos los individuos.

SEPTIMA.- Toda persona debe tener el derecho a elegir cuál es su preferencia sexual y quién es su pareja. Su decisión debe ser respetada y aceptada por todos los demás, siempre y cuando no exista un compromiso previo en alguno de los participantes.

OCTAVA.- Deben tratarse igual a los iguales y desigual a los desiguales; por lo tanto deben ser valoradas de igual forma todas aquellas conductas que tienen una consecuencia igual o bastante similar, siendo todas castigadas, o bien, todas no incriminadas.

NOVENA.- Deben crearse instituciones de ayuda profesional y especializada, tanto públicas como privadas, para que toda persona que se encuentre en una situación de incesto pueda recibir la ayuda correspondiente.

DECIMA.- No basta realizar algunas reformas al actual artículo 272 del Código Penal para el Distrito Federal; es necesario reestructurarlo completamente, o bien, derogarlo.

BIBLIOGRAFIA

- ALANIS VERA, Esther. El Delito de Incesto. Editorial Trillas, México, 1986, 110 p.
- CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 40ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999, 363 p.
- DELAHANTRY, Guillermo. Tabú del Incesto. Editorial Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1982, 248 p.
- FREUD, Sigmund. Obras Completa de Freud Volumen VIII. tr. Luis López - Ballesteros y de Torres, Editorial Iztaccihuatl, México, 1978, 316 p.
- GONZALEZ BLANCO, Alberto. Delitos Sexuales. 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1979, 234 p.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 29ª edición, Editorial Porrúa, México, 1997, 473 p.
- GONZALEZ GALVAN, Jorge Alberto. Derecho Indígena. Editorial McGraw - Hill, México, 1997, 118 p.
- LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos en Particular Tomo II. 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1997, 610 p.
- Teoría del Delito. 7ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999, 313 p.
- MARCHIORI, Hilda. Personalidad del Delincuente. Editorial Porrúa, México, 1978, 179 p.
- MARTINEZ ROARO, Marcela. Delitos Sexuales. 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991, 355 p.
- MORTON, Hunt. Conducta Sexual en la Década del 70. tr. Juan Palavicini, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1977, 450 p.
- OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal. 3ª edición, Editorial Trillas, México, 1990, 108 p.

- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General. 14ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999, 652 p.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1985, 233 p.
- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Victimología. 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998, 466 p.
- ROEMER, Andrés. Sexualidad, Derecho y Política Pública. Editorial Miguel A. Porrúa, México, 1998, 230 p.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil Volumen I. 28ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998, 533 p.
- S. CAPRIO, Frank. Variantes en la Conducta Sexual. tr. René Cárdenas Barrios, Editorial Diana, México, 1967, 348 p.
- SULLIVAN EVERSTINE, Diana y Louis Everstine. El Sexo que se Calla. tr. Víctor Beceril Montekio, Editorial Pax, México, 1997, 277 p.
- VON HENTING, Hans. Estudios de Psicología Criminal Volumen VII. tr. José Belloch Zimmermann, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1969, 199 p.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Penal Federal

Código Federal de Procedimientos Penales

Código Penal para el Distrito Federal

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal

Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California

Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua

Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Coahuila

Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de México

Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato

Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Hidalgo

Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Jalisco

Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Michoacán

Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León

Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca

Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Puebla

Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de San Luis Potosí

Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Sinaloa

Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Sonora

Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Tlaxcala

Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación