

655
261



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIO DOGMATICO SOBRE
EL DELITO DE INCESTO

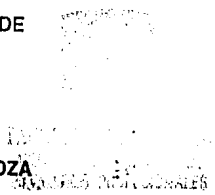
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

PRESENTA

SERGIO ALFONSO PEREZ MENDOZA



DIRECTOR DE TESIS

LIC. IGNACIO AGUILAR ROMERO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

Cd. Universitaria, 13 de enero de 1993.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION
ESCOLAR DE LA U. N. A. M.
P R E S E N T E .

El señor SERGIO ALFONSO PEREZ MENDOZA, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del Lic. Ignacio Aguilar Romero, su tesis profesional intitulada "ESTUDIO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE INCESTO", con el objeto de obtener el grado académico - de Licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido la tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el artículo 8 fracción V, del Reglamento de Seminarios para las tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.

Atentamente
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
El Director del Seminario

DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS.

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO INDIVIDUAL



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

Ciudad Universitaria, a 4 de noviembre de 1993.

SR. DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS,
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO
PENAL, DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

Me permito manifestarle que he dirigido la Tesis Profesional -
intitulada " ESTUDIO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE INCESTO ", elaborada por el
alumno SERGIO ALFONSO PEREZ MENDOZA, estimo que es un trabajo que reúne los re-
quisitos exigidos por la normatividad universitaria, por tal motivo emito mi -
voto aprobatorio, dejándolo a la consideración de Usted.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para reiterarle
mi atenta y distinguida consideración.

A T E N T A M E N T E,

LIC. IGNACIO AGUILAR ROMERO.

1993

AGRADECIMIENTOS

A MIS PADRES

*Dr. José Pérez Martínez y Graciela Mendoza de Pérez
que con su gran Amor, Consejos e Impulso Moral;
lograron en mi el deseo de alcanzar esta Meta.*

A MIS HERMANOS

*José, Blanca, David, Linda,
Jorge, Víctor y Graciela*

ALA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

***A el Lic. Ignacio Aguilar Romero: excepcional Maestro y Amigo,
Gracias por su ayuda en la dirección de la presente tesis.***

A el Lic. Efraín García Ramírez: que con su valiosa ayuda ha sido factor importante en la culminación del presente trabajo.

INDICE

ESTUDIO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE INCESTO

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

I.- Nota Introductoria.	1
II.- Generalidades.	2
2.1.- Etimología.	2
2.2.- Concepto.	2
2.3.- Diferentes Clases de Incesto.	4
2.4.-Evolución Legislativa.	4

CAPITULO SEGUNDO

ESTUDIO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE INCESTO

I.- Delito.	18
II.- Conducta o Hecho.	21
2.1.- Delito de Incesto ¿Conducta o Hecho?	22
2.2.- La omisión en el delito de Incesto.	23
2.3.- Clasificación en orden a la Conducta.	24
2.4.- Clasificación en orden al Resultado.	24
III.- Ausencia de conducta.	
3.1.- Hipótesis de ausencia de conducta que pueden presentarse en el delito de Incesto.	26
IV.- Tipicidad.	27
4.1.- Comentarios sobre la unidad del delito de Incesto.	29
4.2.- Elementos del tipo:	29
a).- Bien Jurídico Protegido	

b).- Objeto Material	
c).- Sujeto Activo	
d).- Sujeto Pasivo	
e).- Medios	
f).- Referencias Temporales y Espaciales	
g).- Elementos Subjetivos y Normativos	
4.3.- Clasificación del delito en orden al tipo.	32
V.- Atipicidad.	32
5.1.- Hipótesis que pueden presentarse en el delito de Incesto.	33
VI.- Antijuridicidad.	34
6.1.- Formas de antijuridicidad en el delito de Incesto.	34
VII.- Causas de Justificación o Propositiones Permisivas en el delito de Incesto.	35
7.1.- Hipótesis que pueden presentarse.	35
VIII.- Imputabilidad.	38
8.1.- La imputabilidad como elemento o presupuesto del delito.	39
8.2.- Las acciones libres en su causa.	40
IX.- Inimputabilidad.	42
9.1.- Hipótesis de inimputabilidad en el delito de Incesto.	44
X.- Culpabilidad.	44
10.1.- Su estructura.	44
10.2.- El dolo.	48
10.3.- La culpa	49
10.4.- La Preterintencionalidad.	50
XI.- Inculpabilidad.	51
11.1.- La no exigibilidad de otra conducta.	51

11.2.- Los errores.	51
11.3.- Las eximentes putativas.	52
XII.- Condiciones Objetivas de Punibilidad y su Aspecto Negativo.	54
XIII.- Punibilidad.	55
13.1.- La finalidad de la pena. Aspectos Psicológicos, Sociológicos y Criminológicos.	57
XIV.- Las excusas absolutorias.	57
CAPITULO TERCERO	
EL ITER CRIMINIS	59
I.- La fase interna.	59
II.- La fase externa.	59
III.- La tentativa.	60
IV.- Concurso de delitos.	61
V.- Autoría y Participación.	61
CAPITULO CUARTO	
ANALISIS AL ARTICULO 272 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL	63
CONCLUSIONES.	66
BIBLIOGRAFIA.	68

CAPITULO PRIMERO

I.- Nota Introductoria

Consideraciones Generales

(Motivos para el desarrollo del presente trabajo)

Con el trabajo de tesis que pretendo elaborar, analizaré en forma integral el Delito de Incesto, en todos sus elementos, aspecto negativo, así como las formas de aparición del mismo, para que se pueda tener una concepción absoluta del ilícito, y sus posibles soluciones en beneficio de la administración de justicia.

En este breve ensayo tocaremos puntos muy importantes, como lo es la practica común en la vida sexual de una gran cantidad de familias, las cuales ya aceptan este tipo de libertinaje erótico sexual dentro del seno , sin el menor escrúpulo, y sin tomar en cuenta el daño moral que se les causa a esta célula social, ya que como es bien sabido la familia es el ente jurídico más protegido por el derecho, pues es la base para la unidad de la sociedad.

El Delito de Incesto es un acto que daña de una manera irreparable a la unidad familiar, y por consiguiente a la propia sociedad, dicha conducta incestuosa, puede deberse a una posición débil de los padres o bien de la incapacidad del Estado.

Es necesario considerar que las personas que aceptan esta conducta, son individuos conflictivos, trastornados y extraños, así como las relaciones que existen en sus familias y en sus estructuras. La vida sexual de estas personas o familias ya sea por parte de los padres, de los hermanos o de los hijos, tienen una clara evidencia de que existe una alarmante ausencia de la disciplina hogareña.

Las conductas Incestuosas ya sea del padre, de la hija, el hermano, la hermana, la madre o el hijo, tienen por lo general una desorganización personal anterior al delito, y este acto surge por un sentimiento ya corrompido e insensibilizado del individuo.

Es necesario tomar en cuenta los factores o circunstancias que pueden ser accidentales y que facilitan o apoyan para que este ilícito se presente en una familia ya desorganizada de antemano,

como lo son: las miserables condiciones de promiscuidad en una sola habitación o lecho, en los que conviven íntimamente padres, hijos y hermanos, dando como, resultado una ausencia total de recato e independencia personal de cada uno de los integrantes de la familia.

Finalmente, incluiremos en este trabajo la Evolución Legislativa Penal del Delito de Incesto, a partir del Código Penal del Estado de Veracruz Llave de 1835, hasta el proyecto del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y toda la República en Materia del Fuero Federal, vigente.

II GENERALIDADES

El incesto es la manifestación de perversión erótico-sexual que causa un daño irreversible en la moral, y que en la actualidad se ha presentado como una práctica común en la vida sexual de una gran cantidad de familias, las cuales aceptan este tipo de libertinaje erótico-sexual dentro de su seno sin el menor escrúpulo.

La familia como verdadera unidad, debe ser el ente jurídico más protegido por el derecho, por la importancia que presenta ésta para la sociedad.

2.1.- ETIMOLOGIA.

Algunos escritores discuerdan de la palabra incesto:

Incesto, del griego anacetus (insanable) es decir, se entiende como delito inexplicable.

Otros; in y cestus, no casto.

Otros; incestare, que quiere decir contaminar.

y otros; de cesto (zona nupcial) por la falta de ella en las uniones ilegítimas.

2.2.- CONCEPTO.

En cuanto al concepto, sobre este delito, existen varios criterios según cada autor.

INCESTO: delito que se comete por el coito entre dos personas ligadas por vínculos de parentesco dentro de los grados que impiden el matrimonio de las mismas.

CARRARA, explica que en las modernas instituciones incluyen entre los delitos contra el orden de la familia, el título de incesto que se define así: "El acceso carnal entre dos personas de sexo diferente unidas por vínculos tales de parentesco, que les impide el matrimonio".⁽¹⁾

No hay duda que el incesto es una falta vituperable, que perturba el orden de la familia ya que trastorna la jerarquía familiar.

Maggiore, define al incesto de esta manera: "es la unión carnal entre persona de distinto sexo, ligadas por relaciones de parentesco o afinidad que constituye impedimento para contraer matrimonio".⁽²⁾

Garraud, define al incesto así: "es el comercio ilícito que tiene lugar entre personas que no pueden casarse, en razón de su parentesco de consanguinidad o de alianza".⁽³⁾

Marcela Martínez Roaro, manifiesta que: "el único parentesco aceptable para constituir el incesto, es el que está dado en el artículo 272 del Código Penal en vigor que es exclusivamente el parentesco por consanguinidad en línea recta (ascendente y descendente) y en transversal (hermanos). En cuanto a los últimos, es decir, los hermanos el precepto no hace especificación alguna, debemos entender que se incluyen tanto a los hermanos del padre y madre, como a los hermanos de parte de uno solo de los progenitores".⁽⁴⁾

González de la Vega, en su definición explica que "el incesto consiste en la relación carnal entre parientes tan cercanos que, por respeto del principio exogámico regulador y jurídico de las familias les está absolutamente vedado el concubinato y contraer nupcias".⁽⁵⁾

Hace notar también que el incesto esta ligado con los impedimentos civiles para el matrimonio.

Definición Legal: En el artículo 272 de nuestro Código Penal Vigente para el Distrito Federal dice: "Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes. la pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión.

(1) Carrara, Francesco, Programa Parágrafo 2000, Traducida por José J. Ortega Torres, Editorial Palma Buenos Aires, 1946.

(2) Maggiore, Giuseppe, Derecho penal, Parte Especial, tomo IV, Editorial Temis, Bogotá, 1955, p. 209.

(3) Alimena, Bernardino, Principii Di Diritto Penale, Nápoles, 1912, p. 615.

(4) Martínez Roaro, Marcela, Delitos Sexuales, Editorial Porrúa, 1975, p. 221 a 222.

(5) González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, 1970, p. 416.

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

2.3.- DIFERENTES CLASES DE INCESTO.

El incesto se clasifica en:

Propio

Impropio y

Cuasi-incesto

Propio.- Consiste en el comercio carnal entre parientes consanguíneos próximos.

Impropio.- Es aquél, comercio sexual entre parientes afines.

Cuasi-incesto.- Lo implica entre parientes adoptivos así como entre tutor y pupila, que viola aquéllos vínculos derivados de las relaciones entre tutor y pupila o entre parientes por adopción.

2.4.- EVOLUCION LEGISLATIVA PENAL MEXICANA RELATIVA AL DELITO DE INCESTO.

La incriminación del incesto en el antiguo derecho romano, fue en sus principios muy incierta. Con el término eran designados todos los atentados graves contra la castidad que discrepan con preceptos religiosos.

Asimismo, cabe señalar que en el derecho romano la punición del incesto se restringe a las relaciones carnales entre consanguíneos y afines, con dos casos de excepción:

Cuando exista entre tutor y pupila, y

Entre el gobernador de una provincia y una mujer natural de la misma.

La reglamentación del delito se hace más precisa durante el imperio; se castiga el incesto entre ascendientes y descendientes, aunque fuesen adoptivos. entre hermanos consanguíneos, uterinos o adoptivos, entre tíos y sobrinos, entre primos, entre suegro y nuera, entre yerno y suegra, padrastro e hijastros, entre tutor y pupila.

Durante el gobierno de Teodoro, se aplicaba la pena de muerte al incesto.

Justiniano lo castigó con la confiscación de bienes, la deportación y la pérdida del rango civil.

El delito de incesto para el derecho canónico, sin distinguir del concepto de pecado, el concepto de delito, arremete contra aquéllo que considera lujuria y fornicación, castigando con dureza toda unión carnal no santificada por el matrimonio.

El incesto conceptualizado como herejía y grave ofensa a la religión, motivó la aplicación de penas como la hoguera y la tortura.

En el derecho español en el "Fuero Juzgo", "Real", "Las Partidas", "Novísima Recopilación", fueron obispos y clérigos quienes dictaron las primeras leyes visigodas.

Las Partidas, en sus leyes 2ª y 3ª, título VIII parte VII, castigaron el incesto al incriminarlo como adulterio.

La Novísima Recopilación, en sus leyes 2ª y 3ª, Libro VII, título XIX, extendió la pena a las relaciones sexuales con religiosas, y los criados por las cometidas con las parientas y los señores con otros criados de la casa; y define al delito de la siguiente manera: "Grave crimen es el incesto, el cual se comete con parienta hasta el cuarto grado, o con su 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 comete allende las otras penas en derecho establecidas, pierda la mitad de sus bienes para la nuestra cámara".

El Código Español de 1870, consideró al incesto como delito de estupro agravado.

El Código Penal Mexicano de 1871, no se reglamenta el delito de incesto, sino que se establece una agravación cuando los delitos de violación propia e impropia se cometen por un ascendiente o descendiente, tal y como se desprende de la lectura del artículo 801: "Cuando los delitos de que se habla en los artículos 795, 796 y 797, se cometen por ascendientes o descendientes: quedará el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido, y de la patria potestad respecto de todos sus descendientes. Si el reo fuere hermano, tío o sobrino del ofendido, no podrá heredar a éste".

Por su parte, los artículos 44-12ª, 45-13ª, 46-14ª y 47-15ª, determinan respectivamente:

ARTICULO 44-12ª: "Son agravantes de primera clase;

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

ARTICULO 45-13: “Son agravantes de segunda clase:

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

ARTICULO 46-14: “Son agravantes de tercera clase:

El parentesco de consanguinidad en segundo grado de la línea colateral, y el de afinidad en línea recta entre el delincuente y el ofendido”.

ARTICULO 47-15: “Son agravantes de cuarta clase:

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”.

El proyecto de reforma al Código Penal de 1871, en su artículo 801, reproduce al correspondiente del Código mencionado, agregando en su parte final “que lo prevenido en este artículo se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 3293 y 3294 del Código Civil”.

El anterior precepto se fundamenta en la exposición de motivos de la forma siguiente: “Este artículo que incapacita al reo de estupro o de violación para heredar al ofendido si es su ascendiente, hermano, tío o sobrino, se adiciona con un párrafo en que se hace constar expresamente que lo dispuesto se entiende sin perjuicios de lo que previene los artículos 3293 y 3294 del Código Civil, que establece la forma y los casos en que los ofensores recobren la capacidad para heredar por testamento. En rigor, esta disposición que se reduce a una referencia, no es necesaria pues en todo caso aún en el silencio del Código Penal, se debían observar los preceptos del Código Civil; pero siempre tiene la ventaja de hacer expreso e indiscutible el precepto legal”.

El Código Penal de 1929 para el Distrito Federal, llamado Código Almaráz, reglamenta el delito en estudio de los artículos 876 y 877, que respectivamente preceptúan:

ARTICULO 876: “Los padres que tuvieran 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 rebelada. Los hijos quedarán al cuidado del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social para su educación, corrección o regeneración”.

ARTICULO 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 fuesen menores de edad. Al mayor se le aplicará segregación hasta por dos años”.

Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835.

Tercera Parte

Delitos contra los particulares

Título I

De los delitos contra las personas

Sección V

De los delitos de incontinencia

ARTICULO 626.- El incesto entre ascendientes y descendientes por consanguinidad, será castigado, habiendo la circunstancia de ser con adulterio, con la pena de trabajos perpetuos sin lugar a conmutación. No habiendo adulterio, se impondrá desde ocho hasta quince años de trabajos forzados.

ARTICULO 627.- Si el incesto se cometiere entre ascendientes y descendientes por afinidad, siendo con adulterio, se impondrá a los reos desde ocho hasta quince años de trabajos forzados. Si fuere sin adulterio, se impondrá desde cuatro hasta seis años de los mismos trabajos.

ARTICULO 628.- El incesto entre hermanos por consanguinidad, no habiendo adulterio, se castigará con la pena de cuatro a ocho años de trabajos forzados. Habiéndolo, será la pena de diez a quince años de los mismos trabajos.

ARTICULO 629.- Si el incesto se cometiere entre cuñados viviendo aún la persona que forma el vínculo del parentesco, se impondrá la pena de cuatro a ocho años de trabajos forzados.

ARTICULO 630.- Si el incesto se cometiere entre las personas de que habla el artículo anterior,

pero sin la circunstancia agravante que él expresa, o entre cualesquiera otros parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado sin que medie adulterio, sufrirán los reos la pena de dos a cuatro años de prisión: a los que cometan adulterio incestuoso se impondrán la que por él merezcan.

ARTICULO 631.- El incesto entre ascendientes y descendientes por consanguinidad, produce la pérdida de los derechos de familia entre los incestuosos.

Proyecto de Código Criminal y Penal de Veracruz de 1851-1852

Tercera parte

Delitos contra las personas

Título VII

Delitos de incontinencia

ARTICULO 584.- El incesto será castigado con arreglo a las circunstancias y con las penas siguientes:

- I. Entre ascendientes y descendientes por consanguinidad, acompañado de adulterio con diez años de retención de trabajos forzados, sin lugar a conmutación.
- II. Entre los mismos ascendientes y descendientes no habiendo adulterio, con ocho a diez años de trabajos forzados con retención.
- III. Entre ascendientes y descendientes por afinidad, habiendo adulterio, con siete a diez años de trabajos forzados.
- IV. Entre los mismos ascendientes y descendientes no habiendo adulterio, con cuatro a ocho años de los mismos trabajos.
- V. Entre hermanos por consanguinidad, habiendo adulterio, con ocho a diez años con retención de trabajos forzados.
- VI. Entre los mismos hermanos consanguíneos, no habiendo adulterio, con cinco a ocho años de trabajos forzados.
- VII. Entre los cuñados viviendo la persona que forma el vínculo, o habiendo adulterio con cuatro a ocho años de los mismos trabajos.
- VIII. Entre los mismos cuñados, sin las circunstancias agravantes que emplea la parte anterior, con dos a cuatro años de los mismos trabajos.

- IX. Entre cualesquiera otros parientes por consanguinidad dentro del cuarto grado por la computación canónica no habiendo adulterio con dos años de prisión a cuatro años de trabajos forzados, según la mayor o menor distancia de parentesco.**
- X. Entre dichos parientes consanguíneos habiendo adulterio, además de la pena establecida en el artículo anterior, se les aplicará la de adulteros.**

ARTICULO 585.- El incesto entre ascendientes y descendientes por consanguinidad, produce la pérdida de los derechos de familia entre los incestuosos.

Código Penal de Veracruz 1869

Libro tercero

Delitos contra los particulares y las propiedades

Título séptimo

Delitos de incontinencia

ARTICULO 657.- El incesto será castigado con arreglo a las circunstancias y con las penas siguientes:

- 1.- Entre ascendientes y descendientes por consanguinidad, acompañado de adulterio, con ocho años de trabajos forzados, sin lugar a conmutación de ninguna especie.**
- 2.- Entre los mismos ascendientes y descendientes, no habiendo adulterio, con pena de dos a ocho años de trabajos forzados.**
- 3.- Entre ascendientes y descendientes por afinidad, habiendo adulterio, con el tiempo de uno a cinco años de trabajos forzados.**
- 4.- Entre los mismos ascendientes y descendientes, no habiendo adulterio, con tiempo de ocho meses a cuatro años de los mismos trabajos de policía o prisión.**
- 5.- Entre hermanos por consanguinidad, habiendo adulterio, con tiempo de dos a ocho años de la misma pena.**
- 6.- Entre los mismos hermanos consanguíneos, no habiendo adulterio, con tiempo de seis meses a cinco años de dicha pena.**

- 7.- Entre los cuñados, viviendo la persona que forma el vínculo o habiendo adulterio, con tiempo de seis meses a cuatro años de la misma pena.
- 8.- Entre los mismos cuñados sin las circunstancias agravantes que expresa la parte anterior, con tiempo de cuatro meses a cuatro años de prisión.
- 9.- Entre cualesquiera otros parientes por consanguinidad dentro del tercer grado, no habiendo adulterio, con seis meses de prisión a dos años de trabajos forzados, según la mayor o menor distancia del parentesco.
- 10.- En todos los casos de las precedentes fracciones cuando haya adulterio, además de la pena correspondiente al incesto, se aplicará la de adulterio.

ARTICULO 658.- El incesto entre ascendientes y descendientes por consanguinidad produce la pérdida de los derechos de familia entre los incestuosos. También podrá imponerse la pérdida o suspensión, según los casos, de todos o parte de dichos derechos que el delincuente tenga respecto de otras personas.

Código Penal de 1929 para el Distrito Federal

Título Decimotercero

De los delitos contra la libertad sexual

Capítulo III

Del incesto

ARTICULO 876.- Los padres que tuvieron 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 rebelada. Los hijos quedarán al cuidado del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social para su educación, corrección o regeneración.

ARTICULO 877.- El incesto entre hermanos se sancionará con multa de quince a treinta días de utilidad y permanencia mínima de un año es establecimiento educativo o de corrección, si alguno o ambos fueren menores de edad. Al mayor se le aplicará segregación hasta por dos años.

Anteproyecto de Código Penal de 1930 para el Distrito Federal y Territorios Federales.

Título Decimotercero

Delitos sexuales

Capítulo III

Incesto

ARTICULO 263.- Se impondrá la pena de un mes a seis años a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.

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

Se aplicará igual sanción en caso de incesto entre hermanos.

Código Penal de 1931, para el Distrito y Territorios Federales.

Título Decimoquinto

Delitos sexuales

Capítulo III

Incesto

ARTICULO 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.

Código de Defensa Social del Estado de Veracruz-Llave, de 1944.

Título Decimoprimer

Infracciones sexuales

Capítulo V

Incesto

ARTICULO 217.- Se impondrá hasta seis años de prisión, a los ascendientes que tengan cópula con sus descendientes.

Se aplicará esta misma sanción en caso de cópula entre parientes colaterales consanguíneos, comprendidos hasta el tercer grado.

Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, de 1949.

Título Décimosexto

Delitos sexuales

Capítulo III

Incesto

ARTICULO 263.- Se impondrá sanción de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan cópula con sus descendientes.

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

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

Proyecto del Código Penal para el Estado de Veracruz-Llave, de 1954.

Título Décimo

Delitos contra el orden de la familia

Capítulo I

Incesto

ARTICULO 168.- Se impondrá prisión de uno a seis años y multa de quinientos a mil pesos a los que hallándose en relación de parentesco en línea recta, sin limitaciones de grado, tengan cópula entre sí. La misma sanción se aplicará en el caso de cópula entre hermanos.

COMENTARIO

En este proyecto, el delito de incesto pasa a formar parte de los ilícitos cometidos en contra del orden de la familia y no tutela un bien jurídico individual, pues protege la organización exogámica de la familia.

Proyecto de Código Penal para el Estado de Baja California Norte, de 1954.

Título Décimo

Delitos contra el orden de la familia

Capítulo I

Incesto

ARTICULO 168.- Se impondrá prisión de uno a seis años y multa de quinientos a mil pesos a los que hallándose en relación de parentesco en línea recta, sin limitación de grado, tengan cópula entre sí. La misma sanción se aplicará en el caso de cópula entre hermanos.

COMENTARIO

En este proyecto de Baja California Norte de 1954, el incesto pasa al título relativo a los delitos contra el orden de la familia. Asimismo, se determina con exactitud el bien jurídico tutelado, que es la libertad y seguridad sexuales, cuya titularidad pertenece a las personas mayores y menores, respectivamente. Hay que recordar que el delito de incesto tutela principalmente la organización civil del matrimonio fundada en la exogamia.

Anteproyecto Chico Goerne de Código Penal Federal de 1958.

Título Cuarto

De los delitos contra la dignidad de la familia

Capítulo III

Incesto

ARTICULO 215.- Se castigará con prisión de seis meses a seis años y multa de cien a tres mil pesos, al que tenga relación sexual con persona que sea su ascendiente, su descendiente o su hermano.

COMENTARIO

La definición de incesto queda catalogada en el marco de delitos sexuales, y se incluye el adulterio con un criterio más preciso, a fin de evitar la crítica del artículo 273 del Código, en el sentido que no contiene una descripción verdadera de tipo.

Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, de 1958.

Título Décimosegundo

Delitos contra el orden de la familia

Capítulo I

Incesto

ARTICULO 121.- Al que tenga cópula con su ascendiente, descendiente o hermano, se le impondrá de seis meses a seis años.

COMENTARIO

En este artículo el incesto se coloca dentro de los delitos que atacan contra el orden de la familia, como en el caso también de matrimonios ilegales, bigamia y abandono de familiares, esto es contra el estado civil.

Se sanciona lo que agrede al orden familiar. El incesto, que en el Código Vigente engloba dentro de los llamados delitos sexuales, se ha colocado dentro del título citado por considerarse que en su sanción protege el orden familiar, y no un bien de naturaleza sexual.

Proyecto de Código Penal tipo para la República Mexicana, de 1963.

Sección Cuarta

Delitos contra la familia

Título primero

Delitos contra el orden de la familia

Capítulo V

Incesto

ARTICULO 260.- Se impondrá sanción de uno a seis años de prisión y multa de seiscientos a cuatro mil pesos, a los ascendientes que tengan cópula con sus descendientes.

La sanción aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión y multa de seiscientos a dos mil pesos.

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

COMENTARIO

Se ha estimado como un delito en contra del orden familiar más que de naturaleza sexual, ya que atiende al requisito esencial del parentesco.

Por ello, las reformas llevadas a cabo en los delitos señalados, responden a la necesidad de proteger a aquellas personas con las que se guarda un vínculo de matrimonio, o simplemente de parentesco, y contra aquellos delitos que atentan el orden de la familia.

Ahora, dentro de los delitos contra el estado civil, la redacción del Código vigente ha mejorado, y agrupa delitos contra las obligaciones derivadas de la filiación.

Proyecto de Código Penal para el Estado de Veracruz, de 1979.

Sección Segunda

Título único

Delitos contra la familia

Capítulo VI

Incesto

ARTICULO 205.- A los ascendientes consanguíneos, afines en primer grado o civiles que tengan cópula con sus descendientes, se les impondrá de uno a seis años de prisión.

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

Se aplicará la última sanción en caso de que la cópula sea entre hermanos.

Proyecto de Código Penal del Instituto Nacional de Ciencias Penales de 1979.

Sección Segunda

Título único

Delitos contra la familia

Capítulo VI

Incesto

ARTICULO 205.- A los ascendientes consanguíneos, afines en primer grado o civiles que tengan cópula con sus descendientes, se les impondrán de uno a seis años de prisión.

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

Se aplicará la última sanción en caso de que la cópula sea entre hermanos.

COMENTARIO

Se da una nueva ubicación a este delito en razón del bien jurídico tutelado, que es la moral sexual familiar, situado indebidamente en el actual Código entre los delitos llamados sexuales.

En el Capítulo V se reglamenta el delito de incesto, comprendiendo como sujetos activos a los ascendientes consanguíneos, descendientes afines en primer grado o civiles para la debida protección de la familia.

Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la

República en materia de fuero federal, de 1983.

Segunda Sección

Delitos contra la familia

Título único

Delitos contra la familia

Capítulo VII

Incesto

ARTICULO 188.- A los ascendientes, descendientes o hermanos consanguíneos, que con conocimiento de su parentesco, tengan cópula entre sí, se les impondrá prisión de tres meses a tres años.

CAPITULO SEGUNDO

ESTUDIO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE INCESTO

1.- DELITO.

Establecer un concepto de delito, aplicable a todo tiempo y sociedad, ha sido la pretensión de cantidad de estudiosos del derecho; fin que ha sido imposible realizar, toda vez que el delito va implícito en la estructura social y jurídica de cada época.

Numerosos conceptos se han dado, no sólo jurídicos, sino también otras ciencias como la filosofía, la sociología, mismas que han intentado definir el delito.

La palabra delito, deriva del "Delictum" o "Delictum" del verbo Delinquere, Delinquit, que se entiende por desviarse, resbalar, abandonar; a su vez delinquir, y el prefijo que se toma como linquere viam dejar o abandonar el buen camino.

Por lo que, "...Delito es la infracción de un deber exigible en daño de la sociedad o de los individuos (Rossi); es un ente jurídico, constituido por una relación de contradicción entre un hecho y la ley; es una disonancia armónica o es la infracción de la Ley del Estado promulgado, para proteger la seguridad de los ciudadanos; resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo. Normalmente imputable y políticamente dañoso (Carrara); es la violación de un derecho (Frank); es la violación de un derecho o de un deber (Tarde); es no solamente la oposición a la voluntad colectiva cuya expresión, es el derecho, sino también la oposición al deber (Wundt, Welffen), es desde el ángulo histórico, toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena, en determinado momento histórico; desde el ángulo valorativo, todo acto que ofende gravemente el orden ético y que exige una expresión consistente en la pena (José Maggiore)..."⁽⁶⁾

Desde el punto de vista sociológico, delito es: "...La violación de los sentimientos altruistas fundamentales de benevolencia, piedad y probidad o justicia en la medida media en que se encuentran en la sociedad civil, por medio de acciones nocivas para la colectividad".⁽⁷⁾

(6) Citado por Carrara y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, S.A. México, 1988, pág. 220.

(7) Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A. México, 1989 Págs. 201.

(8) Op. cit., pág. 198

Asimismo, el punto de vista legal del Código Penal de 1871, en su artículo 4 establecía que: “... El delito es la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda, es decir, no está indicando que se violan normas prohibitivas o preceptivas...”.¹⁰

Nuestra legislación penal vigente da el concepto de delito en el artículo 7 a la letra: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”, y como dijera Luis Jiménez de Asúa, semejante definición “nada enseña al jurista y muy poco explica al profano”. Del texto del artículo 7º transcrito, tan solo podemos inferir que es delito aquello que la ley sanciona, pero semejante definición formalista está lejos de penetrar al núcleo mismo del fenómeno. Es indiscutible que una de las características del delito es el estar sancionado por una pena, como también es bien claro que la pena se aplica por un acto o por una omisión; pero es necesario contemplar la totalidad de las disposiciones del Código Penal para saber cuándo una conducta es sancionada y cuando no. Es indiscutible que la privación de la vida es sancionada por la Ley Penal; pero también es bien conocido que no toda privación de la vida trae aparejada una pena. Será el examen cuidadoso de las disposiciones de la parte general de Código la que nos permita ir construyendo nuestra definición; así tendremos un apoyo esencialmente normativo y definitivamente real; la definición que obtengamos no será el fruto de una elaboración teórica que se apoye en el vacío jurídico, sino que tendrá la ventaja de estar fundada en el mandato mismo de la ley.

Cualquier noción del delito que no tenga su apoyo en la Ley será no solamente criticable, sino definitivamente contraria a la buena metodología, puesto que las instituciones jurídicas deben ser estudiadas con instrumentos también jurídicos, pues si algún otro se recurriera, habría un defecto original que llevaría fatalmente a conclusiones falsas.

Una definición esencial es el resumen de las características permanentes del objeto definido; es una limitación que al mismo tiempo que sintetiza el objeto, señala cuáles son sus alcances.

Una definición así no explica, sino resume; no enseña al profano, pero se guía al conocedor. Intentar una definición de esta naturaleza al principio de un estudio es poco aconsejable, pues, como síntesis que es del conocimiento, su enunciado presupone la aceptación de una serie de presupuestos, y para que podamos llegar a ella, vamos a considerar cuáles son las disposiciones legales que sobre el delito en general existen en la ley, a fin de que estemos en aptitud de formular en definitiva un concepto que comprenda el panorama total del delito en el pensamiento de la Ley Penal Mexicana, vigente en el Distrito y Territorios Federales.

De la observación del catálogo de la Ley podemos concluir que el delito, cualesquiera que sea su contenido, es el producto de la conducta humana. Esta afirmación tiene su apoyo en la contemplación de los tipos penales, pues cualquiera de ellos entraña, indiscutiblemente, la intervención del hombre al través de un comportamiento; el comportamiento puede ser activo u omisivo y semejante afirmación la obtenemos no solamente del contenido del artículo 7º del código Penal, sino que constatamos su validez de la consideración de las figuras que la Ley señala como constitutivas del delito. Aquí encontramos una coincidencia entre la posición doctrinaria dominante y el enunciado legal, pues la doctrina que podemos considerar universal, sostiene que el delito tiene un dato de orden naturalístico cual es el, comportamiento humano, y como el comportamiento toma dos direcciones, a saber: hacer y omitir, podemos afirmar, con apoyo no solamente en la doctrina sino con la base firme de la Ley, que cualquier delito implica un hacer o un omitir del hombre.

La afirmación de que el delito tiene como supuesto de orden naturalístico una conducta humana, en cualquiera de las direcciones apuntadas, implica la negación de la existencia del mismo como producto de un hecho de la naturaleza o de cualquier ente no humano, pues la ley, dirigida a los gobernados, capta su conducta y le atribuye un matiz característico sin el cual permanecería fuera de su ámbito.

Si contemplamos el delito que lo es por antonomasia, el de homicidio, veremos que al referirse al mismo, dice el artículo 302 del Código Penal: "Comete homicidio el que priva de la vida a otro". El núcleo de la descripción está constituido por el verbo, y como la privación de la vida pueda darse lo mismo a virtud de un acto positivo que de un comportamiento omisivo, concluiremos que, cuando menos, en relación con el delito apuntado, es inculparable la acción o la omisión, siempre y cuando produzca el resultado.

Por otro lado, podemos hacer notar, el delito es un hecho y se sitúa en el mundo de la facticidad, su contenido es rigurosamente fáctico. A diferencia de la Norma Jurídica que es en general, abstracta, permanente y el delito, es particular, concreto y temporal.

Particular, porque es obra del sujeto; concreto, es un hecho determinado y temporal por estar limitada su realización en un momento o lapso, asimismo, plenamente determinado.

Temporalmente y por exigencia del principio de legalidad, el delito aparece después del proceso legislativo, es decir, una vez que el legislador ha creado la norma con toda precisión la describe y

sanciona. Por otra parte, por razones de legitimación, el delito es previo a la actuación del Organismo Jurisdiccional quien después de verificar su existencia, aplica la Norma General y abstracta al caso concreto y particular.

II.- CONDUCTA O HECHO.

Todos los temas del Derecho Penal han sido por siempre motivos de debates, desde los temas más sencillos como hasta los más complejos, la opinión de algunos tratadistas referentes a este tema son:

Fernando Castellanos: "La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito".⁽⁹⁾

Alfredo Etcheberry: "Acción es todo comportamiento humano dirigido por la voluntad con miras a un fin".⁽¹⁰⁾

El maestro además apunta: El derecho penal, no solamente al hombre como ser corporal, como un ente puramente físico en el mundo de la naturaleza, sino principalmente como ser dotado de voluntad. Todo orden jurídico es de carácter normativo y se mueve en el plano del deber ser: El derecho imparte órdenes, normas y la conformidad entre la voluntad normante y la voluntad normada, y que en el término determina la relevancia jurídica de la actividad humana. Luego, el concepto de la acción humana debe considerarse a ésta en forma parcial, en la manifestación externa de la actividad humana, sino también, y principalmente, en la voluntad que le inspira y dirige.

Juan Fernández: "Acción de que trata el derecho es siempre una acción posible físicamente y posiblemente humanamente".⁽¹¹⁾

Es decir, el derecho no puede obligar a lo imposible y lo que es imposible tampoco puede hacerse u omitirse. "posibles humanamente" son aquellas conductas que, siendo físicamente realizables en sentido literal, el hombre puede realizar sin desplegar un esfuerzo heroico o extraordinario, es decir, las que son para él normal y generalmente evitables o impedibles y caen de modo ordinario bajo el dominio de sus capacidades (de control de los impulsos y dirección de los procesos causales). Así como sólo hay omisión cuando era posible realizar omitir la acción ordenada sólo hay acción cuando era posible realizar omitir la acción prohibida.

(9) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., 1973, pág. 149.

(10) Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal, Torno I, Editorial Temis, Chile, 1975, páginas 164-165.

(11) Fernández Carraquilla, Juan, Derecho Penal Fundamental, Editorial Temis, 1989, pág. 128.

Lo imposible ciertamente no se omite, pero tampoco se actúa evitable, en tanto, puede ser lo mismo una acción que una omisión.

Bettioli, sostiene que: "El primer elemento constitutivo del delito es suministrado por el hecho típico, vale decir de aquel complejo de elementos materiales referibles a la conducta del agente que puede quedar subsumidos bajo un esquema del delito". (12)

Por lo que el hecho es, todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza.

Los tratadistas del Derecho Penal, como Maggiore y Antón Oneca, estiman que el concepto de acción es central, Berner, por su parte, considera que la conducta es como el esqueleto sobre el cual se configura el delito. (13) O como elegantemente nos dice Maurach, la acción es el "sillar esencial del edificio del delito". (14)

Consideramos que no es la conducta únicamente como muchos piensan, sino también debe incluirse al hecho elemento material del delito, de acuerdo a la descripción del tipo, creando delitos de mera conducta y de resultado material; dentro del primer grupo se encuentra el delito del incesto. Como lo señala el maestro Porte Petit, en la prelación lógica, los que le dan una relevancia primordial dentro de la teoría del mismo.

Esto nos lleva forzosamente a precisar que no puede adoptar un sólo de los dichos términos, al referirnos al elemento material, pues si se acepta conducta, sería reducido y no sería apropiado para los casos en que hubiera un resultado material, y si se admitiera hecho, resultaría excesivo, porque comprendería además de la conducta, el resultado material, consecuencia de aquella. Por lo que nos adherimos a las postura del maestro Porte Petit, y lo llamaremos conducta o hecho.

2.1. DELITO INCESTO ¿CONDUCTA O HECHO?

Partimos iniciar el estudio dogmático de nuestro delito, su primer elemento: La conducta o hecho. Aquí el resultado es material o jurídico, en este delito Incesto, es jurídico, porque no constituye una mutación en el mundo exterior. Esta formado por una mera conducta que a la vez es activa; esto es,

(12) Porte Petit, Celestino, Apuntamientos de la Parte General Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., Décima Cuarta Edición 1991, pág. 230.

(13) Idem, pág. 230.

(14) Maurach H., tratado de Derecho Penal T.I., Ediciones Ariel Barcelona, Edición 1962, pág. 177.

el injusto se consuma con una mera conducta, sin requerir de un resultado.

Para aclarar esto es necesario mencionar en este apartado, las posturas existentes en torno al tema del RESULTADO en la teoría del delito, las cuales son: la naturalística y la jurídica o formal.

El RESULTADO debe entenderse como la modificación del mundo exterior, como efecto de la actividad delictuosa. ⁽¹⁵⁾ La corriente naturalística, como su propio nombre lo indica, estudia el delito desde el punto de vista natural, mientras que la jurídica o formal, lo hace desde el plano jurídico.

⁽¹⁶⁾ La primera ve el resultado como un mutamiento en el mundo exterior, y la segunda, como un cambio normativo. Esto es, que se habla de dos tipos de resultados, el jurídico y el jurídico material. El primero será el que se da en todos los delitos, aún en los de mera conducta y consiste en la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado. ⁽¹⁷⁾ El resultado jurídico material es el que además de la mutación jurídica, provoca una mutación en el mundo exterior. En nuestro caso, en consecuencia, se hablará de un resultado jurídico, consistente en poner en peligro la moral familiar.

2.2.- LA OMISION EN EL DELITO INCESTO.

La omisión es una de las formas de la conducta y presenta dos clases:

- a).- Omisión simple
- b).- Comisión por omisión u omisión impropia. ⁽¹⁸⁾

Omisión simple es la abstención del cumplimiento de una acción que se tenía la obligación jurídica de realizar, manifestándose en una conducta que realiza una situación diversa de aquella querida por la norma. ⁽¹⁹⁾

Comisión por omisión u omisión impropia, consiste en una modificación del mundo exterior, directamente mediante la abstención de una acción que se tenía una obligación jurídica de ejecutar. ⁽²⁰⁾

“La omisión simple y la omisión responde a la naturaleza de la norma” si esta es prohibitiva:

(15) Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal T.I., Editorial Temis Bogotá-Colombia, 1989, pág. 357.

(16) Porte Petit, Op. cit., pág. 260.

(17) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal T.I., Editorial Barcelona, 12ª Edición, Barcelona, 1956, Pág. 325.

(18) Porte Petit, Op. cit., pág. 239.

(19) Vincenzo Cavallo, Diritto Penale T.H., Editorial Napoles Italia 6ª Edición, pág. 155.

(20) Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y Delito, Editorial Sudamericana, Quinta edición Buenos Aires 1989, pág. 189.

“no mataras”, su quebrantamiento crea un delito de acción, si es imperativa: “socorrerás” el hecho de vulnerar supone un delito de omisión. ⁽²¹⁾

Por la naturaleza del ilícito a estudio, no puede presentarse la omisión simple con resultado jurídico.

2.3.- CLASIFICACION EN ORDEN A LA CONDUCTA.

- a).- De acción, toda vez que se manifiesta a través de un movimiento corporal o más movimientos corporales voluntarios.
- b).- Unisubsistente, pues la acción se agota en un sólo acto y el delito de Incesto, para su integración se requiere que se de un sólo acto.
- c).- Plurisubsistente, es el resultado de la unificación de varios actos, naturalmente separados, bajo una sola figura, en esta figura no encuadra el delito en comento.

2.4.- CLASIFICACION EN ORDEN AL RESULTADO.

a).- Instantáneo, tan pronto se produce la consumación se agota; para el ilustre escritor Ranieri “Son delitos instantáneos aquellos cuya consumación se agota en el mismo momento en que se han realizados todos los elementos constitutivos”. ⁽²²⁾

En nuestro Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, en su artículo 7 Fracción I, indica que el delito Instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizados todos sus elementos constitutivos.

Siguiendo la misma postura Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación indica: Son delitos instantáneos aquellos cuya duración concluye en el momento mismo de perpetrarse, porque consiste en actos que, cuando son realizados o ejecutados, cesan por si mismos, sin poder prolongarse, como el homicidio, violación etc.

En relación con el delito incesto, señalo que se trata de un ilícito instantáneo, tan pronto se realiza

(21) Ranieri, Silvio, *Manual de Derecho Penal Parte General T.I.*, Editorial Temis Bogotá, Colombia, 1989, p. 189.

(22) Ranieri, Silvio, *Op. cit.* pág. 189.

(23) Cavallo, Vincenzo, *Op. cit.*, pág. 755.

el ayuntamiento carnal se agota sus elementos constitutivos.

b).- Necesariamente permanente.- Indica Battaglini podría llamarse delito de consumación continuada: no hay en el mismo un momento agotador, como en el delito instantáneo, ya que la realización de los elementos objetivos perdura todo el tiempo que corre entre el hecho inicial y la cesación de la permanencia. Cavallo define el delito instantáneo con efectos permanentes como aquel en el cual el bien jurídico destructible revela la consumación instantánea del delito, pero permaneciendo las circunstancias nocivas de éste. ⁽²⁴⁾

Nuestro Ordenamiento Criminal Vigente, en su precepto 7 Fracción II, reza: delito permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo.

Por lo que debemos entender como delito instantáneo con efectos permanentes, aquel en que tan pronto se produce la consumación, se agota, perdurando los efectos producidos.

c).- Formal.- Por tener resultado jurídico, en el incesto éste es lesionado.

d).- De peligro.- Maggiore estima como delitos de peligro, no es pues sino una especie del genero "daño, no daño efectivo, sino probablemente, pero siempre daño". ⁽²⁵⁾

Hay quien sostiene para que exista el peligro, basta la simple posibilidad, pero si así fuera, como son raras las acciones como resultado puede considerarse imposible, habría que considerarse imposibles, habría que considerar peligrosas todas las acciones.

En los delitos de peligro, solamente la amenaza o la probabilidad de lesión, debiéndose entender por peligro la posibilidad de la producción más o menos cercana de un resultado dañino, al delito en estudio como de lesión, puesto que a diferencia de otros tipos penales en lo que sólo se pone en peligro el bien jurídico protegido, en el incesto éste es lesionado.

III.- AUSENCIA DE CONDUCTA.

Como lo indica el maestro Porte Petit, dentro de la prelación lógica con la "ausencia de conducta", es decir, con la inexistencia del elemento material del delito. ⁽²⁴⁾ Si a conducta comprende tanto la acción como la omisión, la ausencia de acción u omisión, es decir, el aspecto negativo entraña

(24) Maggiore, Giuseppe, Op. cit., pág. 378.

(25) Porte Petit, Celestino, Op. cit. pág. 317.

la actividad o la inactividad no voluntarias.

3.1.- HIPOTESIS DE AUSENCIA DE CONDUCTA QUE PUEDEN PRESENTARSE EN EL DELITO DE INCESTO.

Como hipótesis de ausencia de conducta, dentro de la Teoría del delito, encontramos:

- a).- Fuerza Física Irresistible o Vis Absoluta
- b).- Fuerza Mayor o Vis maior
- c).- Sueño
- d).- Sonambulismo
- e).- Hipnotismo
- f).- Actos Reflejos

A).- Fuerza Física Irresistible, es cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una violencia física irresistible. Y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha dicho que debe entenderse por Fuerza Física Irresistible, cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute irremediamente, lo que no ha querido ejecutar. ⁽²⁶⁾

B).- Fuerza Mayor, es aquella que se deriva de la naturaleza o de los animales, es decir, es energía no humana, que no puede controlarse.

C).- Sueño, el estado de descanso fisiológico de la mente y el cuerpo conocido como sueño, puede producir movimientos involuntarios con resultados perjudiciales, sin embargo, esta hipótesis constituye así indudablemente un aspecto negativo de la conducta.

D).- Sonambulismo, el estado sanambólico, es semejante al del sueño, con la variante de que en el primer supuesto, el ser humano deambula dormido.

E).- Hipnotismo, siempre y cuando no se ubique en una acción libre en su causa, el hipnotismo puede presentarse en todas sus formas.

(26) Suprema Corte de Justicia de la Nación, Seminario Judicial de la Federación LXXXIV, págs. 195 y 309. Quinta Epoca.

F).- Actos Reflejos, son según el Diccionario de Enfermería de ROPER NANCY “una respuesta motora o secreta involuntaria de los tejidos a un estímulo sensorial, ejemplo la tos o el estornudo”. Ciertamente en el cuerpo humano existen un gran número de movimientos reflejos, pero con ninguno se puede caer el tipo de incesto.

Una vez analizadas cada una de las hipótesis de ausencia de conducta, ninguna de éstas puede presentarse en el delito de Incesto, por la simple y lógica razón, que se requiere de actos voluntarios para su configuración del injusto.

IV.- TIPICIDAD

Cualquiera que sea el papel asignado a la tipicidad, no puede negarse (e incluso lo reconocen quienes, como Mezger, no creen en la independencia de la característica típica) su decisiva significación en la teoría general del delito. La importancia de la teoría del tipo, es tan grande que puede concebirse, aún dentro del derecho consuetudinario y en la misma analogía, que es rechazable en el derecho penal, pues este repudiable procedimiento analógico exige, para que un hecho no tipificado expresamente sea castigado, que exista un tipo rigurosamente análogo, consideramos a la tipicidad útil auxiliar técnico; pero la tipicidad es, no sólo un medio técnico, sino también (como dice el maestro Jiménez de Asúa), en tanto que secuela del principio de legalidad tantas veces repetidas, auténtica garantía de libertad. ⁽²⁷⁾

Dentro de nuestro Derecho Penal Mexicano en el transcurso del desarrollo de este tema ha sido constante. En cuanto ha resultado necesario, se han barajado los preceptos del Código Penal Vigente. Como indica el maestro Carranca y Trujillo, al aceptar el derecho penal mexicano el principio *nullum crimen sine lege*, no habrá delito sin tipo legal al que corresponda la acción; por consiguiente, puede afirmarse que la tipicidad es el elemento constitutivo del delito y que sin ella, no sería inculminable la acción. ⁽²⁸⁾

Compartimos la opinión de Alfonso Reyes Echandía, quien afirma que “La tipicidad no es un invento inútil hecho para embrollar la dogmática penal, ni constituye vana palabrería sin mayor utilidad en la práctica forense”; ⁽²⁹⁾ pues al contrario, el tema de la tipicidad viene a ser el soporte fundamental de la compleja estructura del delito.

(27) Citado por Rafael Márquez Piñero, en su *Derecho Penal Parte General*, Editorial Trillas, México 1986, pág. 225.

(28) *Op. cit.*, pág. 228.

(29) Reyes Echandía, Alfonso, *Tipicidad*, Editorial Terris, Quinta Edición, Bogotá 1909, pág. 13.

La tipicidad realiza una función prejurídica de importancia trascendente: constituye garantía jurídico-política y social de la propia libertad. En este sentido se expresa igualmente el maestro Porte Petit, quien afirma: "La importancia del tipo estriba en que no hay delito sin tipicidad, constituyendo tal principio una de las bases del derecho penal liberal". (30)

El tipo penal, entendido ahora como el conjunto de los presupuestos de la punibilidad, (31) como la descripción concreta de la conducta prohibida, (32) cumple con tres funciones: garantizadora, fundamentadora y sistematizadora.

a).- Función Garantizadora.

En nuestro ordenamiento jurídico nacional encontramos la disposición de la función garantizadora del tipo, en el artículo 14, párrafo tercero, relacionado al 16, párrafo inicial de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual plasma el principio de "nullum crimen sine lege", o como se le conoció en la Teoría de Belin: "no hay delito sin tipo". Esto es, una conducta sólo, podrá ser considerada como delictiva, cuando se encuentre prevista en un dispositivo legal expreso. Dicho principio de legalidad, fué interpretado por la Suprema Corte de Justicia de Colombia, quien al respecto concluyó: "Los tipos o figuras penales describen o relacionan en el precepto legal una forma determinada de conducta a fin de que el Juzgador, al identificarla en la acción que tiene ante sí, pueda medir el significado antijurídico de esta, declarar la culpabilidad y responsabilidad del agente y, en consecuencia, pronunciar la condena. Esta necesaria confrontación es garantía de la libertad individual, pues la justicia no puede admitir elementos que el tipo no contiene, y es garantía de seguridad colectiva, ya que toda conducta adecuada a un tipo criminoso conlleva la atribución correspondiente, eliminando así cualquier asombro de impunidad." (33)

b).- Función Fundamentadora.

Como lo indica Ranieri, con lo que nace el delito; la norma incriminadora da lugar al injusto, de ahí su función fundamentadora. (34) Johannes Wessels, señala que una conducta es "Típica" cuando coincide con la descripción típica, de los injustos en el tipo penal. (35)

(30) Porte Petit, Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídica Penal, 1ª Edición, Editorial Gráfica Panamericana, México, 1954, pág. 38.

(31) Wessel, Johanenes, Derecho Penal Parte General, Editorial de Palma, 6ª Edición, Buenos Aires, 1980, pág. 32.

(32) Welzel, Hanz, Derecho Penal Alemán, 3ª Edición Castellana, Editorial Jurídica de Chile, 1987, pág. 76.

(33) Citado por Reyes Echandía, Alfonso, Op. cit., pág. 16.

(34) Ranieri, Silvio, Op. cit. pág. 289.

c).- Función Sistematizadora.

Esta es una función de gran relevancia para la Dogmática Jurídico Penal. Tomado en consideración que la sistematización es el primer paso de aquella, la función sistematizadora del tipo se obtiene de la tutela de bienes jurídicos. Así, en nuestro Código Penal Mexicano, que se divide en dos partes, la general y especial, y mientras la primera no contiene tipos penales propiamente dichos, más que aquellos dispositivos amplificadores, como lo son los referentes a la tentativa y al concurso de personas, en la parte especial, es donde se detallan los delitos en particular. Ahora bien, aún cuando no los encontramos sistematizados en distintos títulos y capítulos, los tipos de delito atendiendo al bien jurídico tutelado, se puede, con apoyo en la interpretación teleológica facilitar el estudio dogmático de las figuras penales.

A guisa de comentario, no deben confundirse los términos tipicidad y cuerpo del delito, pues la primera consiste en la adecuación de la conducta del agente, al tipo penal, mientras que el segundo, adoptando la postura de Jiménez de Asúa, "se refiere a la averiguación previa de los hechos, a la existencia fáctica del delito..."⁽³⁶⁾

4.2.- ELEMENTOS DEL TIPO.

a).- Bien Jurídico Protegido.

Hans Heinrich, Jeschek indica: "El bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo".⁽³⁷⁾

Son bienes jurídicos aquellos intereses de la vida, de la comunidad a los que presta protección el Derecho Penal.

Para el escritor Reinhart Maurach considera por bien jurídico es el concepto central del tipo, en torno al que giran los elementos objetivos y subjetivos.⁽³⁸⁾

En el delito de incesto, se traduce como la lesión del orden moral y jurídico familiar, cuya conservación requiere la abstención de relaciones sexuales entre personas ligadas por vínculos de

(35) Hans Heinrich, Jeschek, Tratado de Derecho Penal Parte General, Editorial Barcelona, 1981, pág.350

(36) Reyes Echandía, Alfonso, Op. cit., pág. 20.

(37) Hans Heinrich, Jeschek, Tratado de Derecho Penal Parte General, Editorial Barcelona 1981, pág. 350.

(38) Reinhart, Maurach, Tratado Derecho Penal, T.I., Editorial Ariel Barcelona, 1962, pág. 253.

sangre, por ende, biológicas que demuestran que las uniones entre parientes próximos puede originar seres anormales y de ínfimo o nulo valor social.

Carranca y Trujillo estima que el objeto jurídico del delito es la unidad moral de la familia y la salud de la stirpe. ⁽³⁹⁾

b).- Objeto Material (Objeto de la acción)

Objeto material es la persona o cosa sobre la que recae la actividad física del reo. ⁽⁴⁰⁾ También ente corpóreo hacia el cual va dirigido la actividad descrita en el tipo.

En el caso a estudio, el objeto material en el delito Incesto constituido por cualesquiera de los sujetos activos que mencionamos en las líneas anteriores; es decir, los ascendientes, descendientes o hermanos. Ranieri estima que: "Es la persona de uno de los sujetos activos respecto de la conducta del otro, que repercute en él. Por lo tanto, determina que quien es sujeto activo es también objeto material, pero en relación con la conducta del otro sujeto". ⁽⁴¹⁾

c).- Sujeto Activo.

El sujeto activo, es toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido somático de los elementos incluidos en el particular tipo legal. También el que ejecuta la conducta típica.

Clasificación del sujeto activo en cuanto a la calidad, al ahudir a los ascendientes, descendientes o hermanos, abarcando a todo tipo (consanguíneos, afines y civiles) y, en lo relativo a los hermanos, incluye a aquellos germanos, uterinos y de padre común.

También es plurisubjetivo bilateral, para concretar el hecho es necesario el concurso de dos personas, aunque una de éstas puede ser no imputable o no punible.

d).- Sujeto Pasivo.

El sujeto pasivo es el titular de: el bien jurídico protegido por la ley. En consecuencia, al ser el bien jurídico tutelado la familia, ésta será el sujeto pasivo del delito.

(39) Carranca y Trujillo, Código Penal Comentado, Editorial Porrúa, México, 1990, pág. 526.

(40) Francesco, Antolisei, Manual Derecho Penal Parte General, Editorial Uthea, la., Edición, Buenos Aires, pág. 113.

(41) Ranieri, Silvio, Op. cit., T.V., pág. 254.

En España Miguel Polaino Navarrete y en Italia Guissepe Bettiol y Vincenzo Manzini, consideran que existen dos sujetos pasivos: El Estado y el individuo. El primer autor sostiene esta dualidad "porque se halla presente en todo delito, por cuanto todo delito es violación de un interés público estatal". (42)

Sin embargo, debe concluirse que en el delito Incesto, como lo dice Marcela Martínez Roaro, el sujeto pasivo es la familia, considerada ésta "como círculo definido de personas, la que ostenta la condición de ofendido en cuestión, partiendo de la base de que todas las personas que la integran, son en potencia posibles emisores y receptores, del delito sexual de incesto, y por ello, portadores del interés tutelado". (43)

e) Medios.

Algunos de los tipos penales prevén para su configuración la utilización de determinados medios para su integración o para hacer operar alguna agravación de la pena.

Ello sucede, entre otros casos, en los delitos tipificados por los artículos 265.- Cópula obtenida mediante violencia física o moral, 367 (robo) etc.

En el delito de Incesto, no exige medios para su configuración.

f).- Referencias Temporales y Espaciales.

Por el contrario, al tratarse de las referencias temporales, que como su nombre lo indica, son aquellas que tienen relación con el tiempo, en el ilícito a estudio no requiere de dicho elemento.

Referencia Espacial, en cuanto al lugar, tampoco es necesario en el Incesto.

g).- Elemento Subjetivo y Normativo.

Los elementos subjetivos del injusto son "las características situadas en el ánimo del autor". (44) Los tipos tienen muy frecuentemente elementos subjetivos por cuanto están referidos al motivo y fin de la conducta descrita. Tales elementos exceden del mero marco de referencias típicas pues su existencia es indudable estén o no incluidos en la definición del tipo cuando este los requiere. A mi punto de vista el delito en comento, si hay dicho elemento en el sentido que el injusto es querer copular

(42) Francesco, Antolisei, Op. cit., pág. 612

(43) Op. cit., pág. 106.

con algunas de las personas a que se refiere el artículo 272 del Código Penal.

Lo que se refiera a los elementos normativos, "Son presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídica, de acuerdo con el contenido iuris del elemento normativo, o bien cultural, cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico".

4.3.- CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN AL TIPO.

1.- Por su composición; anormal; ya que el tipo requiere de un elemento subjetivo; "intención de realizar la cópula con alguno de los parientes especificados en el tipo." y normativo; relación de parentesco.

2.- Por su autonomía: autónomo; porque este delito tiene su porción penal propia: posee en el catálogo de delitos vida independiente.

3.- Fundamental o básico, el tipo no contiene ninguna circunstancia que agrave o atenúe la penalidad.

4.- Alternativamente formado en cuanto a los sujetos activos pues que el incesto podrá cometerse entre ascendientes y descendientes o entre hermanos.

5.- De formulación libre, por no requerir medios para su configuración.

V. ATIPICIDAD.

Atipicidad; cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad no es la esencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictiva.

La ausencia del tipo se distingue de la atipicidad pues la primera se presenta cuando el legislador, delibera o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. ⁽⁴³⁾

(44) Mezger, Edmund, Derecho Penal Parte General, Cárdenas Editores, 2ª Edición 1990, pág. 135.

(45) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa 1973, pág. 172.

“En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra perfectamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo”. (46)

La anterior anotación hecha por el maestro Castellanos, no puede ser tomada del todo correcta, ya que como lo menciona Jiménez de Asúa “existe ausencia de tipicidad cuando en un hecho concreto no se dan todos los elementos del tipo descrito en la ley (atipicidad) o bien cuando la ley penal no ha descrito la conducta en realidad se ha presentado con característica antijurídica ausencia de tipicidad, en sentido estricto”. (48)

Así pues la ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impedimento de la integración del delito, más no equivale a la ausencia del tipo. Esta supone la falta de previsión en la ley de la conducta o un hecho.

Hay atipicidad, en cambio, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es pues, ausencia de adecuación típica.

5.1.- HIPOTESIS QUE PUEDEN PRESENTARSE EN EL DELITO DE INCESTO.

a).- En cuanto a la ausencia del objeto jurídico protegido, estimamos la moral sexual familiar como el bien jurídico tutelado es evidente que al faltar este elemento del tipo, en una familia cuya moral sexual se halle totalmente relajada, estamos en frente a una hipótesis negativa de la tipicidad.

b).- En cuanto a la ausencia de calidad respecto del sujeto exigido por la ley.

c).- Por falta del dolo específico, se presenta en ausencia del elemento subjetivo del injusto, consistente en la falta del dolo específico; es decir, no querer copular con alguno de los parientes a que se refiere el numeral 272 del Ordenamiento Criminal.

d).- En ausencia de objeto material, es decir, a la falta de una persona que reciente el daño.

e).- Por un consentimiento viciado, la cópula pudo haberse obtenido por engaño, por ende, mediante un consentimiento viciado y, por tanto, no habrá adecuación al tipo que requiere un

(46) Op. cit. 173.

(47) Ibidem., pág. 174.

(48) Carrara, Francisco, Programa de Derecho Criminal, Parte General, T.I., Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1956, págs. 59 y 51.

consentimiento puro, limpio, no viciado.

VI.- ANTIJURIDICIDAD.

El maestro de Pisa, Francisco Carrara, fue el precursor de este elemento del delito, al señalar en su magna obra que: "La idea del delito, no es sino una idea de relación, es a saber: la relación de contradicción entre el hecho del hombre y la ley. Sólo en eso consiste el ente jurídico, el cual se da el nombre de delito u otro sinónimo. Es un ente jurídico que para existir tiene necesidad de ciertos elementos materiales y de ciertos elementos morales cuyo conjunto constituye su unidad. Por lo que contempla su ser es la contradicción de esos antecedentes con la ley jurídica". (49)

A este ilustre penalista corresponde el mérito de hablar por primera ocasión, de uno de los elementos del delito: antijuridicidad, debiéndose entender por tal, lo que es contrario a derecho. (49)

Mucho se ha discutido en torno a que si la antijuridicidad es un elemento del delito o bien; una característica del tipo. Se señala que al crearse la norma penal, se define la conducta prohibida por la ley; sin embargo, no por ello no debe considerarse como antijurídica, toda vez que el tipo solamente viene a ser un indicio de la antijuridicidad, en razón de que puede existir conductas que siendo típicas no sean antijurídicas, al encontrarse apoyadas por alguna proposición permisiva dando lugar a una conducta típica conforme a derecho. (50)

En estas condiciones, la conducta constitutiva del delito Incesto, siempre y cuando no esté asistida de una proposición permisiva.

6.1.- Antijuridicidad Formal o Material.

La antijuridicidad constituye un concepto unitario. El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida del Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos. (51)

Cuello Calón: "hay en la antijuridicidad un doble aspecto; rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el dolo o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad

(49) Jiménez de Asúa, Luis, *Ley y Delito*, Op. cit., pág. 267.

(50) Así la define Sergio Vela Treviño, *Antijuridicidad y Justificación*. 3ª Edición, Editorial Trillas, México, 1990, págs. 159 y 160.

(51) Op. cit. pág. 178.

material).⁽⁵²⁾

La conducta en la realización de la cópula entre los sujetos a que alude el artículo 272 del Código Penal, se tiene por antijurídica en el sentido formal ya que implica transgresión a una norma establecida por el estado; y en el sentido material en cuanto significa contradicción a los intereses colectivos y familiar.

La antijuridicidad en la conducta referida en la lesión del orden moral y jurídico familiar, como valor o bien protegido, en el tipo de Incesto.

VII.- CAUSAS DE JUSTIFICACION O PROPOSICIONES PERMISIVAS EN EL DELITO INCESTO.

Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación o proposición permisiva constituye el aspecto negativo de la antijuridicidad.

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representa un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad. En tales condiciones de acción realizada a pasar de su apariencia, resulta conforme a derecho. A las causas de justificación también se les llama proposiciones permisivas, justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad, causas de licitud, etc.

Como las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa.

Otras eximentes son de naturaleza subjetiva, miran al aspecto personal del autor.

“La excluyente de antijuridicidad, sólo se integra por la declaración o el reconocimiento hecho por la legislación, por ser este el único medio de neutralizar la antijuridicidad formal o que da vida también a una declaración legal”.⁽⁵³⁾

A las justificantes generalmente se les agrupa al lado de otras causas que anulan el delito.

(52) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal T.I., Editorial Barcelona, Décima Segunda Edición 1956, pág. 178.

(53) Castellanos Tena, Fernando, Op. cit. pág. 185.

El Código Penal Vigente utiliza la expresión circunstancias excluyentes de responsabilidad en el artículo 15 y son:

- a).- Legítima Defensa (fracción III)
- b).- Estado de Necesidad (fracción IV)
- c).- Cumplimiento de un Deber (fracción V)
- d).- Ejercicio de un Derecho (Op. cit.)
- e).- Obediencia Jerárquica (fracción VII)

a).- Legítima Defensa "es la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor".⁽⁵⁴⁾ Nuestro Ordenamiento Punitivo nos indica que es: Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

b).- Estado de Necesidad.- La base del estado de necesidad está dada por la colisión de bienes, es decir, por el peligro inminente de la pérdida de un bien jurídico y de menor valor⁽⁵⁵⁾ relativo.

Los elementos del estado de la necesidad son:

- a).- Que exista peligro para una persona;
- b).- Que ese peligro sea grave;
- c).- Que no se haya causado por obra propia; y
- d).- Que la conducta del agente sea adecuada a la magnitud del peligro corrido.

No ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance (casos específicos del estado de necesidad de nuestra legislación: el aborto terapéutico y el robo famélico). De ahí el nombre de interés preponderante, es decir, cuando existe dos intereses

(54) Cuello Calón, Eugenio, Op. cit., pág. 341.

incompatibles, el derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsista, opta por la salvación de mayor valor y permite el sacrificio del menor, como único recurso de para la conservación del preponderante (aborto terapéutico).

c).- Cumplimiento de un Deber.

Como dice Jiménez de Asúa: “La orden de la ley, el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber son causas de justificación en que el ejercicio ordenado, la facultad reconocida o el deber cumplido representan valores predominantes sobre el interés que lesionan”.⁽⁵⁶⁾ El artículo 15 fracción V, dice que es circunstancia excluyente de responsabilidad penal “Obrar en cumplimiento de un deber...”, consignado en la ley. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conforma el Código Penal, según tesis jurisprudencial 87, que aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, que contiene la jurisprudencia según los fallos pronunciados en los años de 1917 a 1965, Segunda Parte, Primera Sala, página 188-189.

“Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho. Naturaleza de las excluyentes de. Para que la causa de justificación relativa al cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho produzca sus efectos excluyentes de responsabilidad penal, es necesario que los deberes y derechos estén consignados en la ley”.

Sexta época, segunda parte: vol. V Pág. 53, A.D. 2483/5. José María Ibarra Orona. Cinco votos.

Vol. XII, pág. 108, A.D. 3337/56. Miguel Jiménez Nolasco. Unanimidad de cuatro votos.

Vol. XII, pág. 58, A.D. 1251/57. Francisco Ríos Hernández.

Mayoría de cuatro votos.

Vol. XIV, pág. 87, A.D. 5966/57. Rafael Espinosa Díaz y coagraviados. Cinco votos.

Vol. XXXVI, pág. 45, A.D. 800/60. Miguel Álvarez Granillo. Unanimidad de cuatro votos.

(55) Bacigalupo, Enrique, Manual de ... Op. cit., Pág. 128. A este respecto el autor alemán Johannes Wesseles señala: Dentro de la valuación de los valores y de los intereses, deben tenerse en cuenta la forma y el origen, así como la intensidad y la proximidad del peligro, la forma y el alcance de la pérdida inminente del valor, la relación de categoría y valor de los bienes jurídicos en conflictos, la existencia de deberes especiales de protección, verbigracia de una posición de garante, el objetivo final perseguido por el autor, la eventual imposibilidades de salvación”. Op. cit. pág. 90.

(56) Citado por Vela Treviño, Sergio, Antijuridicidad y Justificación, Editorial Trillas, 3ª Edición 1990, pág. 203.

e).- Ejercicio de un Derecho.

Pues como dice Cuello Calón de quien obra conforme a derecho no puede afirmarse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos. Como acertadamente apunta Reyes Echandía "obra en ejercicio de un derecho legítimo la persona que realiza determinado comportamiento porque una disposición legal le permite actuar en esa forma".⁽⁵⁷⁾ El titular de un derecho puede ser un particular o un funcionario público, pues su ejercicio no depende de la calidad personal de quien realiza la conducta permitida, sino del hecho mismo de que la ley la autoriza y desarrollado en preceptos legales de naturaleza penal, civil, comercial o administrativa, tiene carácter preponderante. Es lo que ocurre cuando el padre castiga a su hijo, cuando el boxeador lesiona a su contrincante o cuando el médico amputa el miembro inservible del paciente.

f).- Obediencia Jerárquica.

Consignada en el artículo 15, fracción VII del Ordenamiento Punitivo y que consiste en obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni prueba que el acusado la conocía (que no tenga poder de inspección).

De todas las causas de justificación o proposiciones permisivas antes aludidas ninguna se dá, en el delito Incesto.

VIII.- IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad es la capacidad de motivación por la comprensión de la antijuridicidad (cognoscibilidad de la antijuridicidad); es decir, la capacidad de determinarse por el cumplimiento del deber. Esta capacidad requiere: a).- La capacidad de comprender la desaprobación jurídico penal; y b).- La capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión.⁽⁵⁸⁾

En otras palabras diremos que la imputabilidad es la capacidad de actuar culpablemente. "Con la imputabilidad se trata de ver si el sujeto reúne aquellas condiciones necesarias para que se le pueda hacer responsable a título de dolo o culpa de la acción por él realizada, ya que un sujeto es inimputable cuando las bases biológicas han dado lugar a que el autor no esté en situación de conocer lo ilícito del hecho o a que le falte la capacidad de actuar conforme a este conocimiento, es decir, que hace

(57) Reyes Echandía, Alfonso, Antijuridicidad, Editorial Tamis, Bogotá-Colombia 1989, pág. 218.

(58) Bacigalupo, Enrique, Manual de ... Op. cit., pág. 157.

referencia a una condición psíquica del sujeto, extrínseca al delito, que realiza los fines de la capacidad jurídico-penal".⁽⁵⁹⁾

Como lo afirma Mezger, podemos afirmar que imputabilidad significa la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles.⁽⁶⁰⁾ Esto es, que sólo a los sujetos de derecho penal o imputables, se les podrá efectuar el juicio de reproche en relación a una conducta delictiva.⁽⁶¹⁾

Así la imputabilidad, es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Ordenamiento Criminal que traiga consigo las consecuencias penales de la infracción.⁽⁶²⁾

En otras palabras diremos que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental del sujeto activo para que se le pueda hacer responsable a título de dolo, culpa y preterintencionalmente de la acción por él realizada.

La conducta del agente en el delito Incesto será imputable si el injusto posee al momento de realizar ésta, capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.

8.1.- LA IMPUTABILIDAD COMO ELEMENTO O PRESUPUESTO DEL DELITO.

Referente a éste elemento, si en estudio se ha definido como "la capacidad de autodeterminación conforme al conocimiento"⁽⁶³⁾ de la misma forma se ha rebatido si es presupuesto del delito, elemento del delito o bien presupuesto de la culpabilidad, ya destacó Díaz Palos, que no puede considerarse la imputabilidad como capacidad de acción o presupuesto general del delito, pues "sabido es que el niño como el loco, no obstante ser inimputables pueden actuar";⁽⁶⁴⁾ agregando que tampoco puede considerarse como elemento del delito o como capacidad jurídica del deber "sostenida por los defensores de la antijuridicidad objetiva", pues aclara que sostener ésto "lleva a la inaceptable consecuencia de que el inimputable por no infringir el deber, actúa de iure"⁽⁶⁵⁾

(59) Maurach, Reinhart, *Op. cit.* pág. 110.

(60) Mezger, Edmund, *Op. cit.*, pág. 201.

(61) Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. II., Tipográfica Editorial, Argentina 1973, pág. 35.

(62) Von Liszt, Franz, *Cit. por F. Castellanos*, *Op. cit.* pág. 21.

(63) Welzel, *Op. cit.*, pág. 215

(64) Díaz Palos, Fernando, *Teoría General de la Imputabilidad*, Bosch, casa Editorial Barcelona 1965, pág. 27.

(65) *Idem.* pág. 27.

finalizando que es acertado considerarla como capacidad de la culpabilidad, diremos, para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; en la culpabilidad interviene el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de un acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal), se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito.

Como lo afirma Villalobos, la imputabilidad debe aceptarse hoy como un tecnicismo que se refiere a la capacidad del sujeto: capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que, por tanto, hace posible la culpabilidad. Es un presupuesto de esta última.

Para haber imputabilidad sin culpabilidad, pero no ésta sin aquella. ⁽⁶⁶⁾

8.2.- LAS ACCIONES LIBRES EN SU CAUSA.

La doctrina jurídica, usando un término tradicional, llama acciones liberae in causa, a aquellos actos, que habiendo sido queridos mientras el autor era imputable y por tanto libres en el momento causal, se verifican cuando el agente no están ya en estado de imputabilidad. ⁽⁶⁷⁾

En efecto, las acciones libres en su causa, como bien lo apunta Bacigalupo, son aquéllos supuestos en que el autor, siendo capaz de motivarse, se pone voluntariamente en un estado que excluye la capacidad de motivación y en ésta última situación realiza la acción típica y antijurídica. ⁽⁶⁸⁾

Desde luego que esta colocación voluntaria del autor no excluye ni disminuye la imputabilidad. ⁽⁶⁹⁾

El exámen histórico realizado por la doctrina demuestra que las acciones liberae in causa remóntanse en su origen al pensamiento griego, pues ya Aristoteles formuló la tesis de que "siempre que por ignorancia se comete algún delito, no se hace voluntariamente... a no ser que el que lo cometa sea causa de la ignorancia... como sucede con los ebrios, los cuales si hacen daño causan injurias, pues ellos fueron causa de la ignorancia." ⁽⁷⁰⁾ Más tarde, con los prácticos se difunde el pensamiento

(66) Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa S.A. 4ª Edición 1983, pág. 286.

(67) Maggiore., Op. cit. pág. 505.

(68) Idem. pág. 161.

(69) Altavilla, Enrico, La culpa, Editorial Temis, 4ª Edición, Bogotá, 1987, pág. 162.

(70) Citado por Oavón Vasconcelos, Francisco, Imputabilidad e Inimputabilidad, Editorial Porrúa S.A., 2ª Edición 1989, pág. 76.

de San Agustín de que Lot no pecó por el incesto perpetrado en sus hijas por ignorar que lo eran al momento de la relación carnal, pero sí por cuanto su acto de embriaguez fue voluntario y causa de su posterior conducta; dando base a la elaboración de los canonistas, quienes consideraron que el delito cometido en estado de ebriedad no debe castigarse sin la ebriedad que lo origina. (71)

No obstante que la evolución del pensamiento de los juristas aceptó, en lo general la punibilidad de dicho tipo de acciones libres en su causa, pues hasta los mismos clásicos como Carmignani y Carrara a la cabecera, reconocieron la plena imputabilidad en los casos de embriaguez preordenada en los que el sujeto se hace a sí mismo futuro instrumento del delito, un determinado sector de la doctrina ha puesto en duda la punibilidad de tales acciones.

ACCION LIBRE EN SU CAUSA, SU REGULACION Y ALCANCE EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.- Lo que la doctrina ha definido como "actio liberae in causa", consiste en la causación de un hecho típico que ejecuta el agente activo bajo el influjo un trastorno mental transitorio (estado de inimputabilidad), cuyo origen es un comportamiento precedente dominado por una voluntad consistente y espontáneamente manifestada, que nuestro orden jurídico positivo recoge en el artículo 15, fracción II del código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, al señalar que "son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal; padecer el inculpaado, al cometer la infracción trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencial"; por tanto, es de corregirse que la comisión del injusto por parte de su autor tratando de quedar comprendido en aquél aspecto negativo de la culpabilidad, si este previamente se ha procurado intencionalmente el estado bajo el cual realiza el hecho típico.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

Sección Gaceta 1990. Página 65. tomo 25, Octava época.

Para nosotros la actio liberae in causa, es la provocación internacional del sujeto activo, de ponerse bajo el influjo de drogas, alcohol etc., que lo trastornen, con el fin específico de cometer una infracción a la ley Penal. Antes de la Administración de sustancias tóxicas o líquidos el sujeto

(71) Op. cit., pág. 78.

conoce perfectamente los alcances de su acto, lo desea, tiene la voluntad de cometer el ilícito, y la posibilidad de entender su antijuridicidad.

Que las acciones libres en su causa puedan realizarse con:

- a).- Dolo Directo
- b).- Dolo Eventual
- c).- Culpa

Esto es, habrá dolo directo cada vez que el sujeto activo se ponga en estado de incapacidad para cometer el delito; dolo eventual, cuando el autor se le represente el resultado como posible y no tome ninguna precaución para evitarlo; culpa cuando el autor haya debido prever que en el estado de inimputabilidad cometería una infracción típica.

En cualquier caso que se presente, las acciones libres en su causa por ende serán siempre sancionadas, pues “la ley no puede permanecer obsoleta cuando una persona, puesta por su voluntad o por otros en estado transitorio de inconsciencia, para llevar a cabo un hecho tipificado como delito.

En el delito Incesto, si el sujeto activo llegará a colocarse en una de las acciones libres en su causa, con el fin de copular entre los sujetos que alude el artículo 272 del Ordenamiento Criminal; primero se ubicaría en el delito en estudio, siempre y cuando el sujeto pasivo otorgará su consentimiento, y en segundo lugar, si fuera sin consentimiento del paciente del delito, se adecuaría su conducta en el delito de violación.

IX.- INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad es la calidad referida al desarrollo y salud mental del sujeto, así pues, la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de ésta, siendo causa de inimputabilidad aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud mental del sujeto en cuyo caso éste carece aptitud psicológica para la delictuosidad.

Actualmente el artículo 15, relativo a las circunstancias Excluyentes de Responsabilidad, en su fracción II establece: Padecer el inculpado, al cometer la infracción delictiva, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse

de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa capacidad intencional o imprudencial.

El primero debe tener presente su carácter accidental e involuntario, pues procurarse el trastorno en forma maliciosa o culposa, origina la plena imputabilidad del autor, por estarse frente a un *actio liberae in causa*, esto es, ante un trastorno preordenado o procurado culposamente. Como lo asienta Pavón Vasconcelos constituye una hipótesis de trastorno mental transitorio el miedo grave o temor fundado. ⁽⁷²⁾ Al constituir diverso grado de un estado psíquico anormal producido por agente de identidad diversa al autor del hecho, del cual dimana un peligro real, inminente y grave. ⁽⁷³⁾

De la misma forma lo sostiene nuestro máximo Tribunal en la página 401 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, correspondiente a los años 1917-1975, bajo el rubro:

MIEDO GRAVE Y TEMOR FUNDADO COMO EXCLUYENTE. El miedo y el temor constituye causas de inimputabilidad, puesto que suprime en un momento dado la capacidad del sujeto para entender y querer la conducta y su resultado; la falta de entendimiento momentáneo y de voluntad, colocan al sujeto en estado de incapacidad para responder del acto realizado”.

Sexta Epoca, Segunda Parte. Vol. XXI, pág. 137, A.D. 5191/48 José Terrón López, cinco votos.

b).- El desarrollo intelectual retardado, situación en la que si bien no existe propiamente un trastorno de índole mental el sujeto por su deficiente desarrollo intencional está imposibilitado de comprender el carácter ilícito del hecho e de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Se estima a la sordomudez como una causa de inimputabilidad, dado que el deficiente desarrollo mental de los sordomudos, así como de los ciegos, concurre la extrema ignorancia de la persona, les impide el cabal conocimiento del mundo circundante y por ello se les priva de tener conciencia y libre voluntad en la ejecución del hecho ilícito, siempre y cuando sean de nacimiento.

c).- Por último, la minoría de edad del adolescente en virtud de su inmadurez mental, constituye otra hipótesis de inimputabilidad regulada por los preceptos 119 a 122 del Código Penal Vigente.

Ya que los menores son ajenos a la responsabilidad estrictamente penal y se les reputa inimputables por estimarse que su edad no les ha permitido el desarrollo intelectual y moral que los

(72) Op. cit. pág. 106.

(73) Altavilla...Op. cit. pág. 68.

capacite plenamente par responder de sus actos ante el poder público. (73)

9.1.- HIPOTESIS DE INIMPUTABILIDAD EN EL DELITO INCESTO.

De las hipótesis antes mencionadas, es la que prevee el numeral 15, Fracción II, cuando el sujeto activo, al copular con uno de los sujetos pasivos del delito de Incesto, se halle en, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le obstaculice comprender el carácter ilícito de su conducta o conducirse de acuerdo con esa comprensión.

X.- CULPABILIDAD.

Se trata de una de las parcelas más delicadas y escabrosas del Derecho Penal, y lo es en cuanto la disciplina iuspenalista, en última instancia (como señala Jiménez de Asúa), es mayoritariamente individualizadora.

Al llegar al tema de la culpabilidad, es necesario afirmar, descartar, pulir y analizar, en el terreno de la valorización; si el delito es un hecho típico, un hecho antijurídico, también es un hecho culpable; así como el aforismo de nulla poena sine culpa.

Un problema ampliamente debatido por los estudiosos del Derecho Penal, más cuando no se ha comprendido cabalmente las teorías relativas, mismas que sencillamente paso a exponer:

- a).- Teoría Psicológica
- b).- Teoría Normativista

La primera, en América, su más vigoroso exponente es Sebastián Soler, mientras que en Italia lo son Vannini, Bataglini y Capalozza. (74)

La teoría psicológica entiende a la culpabilidad como la vinculación subjetiva por la cual quedan unidos un hecho y su autor. (75) Para esta teoría la afirmación de la culpabilidad importa la comprobación de que la voluntad del autor es casual del hecho ilícito. (76) El venezolano Mendoza Troconis, define a la culpabilidad, atendiendo a la teoría psicológica, como "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto". (76)

(74) Vela Treviño, Sergio, Culpabilidad e inculpabilidad, Editorial Trillas, 2ª Edición, México 1990, pág. 180.

(75) Bacigalupo, Manual de ...Op. cit. pág. 149.

(76) Mendoza Troconis, José Rafael, Curso de Derecho Penal Venezolano, Parte General, T.II., Editorial Empresa El Cojo, Caracas, 1ª., Edición, 1966, pág. 188.

De acuerdo con la teoría psicológica, la culpabilidad está integrada por dos elementos:

1.- La vinculación del sujeto con el orden jurídico que se denomina elemento normativo de la culpabilidad; y

2.- La vinculación subjetiva del individuo a su hecho, que es el elemento psicológico de la culpabilidad.

Y se presenta en dos formas o especies: el dolo y la culpa.

Soler afirma que el contenido de la culpabilidad lo constituye la conciencia de la criminalidad del acto, o dicho en otras palabras, la comprobación de una discordancia subjetiva entre la valoración debida y el disvalor creado. ⁽⁷⁷⁾

Vela Treviño resume lo anterior señalando que según la tesis psicologista, habrá culpabilidad jurídico-penal cuando pueda establecer una relación subjetiva entre el acto y el autor, por la que se determine que el acontecimiento típico y antijurídico fue cometido dolosa o culposamente. ⁽⁷⁸⁾

b).- Teoría Normativista.- El normativismo, como enseguida trataremos, no constituye una tesis opuesta al psicologismo, sino más bien es el complemento de la forma tradicional del psicologismo. Para la concepción normativista, la culpabilidad, no consiste en una pura relación psicológica, pues está sólo es un punto de partida, iniciando de un hecho psicológico, concreto, deben precisarse los motivos, debe llegarse a la conclusión de si el hecho es o no reprochable, para lo cual hay que acreditar, si teniendo en cuenta los motivos y la personalidad del autor, podría exigirle una conducta conforme con el derecho.

Para Mezger, la culpabilidad significa un conjunto de presupuestos fácticos de la pena situados en la persona del autor. Para que un sujeto pueda ser castigado no basta que haya procedido en forma contraria al derecho, ni que su conducta se haya adecuado al tipo, sino que además es necesario que su acción pueda serle personalmente reprochada. ⁽⁷⁹⁾

Hans Welzel y sus seguidores, su impronta en la culpabilidad. Esta es considerada esencialmente como "reprochabilidad". La integración de la culpabilidad, para ellos, se guía con base en

(77) Op. cit., pág. 73.

(78) Vela Treviño, Sergio, Op. cit., pág. 183.

(79) Citado por Márquez Piñeros, Rafael, Op. cit., pág. 241.

elementos primordiales valorativos: imputabilidad (capacidad de cognoscencia y capacidad de motivación) cognoscibilidad (posibilidad de conocimiento de la ilicitud, del injusto), y exigibilidad de la conducta, procedente de la norma.

Para el gran Tratadista Jiménez de Asúa, al expresarse sobre la teoría normativista sostiene: "Para la concepción normativista de la culpabilidad ésta no es una pura situación psicológica (inlecto y voluntad).

Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir que, partiendo del hecho concreto psicológico ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica dolosa o culposa. No basta tampoco el exámen de esos motivos, sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Sólo podremos llegar a la reprobación de un hacer u omitir si apreciamos esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es decir, si le era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del derecho.

En suma, la concepción normativista se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad. La culpabilidad es, pues, un juicio y, al referirse al hecho psicológico, un juicio de referencia".⁽⁸⁰⁾

Vela Treviño, obtiene los siguientes aspectos de la teoría normativista:

- 1.- La culpabilidad es un juicio de referencia, por referirse al hecho psicológico.
 - 2.- La culpabilidad es un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente.
 - 3.- La reprochabilidad de la conducta (activa u omisiva) únicamente podrá formularse cuando se demuestre la exigibilidad de otra diferente a la emitida por el sujeto.
 - 4.- La culpabilidad tiene como fundamento, en consecuencia, la reprochabilidad y la exigibilidad.
- c).- Teoría Normativista Pura.

Para esta teoría, la culpabilidad se encuentra en la acción criminosa; en su finalidad. Welzel escribe: "acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es por eso, acontecer final, no

(80) Idem. págs. 183-184.

solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso.”⁽⁸¹⁾

Bustos Ramírez apunta que si la culpabilidad es juicio de reproche de una acción típica, antijurídica y si dentro del fenómeno de la acción está el dolo, este, no pudiendo ser al propio tiempo valoración y objeto de la valoración, no pertenece a la culpabilidad sino a la conducta, y más exactamente al injusto, entendido como conducta típica y antijurídica.⁽⁸²⁾

Unos de los hechos que llevaron a esta ubicación del dolo fue el reconocimiento de que el tipo penal no es exclusivamente y siempre de carácter objetivo, sino que en veces presenta aspectos subjetivos en los que aparece ostensible una concreta finalidad que orienta la conducta del agente (lo que en México conocemos como el elemento subjetivo del injusto); en estos casos dicen los finalistas, no es posible referir lo objetivo al injusto y lo subjetivo o interno a la culpabilidad; debe reconocerse al contrario que tratándose de una voluntad de acción, en dichos eventos y en todos los demás, el dolo pertenece al tipo, es su elemento subjetivo.⁽⁸³⁾

En consecuencia de lo anterior, y acordes a la teoría finalista, los elementos de la culpabilidad son: la imputabilidad, la posibilidad concreta de conocer el carácter ilícito del hecho realizado y la exigibilidad de una conducta conforme a la ley.

CONCEPTO

Mezger define a la culpabilidad como el conjunto de los presupuestos que fundamen:an el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido.⁽⁸⁴⁾

Vela Treviño la define como el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable

(81) Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Editorial De Palma, Tommo V, 4ª Edición, 1964, Buenos Aires, pág. 53.

(82) Busto Ramírez, Juan, Culpabilidad y Finalidad, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, Santiago 1967, pág. 15.

(83) Opinión de Reinhart Maurach, citada por Reyes Echandía, en su obra Culpabilidad, Editorial Temis, 1ª Edición, Bogotá Colombia, 1988, pág. 189.

(84) Mezger, Edmund, Op. cit., pág. 189.

haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente adecuado a la norma. ⁽⁸⁵⁾

10.2. - EL DOLO.

Es una de las partes integrantes de la culpabilidad que señala nuestro Código Penal Vigente.

Dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, como conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o conciente.

Consecuentemente, en la formación del dolo concurre dos elementos esenciales:

- a).- El volitivo; y
- b).- El cognocitivo.

La doctrina ha realizado una gran clasificación del dolo; pero en este trabajo nos referimos a los más elementales:

- a).- Dolo Directo.- Cuando la voluntad es encaminada "directamente" al resultado previsto, existiendo identidad entre el acontecimiento real y el representado.
- b).- Dolo Indirecto.- Existe cuando al lado del resultado antijurídico previsto y querido surge otro necesariamente ligado al anterior y que el sujeto acepta como secuela natural del primero. ⁽⁸⁶⁾
- c).- Dolo Eventual.- Cuando la representación del autor se da como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no se renuncia a la ejecución de la conducta, aceptando las consecuencias de ésta, o dicho en otros términos, existe dolo eventual cuando el sujeto, no dirigiéndose precisamente su conducta hacia el resultado, lo representa como posible, como contingente, y aunque no lo quiere directamente, por no constituir el fin de su acción o de omisión, sin embargo lo acepta, ratificándose en el mismo. ⁽⁸⁷⁾

(85) Culpa. Op. cit., pág. 201.

(86) Reyes Echandía, Alfonso, Op. cit., pág. 60.

(87) Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. cit., pág. 394.

- d).- Dolo Genérico.- Es la voluntad de realizar la conducta descrita en la ley como delito.
- e).- Dolo Específico.- Es aquél que está acompañado, además, del propósito de obtener una determinada y particular finalidad.
- f).- Dolo de Lesión.- Es aquél que se presenta en todas aquellas situaciones en las que el agente prevé y quiere la realización de aquella conducta que destruye o disminuye al bien jurídico.
- g).- Dolo de Peligro.- Se da cuando la conducta a la que se desliza la voluntad consciente el autor implica sencillamente un riesgo de destrucción del interés jurídicamente protegido.

En el delito de incesto admite únicamente la forma dolosa, consistiendo el dolo en que los sujetos activos deseen la conducta típica; esto es, el ayuntamiento carnal con algunos de los sujetos mencionados en el artículo 272 del Ordenamiento Punitivo. Consecuentemente, se origina un doble dolo: genérico, al querer el acceso carnal; y específico, al realizarlo con algunos de los parientes señalados en la ley.

10.3.- LA CULPA.

“Obra con culpa el que produce un resultado delictuoso sin quererlo, cuando por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los deberes que en concreto le incumbían, no previó que incurría o previéndolo, creyó poder evitarlo”.⁽⁸⁸⁾

Clases de culpa. Moderadamente se habla:

- a).- Culpa Consciente o con Representación
- b).- Culpa Inconsciente o sin Representación.

La primera especie se refiere a la actitud de aquél que, a pesar de representarse que con su actuación puede producirse un resultado no querido por la ley, ello, no obstante obra igual animado por la ingenua creencia de que podrá sortear el riesgo, evitando la concreción de ese resultado, ejemplo: la enfermera que debe administrar una inyección a un paciente cada tres horas para que

(88) C. Cabral, Luis, Compendio de Derecho Penal Parte General, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1987, pág. 186.

no muera, y que en vez de hacerlo se va a dormir, comete homicidio si el paciente muere, puesto que quiso la acción (ir a dormir) y se representó el resultado muerte, sino que la haya lamentado profundamente. Según nuestro modo de ver la culpa consciente o con representación es lo que la ley denomina "imprudencia".

Culpa inconsciente o sin representación, es la que caracteriza el obrar de quien se despreocupa de las consecuencias dañosas que puede acarrear su falta de diligencia. Es el obrar que se denomina negligencia.

Se señala como formas o especies de culpa, principalmente a la imprudencia, a la negligencia a la impericia:

- a).- La imprudencia.- Se caracteriza por la temeridad del autor frente al resultado criminal previsto como posible, pero no querido, teniendo por tanto carácter de culpa consciente.
- b).- La negligencia.- Es la falta de atención, descuido que origina la culpa sin previsión o inconstancia. "Esta especie de culpa se caracteriza porque el autor, en razón de su falta de precaución, no ha previsto como posible el resultado criminal que ha causado. La falta de precaución ha hecho que el autor ignore o yerre de la naturaleza de lo que hacia o de su resultado posible".
- c).- La impericia.- Es la falta de habilidad en la práctica de un arte, profesión u oficio esto es, la deficiencia técnica originante de resultados dañosos por parte de quien carece de la preparación debida.

10.4.- LA PRETERINTENCIONALIDAD.

El artículo 8 del Código Penal del Distrito Federal, aplicable, declara que "los delitos pueden ser:...III.- Preterintencionales"; y el párrafo tercero del artículo 9 prescribe "Obra preterintencionalmente el que causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia".

El numeral 9 en su párrafo tercero ve en el obrar preterintencional la esencia del dolo o la intención respecto al resultado querido o aceptado (dolo directo o dolo eventual) y concurrencia culpa o imprudencia en cuanto al resultado mayor sobrevenido.

XI.- INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad son las circunstancias concurrentes con una conducta típica y antijurídica, atribuible a un imputable, que permiten al juez resolver la inexigibilidad de una conducta diferente a la enjuiciada, que será conforme a derecho, o que le impiden formular en contra del sujeto un reproche por la conducta específica realizada.⁽⁸⁹⁾

11.1.- LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

Con este nombre se designa teóricamente todas aquellas situaciones en las que la conducta del agente no es punible porque dadas sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó no se lo podía ni debía exigir comportamiento diverso.⁽⁹⁰⁾

Desde luego que la hipótesis de la no exigibilidad de otra conducta puede presentarse en el delito incesto, quedar exenta de responsabilidad por obrar impulsado por un miedo insuperable a un mal igual o mayor al que va a lograr, proveniente de tercera persona, se halla sometido a tal presión psicológica que no puede comportarse de otro modo, debiendo en consecuencia ser declarado irresponsable de los actos que realiza, por faltar uno de los componentes psicológicos de la culpabilidad.⁽⁹¹⁾

11.2.- LOS ERRORES.

Consiste en una falsa idea o errónea respecto a un objeto cosa o situación, constituyendo un estado positivo, hablaremos sucintamente de ellos.

a).- El error de tipo: se subdivide en error esencial y error inessential. - El error esencial produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito, de carácter esencial sobre alguna circunstancia agravante de penalidad (calificativa del delito).

Error inessential, por no recaer en los elementos esenciales del tipo, no es causa de inculpabilidad.

(89) Vela Treviño, Op. cit., pág. 275.

(90) Reyes Echendía, Culpabilidad, Op. cit., pág. 209.

(91) Ray Huidobro, Op. cit., pág. 177.

En el delito Incesto, se presenta el erro esencial, puede presentarse una causa de inculpabilidad respecto del presupuesto de este delito, cuando se ignore el parentesco; es decir, cuando haya error por ignorancia del vínculo que los une. Para expresarlo en otros términos, estamos frente a un error de tipo.

El error sobre el parentesco es factible de ocurrir en ambos sujetos, favoreciendo inductablemente a los dos, puesto que cada uno de ellos se encuentra ante un error esencial e invencible; es decir, ante un error de tipo. Sin embargo, puede darse el caso que solamente uno de los sujetos sea presa del error, originándose a favor de éste una inculpabilidad y quedando subsistente e integra la culpabilidad del otro sujeto.

b).- Error de prohibición Directo: Como la falsa concepción entre un hecho y una norma, ya que creyendo el sujeto errado que su actuación no es delito. Nuestro Ordenamiento Penal indica al respecto en su numeral 59 bis. Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en virtud extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto.

c).- Error de prohibición Indirecto: Es cuando el sujeto cree que su conducta esta inmersa en una causa que hace desaparecer la antijuridicidad de la conducta típica, por el amparo de norma o de su contenido, en realidad la situación es que existe una divergencia entre la norma erróneamente supuesta y los hechos que se presentaron. ⁽⁹²⁾

11.3.- LAS EXIMENTES PUTATIVAS.

Son aquellas circunstancias internas, esto es, de orden psicológico, en las que se encuentra un sujeto que comete el delito, creyéndose amparado por una causa de licitud inexistente.

De la misma forma Fontán Balestra anota: "se trata del caso en que un sujeto cree, por error, actuar de modo legítimo, suponiéndose protegido por una causa de justificación". ⁽⁹³⁾

La problemática de las eximentes putativas o error de prohibición indirecto, es la relacionada a su ubicación dentro de la Teoría del Delito y a los ulteriores y efectivos resultados que pueda tener

(92) Vela Treviño, Sergio, Op. cit., pág. 344.

(93) Fontán Balestra, Carlos, Tratado de Derecho Penal, T.II, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, pág. 314.

(94) Zaffaroni, Raul Eugenio, Manual de Derecho Penal, C'srdenas Editores 1ª Edición, México, 1986, págs. 581-582.

su tratamiento no sólo en la dogmática sino también en la praxis jurídica. Algunos autores opinan que su tratamiento debe ser en el mismo sentido en que regula el delito culposo. Zaffaroni considera que la solución está en considerarla como errores de tipo.⁽⁹⁵⁾ Las eximentes putativas son en sí errores de licitud, consistentes en la falsa creencia del activo en el sentido de que su conducta se encuentra amparada por un principio justificante. Lo apropiado en su punición, es seguir un criterio análogo al error esencial; esto es, cuando sea vencible, se excluya el dolo pero no la culpa. No deben, sin embargo, confundirse las eximentes con el error, pues como lo precisa Porte Petit, "es clara la diferencia que existe entre el error de tipo y el error de permisión (o error de licitud o eximentes putativas). En el primero, a virtud de un error esencial e invencible desconoce el sujeto que realiza alguno de los elementos típicos, en tanto que el segundo, el sujeto por un error esencial vencible, cree encontrarse frente a una causa de licitud".⁽⁹⁶⁾

Se señalan como eximentes putativas:

- a).- Defensa putativa;
- b).- Estado de necesidad putativo;
- c).- Ejercicio de un derecho putativo, y
- d).- Cumplimiento de un deber putativo.

En la defensa legítima, el sujeto cree, fundado en error esencial e invencible, ejecutar un legítimo derecho de defensa, siendo injustificada tal creencia por la inexistencia de una auténtica agresión.

En el estado putativo, la creencia de un estado de peligro, real, grave e inminente, fuera de toda realización, constituye el falso conocimiento del hecho que lleva al agente a lesionar bienes jurídicos ajenos.

En el ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber putativos, la conducta antijurídica se supone ilícita, a virtud del error sobre la existencia del derecho o del deber que se ejercita o se cumple.

Todas estas eximentes deben apoyarse en el carácter esencial e invencible del error de hecho.

(95) Porte Petit, Celestino, Programa de Derecho Penal, Editorial Trillas, 3ª Edición, México 1990.

(96) Mezger, Edmund, Derecho Penal Parte General, Libro de Estudio, Cárdenas Editores, Tijuana, México, 1990, pág. 241.

XII.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

Las condiciones objetivas o externas de punibilidad, no son elementos integrantes de la culpabilidad, estando más bien vinculadas al tipo del injusto. Mezger, indica: "las condiciones objetivas de punibilidad son una especie de "anexos" del tipo y por ello no pertenecen a las "circunstancias de hecho" propiamente dichas, que deben ser comprendidas por el dolo de conformidad con él. (96) Cita como ejemplo, la disolución del matrimonio y la separación de los cónyuges, la suspensión de pagos, etc.

Para Maurach, las condiciones objetivas de punibilidad son características del delito, existentes fuera del tipo, necesarias para que el obrar (típicamente anti-jurídico) pueden derivarse efectos penales. (97) Si bien son partes del proceso o de la situación global, en las que surge la acción, no pertenece a la acción misma, sigue indicando, por no estar realmente enlazada a la acción, está situada fuera del tipo; Maurach sostiene que, en realidad, constituye un presupuesto procesal.

Presupuesto procesal, son aquellas condiciones de existencia, los requisitos esenciales para el nacimiento y la válida constitución de la relación procesal considerada en sí misma y en sus facetas diversas, es decir, presupuestos de punición y condiciones de persecución penal. (98)

Sin los cuales no puede haber un legítimo procedimiento penal, presuponen a su vez un elemento meramente material, o material formal, indispensable para su consideración práctica.

Este elemento es el hecho jurídico de la noticia del delito (notitia criminis), noticia que puede vincularse a determinados actos jurídicos que influyen en la constitución de la relación procesal (denuncia, querrela, requerimiento etc.), o puede provenir de otra fuente, determinado la actividad del órgano competente para promover la constitución de dicha relación. Encontramos a un presupuesto de punición y condiciones de persecución penal, es el que encuadra dentro de las condiciones objetivas de punibilidad, que viene a ser, por ejemplo: la querrela penal, disolución del matrimonio por fraude matrimonial, divorcio por adulterio, etc.

No hay delito cometido mientras no concurre la condición objetiva de punibilidad.

(97) Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Editorial Ariel Barcelona 1962, págs. 296-297.

(98) Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa S.A., 12a. Edición, México 1990, pág. 239.

(99) Carranca y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano Parte General, Editorial Porrúa, S.A. 16a. Edición, México, 1988, pág. 425.

En cuanto a las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, están constituidas por la exigencia de la ley para que concurran determinadas circunstancias ajenas o externas al delito e independientes de la voluntad del agente, en calidad de requisitos para que el hecho sea punible, para que la pena tenga aplicación.

Siguiendo la misma postura de Maurach para Carranca y Trujillo, señala que se trata de condiciones objetivas de punibilidad, condicionantes de la penalidad o de la procesabilidad de la acción penal, la querrela del ofendido o de sus representantes legales. ⁽¹⁸⁹⁾

Lo que debemos entender por condiciones objetivas de punibilidad, son requisitos formales que se piden para que sea posible perseguir algunos delitos como ejemplo de éstos tenemos:

- a).- La previa declaración de quiebra para poder proceder en el delito de quiebra fraudulenta.
- b).- Quitarle en el sentido o mejor dicho, someter a un funcionario a un juicio de desafuero antes de proceder contra él penalmente.
- c).- Externar la querrela en los delitos que se persiguen a petición de parte ofendida.

En el delito no se exige condiciones objetivas de punibilidad. Esto, como se observa en la doctrina, constituye un elemento del delito. Su misión es otra: suspender la aplicación de la punibilidad.

En nuestro derecho y en relación con el incesto, no existe problema alguno, ya que la ausencia de tales condiciones es palpable y, al no haber condiciones objetivas de punibilidad, no puede presentarse su aspecto negativo.

XIII.- PUNIBILIDAD.

En relación al derecho a castigar, dice Montesquieu “toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad es, tiránica”. Proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no derive de la absoluta necesidad, es tiránico. Aquí se ve la base sobre la que el soberano tiene fundado su derecho para castigar los delitos. Sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad, y mayor la libertad que el soberano conserva a sus súbditos. Consultemos el corazón humano y encontremos en él los principios fundamentales

del verdadero derecho que tiene el soberano para castigar los delitos; porque no debe esperarse ventaja durable de la política moral, cuando no está fundada sobre máxima indelebles del hombre. Cualquier ley que se separe de éstas encontrará siempre una resistencia opuesta que vence al fin del mismo modo que una fuerza, aunque pequeña siendo continuamente aplicada vence cualquier violento impulso comunicado a un cuerpo.

Ningún hombre ha dado gratuitamente parte de su propia libertad con sólo la mira del bien público: esta quimera no existe sino en las novelas. Cada uno de nosotros querría si fuere posible que no se ligasen los pactos que ligan a los otros. Cualquier hombre se hace centro de las combinaciones del globo.

Fue pues, la necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles, forma el derecho de castigar todo lo demás es abuso y no justicia, es hecho, y no derecho. ⁽¹⁰⁰⁾

El maestro Carrancá y Trujillo define a la pena como "un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social." ⁽¹⁰¹⁾

El escritor Villalobos, nos dice que pena es: "Un castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base en la ley, para mantener el orden jurídico. Es un contra-estímulo que sirve para disuadir al sujeto del delito y que, cometido éste trata de corregir al delincuente y vigorizar sus fuerzas inhibitorias para el porvenir". ⁽¹⁰²⁾

En su artículo 272 del Código Penal Vigente, impone dos penas diversas:

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

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

(100) López Betancourt E., Apuntes de Derecho Penal, Curso 1988/2

(101) Carranca y Trujillo, Raúl, Op. cit., pág. 712.

(102) Villalobos, Ignacio, Op. cit., pág. 574.

(103) Bacigalupo, Enrique, Manuel de ... Op. cit., pág. 1.

13.1.- LA FINALIDAD DE LA PENA. ASPECTOS SOCIOPOLITICOS Y CRIMINOLOGICOS.

La sociedad, para su armónico desarrollo, debe de estar regulada por un orden jurídico, eficaz, que se ha de respetar por todos los ciudadanos que la conforman. Se dice, y con toda razón, que el derecho penal es un instrumento de control social, que tiene por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social.⁽¹⁰¹⁾ El Estado confiere un gran interés al ordenamiento criminal, al dotarlo para su cumplimiento, de una pavorosa y aterradora: pena de prisión.

Sabido es que dentro de las prisiones es imposible lograr una readaptación de aquél, que por haber cometido un delito, debe apartarse de la sociedad, y esperar a que reflexione sobre sus actos y luego entonces, prepararlo para su reingreso a la sociedad, quien nunca lo aceptará como un readaptado; por el contrario lo rehuirá.

El incesto no se acabará mediante penas excesivas, las cuales, lejos de beneficiar, perjudican al interno, coadyuvarán a su degeneración y a su orden familiar. No se trata de buscar más cárcel, sino menos cárcel. Se necesita de una reforma integral por lo que a aplicación de penas se refiere. El hombre es libre por naturaleza, pero cuando por esa libertad rompe el equilibrio de la sociedad, merece ser sancionado, más no vilipendiado. Si la cárcel existe, que sea para bien y que cumple con su función; pues válidamente podemos afirmar que en nuestra actualidad, los flagelos más hirientes lo constituyen los sexuales y la prisión.

Me permito transcribir un pensamiento de Carrara y Rivas, quien expresa: "Soñamos con una sociedad mejor, y ya soñar es empezar a edificarla; con una sociedad en que las gentes deshonestas recuperen el perdido sentido de la solidaridad humana, pero no através del látigo sino del resurgimiento de algo que hay en el hombre, de algo que nos impele a seguir luchando, a vivir, a esperar y a conquistar".⁽¹⁰⁴⁾

XIV.- LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Abarca señala: "las excusas absolutorias sustancialmente consisten en la impunidad declaradas por la ley para casos de excepción, motivadas por especiales razones de orden político o social".⁽¹⁰⁵⁾

(104) Derecho Penitenciario, Editorial Porrúa, Primera Edición, México 1974, pág. 364.

(105) Abarca, Ricardo, Derecho Penal Mexicano, Revista Derecho y Ciencias Penales 1960, pág. 325.

En las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituye el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistentemente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. ⁽¹⁰⁶⁾

Siguiendo la misma línea Jiménez de Asúa, define así : "Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un error y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública". ⁽¹⁰⁷⁾ Por lo que debemos entender por excusas absolutorias que originan la inexistencia del delito. Se puede agrupar de la siguiente forma:

- 1.- En razón del arrepentimiento y de la mínima peligrosidad del agente, y
- 2.- En razón exclusiva de la mínima o nula peligrosidad exhibida por el autor..

(106) Castellanos Tena, Fernando, Op. cit., pág. 278.

(107) Jiménez Asúa, Luis, Op. cit., págs. 459-460

CAPITULO TERCERO

EL ITER CRIMINIS

Se denomina iter criminis, al camino que recorre el delito, desde su nacimiento criminoso, hasta su total agotamiento. El mismo, recorre un sendero de etapas, desde tentación en la mente del sujeto activo hasta su exteriorización de la conducta que debe ejecutarlo. Dichas fases son:

I.- FASE INTERNA.

a).- Ideación: En la mente humana aparece la tentación de delinquir, que puede ser acogida o desairada por el sujeto. El proceso psíquico de las sensaciones entra a formar parte del sentimiento, determinado una idea delictuosa.

b).- Deliberación.- Consiste en la meditación sobre la idea criminoso, es una ponderación entre el pro y el contra; el antagonismo surgido entre la idea criminal y los factores señalados, que pugnan contra ella, hacen preciso en el ser humano la plena capacidad de discernimiento y autodeterminación. También el autor analiza la convivencia e inconveniencia de llevar a cabo el delito.

c).- Resolución.- El sujeto ha determinado cometerlo. La balanza interna se ha inclinado hacia el lado negativo.

II.- LA FASE EXTERNA.

El primer momento es la manifestación de la idea que tiende a realizarse objetivamente en el mundo exterior; ello se compone de:

a).- Manifestación de voluntad: El ánimo criminoso deja la esfera interna para acudir al exterior, y por medio de la palabra el autor manifiesta su voluntad delictiva.

b).- Actos Preparatorios: Los actos preparatorios tienden a preparar el delito y que sólo pueden tener validez en el ánimo del autor. Estos actos por su naturaleza equívoca, son impunes.

c).- Actos Ejecutivos: La naturaleza de estos actos es unívoca, al demostrar la intención indudable del activo de realizar el injusto.

III.- LA TENTATIVA.

Los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto. Se llama tentativa "Cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". Así lo señala nuestro Ordenamiento Criminal en su artículo 12 párrafo primero.

La doctrina habla de la existencia de tentativa acabada y de tentativa inacabada será acabada cuando el autor ha dado cumplimiento según su plan a todos los actos necesarios para alcanzar la consumación. La tentativa por otra parte será inacabada cuando el autor, siempre según su plan, no haya dado cumplimiento todavía a la totalidad de las acciones necesarias para alcanzar la consumación. ⁽¹⁰⁸⁾

Nuestro Máximo Tribunal, define a la tentativa como:

TENTATIVA. "El propósito o la intención de delinquir, cuando no pasan de eso, son cosas de las que la Ley Penal se desatiende y sólo castiga cuando ese propósito o intención de delinquir son seguidos de hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, pues entonces estamos frente a la tentativa punible señalada por el artículo 12 de Código Penal".

Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXIX, pág. 2596.
Quinta Época.

De lo anteriormente concluyo que en el delito de Incesto, puede presentarse la tentativa inacabada, acabada o frustrada y la tentativa imposible o delito imposible, pues es fácil advertir que en un caso determinado puede existir con la intención de realizar cópula un comienzo o principio de ejecución, y no llegar a integrarse al núcleo del tipo por causas ajenas a la voluntad del agente. Igualmente, puede existir de parte del sujeto la intención de efectuar el acceso carnal, haber consumado todos los actos ejecutivos y, por causas ajenas, no consumarse el delito; en fin, puede presentarse el caso que un individuo quiera llevar a cabo el ayuntamiento carnal y, sin embargo no pueda comerse

(108) Bacigalupo, Enrique, La Tentativa en el Código Penal Mexicano del Distrito Federal, Estudio del Derecho y Op. cit., pág. 30

el delito, ya sea por falta de medios idóneos, por falta de bien jurídico o por circunstancias especiales de algunos de los sujetos activos.

IV.- CONCURSO DE DELITOS.

A).- Habrá concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios resultados, es decir, por medio de una sola acción u omisión del autor se agota dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose consecuentemente, varios intereses tutelados por el derecho. En el delito en comento, no encaja, el concurso ideal.

b).- Concurso Real.

Se presenta cuando con varias conductas se cometen varios resultados. Puede presentarse en nuestro delito, en aquel caso cuando el sujeto activo realiza la cópula con algunos de los parientes que señala el artículo 272 del Código Penal; posteriormente sale a la vía pública y priva de la vida a un sujeto, y al evadirse de la acción de la justicia en un vehículo motor choca con otro automotor.

c).- También puede presentarse en el delito Incesto, delito continuado, las acciones son múltiples pero una lesión jurídica, es decir, puede darse el caso que el injusto durante un mes diariamente le imponga la cópula algunos de sus ascendientes, descendientes o hermanos.

V.- AUTORIA Y PARTICIPACION.

La cooperación, colaboración, ayuda, motivación, movilización, dado un hecho, y producido un resultado penalmente reprochado es participar en un delito. Por otro lado podemos decir, que es la movilización animada dirigida a intervenir en un evento que producirá un resultado, que previsto por la ley como delito, se califica de criminal, como específica distinción de lo que puede ser otro tipo de interacción irreprochable, o sea no punible.

Señalaremos los siguientes grados de participación.

a).- Autor Material

b).- Autor Intelectual

c).- Autor Mediato

d).- Coautoria

e).- Complicidad

a).- El autor material, serán los que físicamente realicen los actos característicos del tipo penal, puede presentarse en el delito en estudio, es aquel que integra los elementos del tipo (artículo 272).

b).- Autor Intelectual cuyo aporte, es la voluntad que opera sobre otra voluntad, provocando o induciendo a cometer la infracción, encuadra en el ilícito en comentó, es posible que se presente la autoría intelectual o instigación, puesto que un individuo puede determinar a otro a realizar el tipo descrito en el numeral 272 del Ordenamiento Criminal, siendo entonces aplicable el precepto 13 en su fracción V, que dispone que son responsables del delito aquellos que determinan intencionalmente a otro a cometerlo.

c).- Autor Madiato, llamado así porque realiza el delito a través de una persona exenta de responsabilidad, por lo mismo, no es participe en el ilícito, sino simplemente en el acto material, como instrumento físico y no como sujeto de la infracción penal, éste grado de participación no puede presentarse en el incesto es un delito de propia mano.

d).- Coautoria, el evento criminoso puede ser el resultado de las acciones de uno o más autores, esta hipótesis se puede dar en el incesto, es un delito bilateral en el que existe la concurrencia de dos sujetos activos, se hace patente que estamos frente a dos coautores que conjuntamente han realizado el tipo en estudio.

e).- Complicidad, todos aquellos que no ejecutan el acto a que se refiere la descripción legal del delito, ni inducen a ello directamente, pero sí prestan un auxilio necesario para una u otra cosa, o sin el cual no hubiera sido posible la consumación criminal. Si procede en el delito Incesto, en cuyo caso nos encontramos con lo previsto por la fracción III del artículo 13 del Ordenamiento Punitivo, al no descartarse la posibilidad de que un tercero conociendo el impedimento, proporcione a los protagonistas los medios que les permiten verificar el acto sexual.

CAPITULO CUARTO

ANALISIS AL ARTICULO 272 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Esta dado claramente en el artículo 272 del Código Penal, al hablar del Incesto lo hace exclusivamente en el grado de parentesco por consanguinidad en línea recta (ascendientes y descendientes) y en línea transversal (hermanos). En cuanto a estos, pensamos que el numeral no hace especificación alguna, debemos entender que se incluye tanto a los hermanos del padre y madre, como hermanos de padre y madre de uno solo de los progenitores.

Si el Ordenamiento Criminal en el precepto 272 nos habla de relaciones sexuales y no claramente de cópula (como en el estupro y en la violación), es porque el legislador quiso darle mayor amplitud al concepto, incluyendo en él otras conductas sexuales además de la cópula, o sea, en el sentido explicando en la agregación de este capítulo.

Si las relaciones sexuales ente parientes consanguíneos en grado cercano degeneran la raza, la humanidad lejos de haber llegado hasta nuestros días, se hubiera extinguido en sus inicios.

Sin embargo, nuestra sociedad, nuestra cultura y nuestra moral actual rechazan con horror, calificados como uno de los actos más repugnantes, vergonzosos e inmorales del hombre; si se eliminara la prohibición legal del incesto, no aumentaríamos por eso el número de casos, tal es el repudio que se experimenta hacia el mismo. No es el temor a la sanción lo que reprime al hombre a cometer las relaciones incestuosas sino una sincera y profunda aversión hacia las mismas como una vivencia socialmente aprehendida a través de los siglos.

Por lo expuesto, en donde encontramos la justificación de la permanencia del incesto dentro del catálogo de los delitos. No tanto porque justifique una protección, sino porque es reflejo de una fuerte y clara convención social de repudio, cuya sola sanción moral bastaría para impedirlo.

Por otro lado tenemos; la Ley no distingue entre parientes consanguíneos y afines cuando define incesto, pero precisamente la investigación del objeto jurídico violado con cada delito tiene por objeto valorizar cada especie delictiva y establecer un criterio de interpretación de sus preceptos. La relación sexual entre afines presenta dos casos, según se trate de afines en línea recta o afines

colaterales. En el segundo caso si la relación ocurre después de la muerte del cónyuge, puede decirse que esta ataque el régimen familiar puesto que el matrimonio es lícito, lo que nos lleva a concluir que si el acto sexual se verifica en vida del cónyuge no puede haber sido adulterio, pero de ninguna manera incesto, pues el parentesco es el mismo, viviendo el cónyuge que después de muerto. En el primer caso, lo mismo que en el segundo, el elemento consanguinidad fundamento del régimen familiar no existe; tampoco el sentimiento de repulsión que desde los principios de la humanidad ha condenado las cópulas entre consanguíneos, de manera que no existe fundamento sociológico para impedir estas uniones si no es ya el argumento biológico de las diferencias de edades que es posible entre suegros y yernos, pero que también es posible entre marido y mujer y que no tiene relación alguna legal. De manera que con respecto a las relaciones sexuales entre suegros y yernos no queda sino las circunstancias de que este parentesco es impedimento legal para el matrimonio y no es dispensable. Esta circunstancia que como hemos visto no tiene fundamento sociológico, no tiene más base que la convivencia social y la decencia, Y salta más a la vista esta particularidad de la norma que examinamos cuando se considera que el parentesco de consanguinidad entre tíos y sobrinos es dispensable. Nos llevan esta circunstancia a concluir que si el coito entre suegro y yerno no ataca los mismos sentimientos de la relación sexual entre consanguíneos, no es jurídico admitir que tenga la sanción del incesto.

Pudiera en contrario objetarse que el delito de incesto es la sanción penal de acto sexual entre parientes a quienes les está prohibido el matrimonio con impedimento no dispensable, pero ya encontramos sanción de estos actos antijurídicos en la nulidad establecida por el artículo 242 y relativos del Código Civil, y si bien en dicho precepto se considera que haya interés social en la declaración de nulidad del matrimonio entre parientes afines, pues la acción se encomienda al Ministerio Público, también es verdad que el artículo 253 establece la presunción de validez de estos matrimonios mientras no sean declarados nulos por sentencia ejecutoria; más aún, cabe que ambos cónyuges ignoren el vínculo que los une y en este caso el matrimonio produce todos sus efectos civiles entre ellos, conforme el artículo 255 del mismo Código. De donde resultaría que si se limita a la relación sexual entre legal, cometen incesto; si se casan, su matrimonio tiene presunción de validez y produce efectos jurídicos entre ellos. En conclusión, no negamos que en los términos actuales de la ley quepa el incesto entre los suegros y los yernos, pero lo consideramos antijurídico.

La adopción es otro género de parentesco llamado civil. Los preceptos 395 y 396 del Código Civil, asimilan los derechos y obligaciones entre adoptado y adoptante a los que existen entre hijo y padre.

Con respecto al impedimento al adoptante y al adoptado y a los descendientes de éste mientras dure el parentesco (numeral 157 y 402) es decir, que muerto el adoptado ya no hay impedimento de matrimonio con los hijos de éste y lo mismo ocurre si se revoca la adopción. En la conclusión a que antes habíamos llegado, de ser el incesto la sanción de los matrimonios contraidos en contravención de un impedimento no dispensado o dirimente, como dirigían los canonistas, resultaría que es incesto la relación sexual entre adoptante y adoptado, pues tiene en su abono la misma antijuridicidad que el acto sexual entre suegros y yernos y es también contraria al régimen familiar; pero en cambio, el coito con los hijos del adoptado no es incesto porque entre ellos no hay parentesco conforme al artículo 402 del Código Civil y si hay impedimento para el matrimonio no dispensable. El incesto entre adoptante y adoptado resultaría una figura sumamente frágil, pues el parentesco puede destruirse por la revocación de manera que para contraer matrimonio adoptante y adoptado no pueden obtener dispensa, pero sí pueden coludirse para revocar la adopción.

CONCLUSIONES

- 1.- El delito de Incesto ha existido desde los tiempos más remotos y ha sido reprochado de manera rígida a través de la evolución del mismo.
- 2.- Dentro de su evolución Legislativa en nuestro país, se ha tipificado desde el Código Penal de Veracruz de 1835, así como en otros ordenamientos estatales, y el mismo se encuentra vigente porque atenta contra el seno familiar y la moral.
- 3.- El delito, es aquel que comete el individuo que vive en sociedad, y el Estado lo ha promulgado en la Ley, para proteger la sociedad de aquellos que la infringen.
- 4.- El delito Incesto, es un delito de mera conducta que únicamente puede presentarse por acción, atento a los actos, es unisubsistente, es un ilícito instantáneo y formal.
- 5.- No puede adecuarse ninguna de las hipótesis de ausencia de conducta en el delito Incesto.
- 6.- El bien jurídico protegido en el delito Incesto, es la lesión del orden moral y jurídico familiar; el objeto material constituido por cualquiera de los sujetos que menciona el artículo 272 del Código Penal; sujeto activo quien despliega la conducta (ascendientes, descendientes o hermanos) (consanguíneos, afines y civiles); sujeto pasivo es la familia; no requiere medios para su constitución; requiere de elementos subjetivos y normativos.
- 7.- Puede darse la atipicidad por la ausencia del objeto jurídico protegido, falta de calidad del sujeto exigido por la ley; por falta de dolo específico; ausencia del objeto material y por un consentimiento viciado.
- 8.- La conductas que configuran el ilícito Incesto, serán antijurídicas, cuando siendo típicas no se encuentran respaldadas por ninguna causa de justificación.
- 9.- Las proposiciones permisivas, no se dan ninguna en la figura delictiva de Incesto.
- 10.- Sólo podrá reprocharse al activo la realización del injusto cuando tenga capacidad de motivación.
- 11.- Las acciones libres en su causa no excluyen ni disminuyen la capacidad de motivación.

- 12.-De las hipótesis de Inimputabilidad, solamente puede presentarse, la que prevee el artículo 15 fracción II, del Código Penal.
- 13.-La culpabilidad en el ilícito Incesto, es meramente doloso en doble clase.
- 14.-En el aspecto negativo de la culpabilidad puede presentarse la no exigibilidad de otra conducta, error esencial.
- 15.-Con el aumento de las penas de prisión no se eliminará el problema del Incesto, por el contrario aumentará.
- 16.-En el delito en estudio puede presentarse la tentativa acabada, inacabada y delito imposible.
- 17.-Puede presentarse el concurso real y delito continuado.
- 18.-Se presenta solamente el autor material, intelectual, coautor y complicidad.
- 19.-En el artículo 272 Código Penal, al ser plasmado en la ley lo hicieron con el afán de evitar las relaciones incestuosas entre parientes en líneas ascendente y descendente, y hermanos y por otro lado, que estos contraigan matrimonio; ello afectaría el seno familiar, estirpe y la lesión del orden moral.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Abarca, Ricardo, Derecho Penal Mexicano, Revista Derecho y Ciencias Penales, 1950.
- 2.- Altavilla, Enrico, La culpa, Editorial Temis, Bogotá, 1987.
- 3.- Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, Reimpresión, Bogotá, 1989.
- 4.- Bacigalupo, Enrique, Estudios de Derecho Penal y Política Criminal, Cárdenas Editor, Primera Edición, México, 1989.
- 5.- Bustos Ramírez, Juan, Culpa y Finalidad, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago 1967.
- 6.- C. Cabral, Luis, Compendio de Derecho Penal Parte General, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.
- 7.- Carrara, Francisco, Programa de Derecho Criminal Parte General Editorial Temis, Bogotá, 1956.
- 8.- Carranca y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano Parte General, Editorial Porrúa, 16ª Edición 1988.
- 9.- Carranca y Trujillo, Raúl, Derecho Penitenciario, Editorial Porrúa, Primera Edición, México 1974.
- 10.- Carranca y Trujillo, Raúl, Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, Décima Quinta Edición, México 1990.
- 11.- Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1973.
- 12.- Cavallo, Vincenzo, Derecho Penal T.II., Editorial Napoli Italia, 6ª Edición 1955.
- 13.- Colín Sanchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial

Porrúa, 12ª Edición, México, 1990.

- 14.- Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal T.I., Editorial Barcelona, 10ª Edición, Barcelona, 1956.
- 15.- Díaz Palos, Fernando, Teoría General de la Imputabilidad, Boch Casa Editorial Barcelona, 1960.
- 16.- Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal, Editorial Temis, Edición 1975.
- 17.- Fernández Carrasquilla, Juan, Derecho Penal Fundamental, Editorial Temis, 1989.
- 18.- Fontán Balestra, Carlos, Tratado de Derecho Penal, T.II., Editorial Abelodo-Perrot, Buenos Aires, 1966.
- 19.- Francesco, Antolisei, Manual Derecho Penal Parte General, Editorial Uteha, 1ª Edición, Buenos Aires, 1989.
- 20.- González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa 3ª Edición, México, 1985.
- 21.- Hans Heinrich, Jeschech, Tratado de Derecho Penal Parte General, Editorial Boch Barcelona, 1981.
- 22.- Hans, Welzel, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, 10ª Edición, Santiago, 1987.
- 23.- Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y Delito, Editorial Sudamericana, 5ª Edición Buenos Aires, 1989.
- 24.- Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Editorial de Palma, Cuarta Edición, Argentina, 1946.
- 25.- Johanes, Wessels, Derecho Penal Parte General, Editorial de Palma, 6ª Edición, Buenos Aires, 1980.
- 26.- Márquez Piñeros, Rafael, Derecho Penal Parte General, Editorial Trilla, México, 1986.
- 27.- Martínez Roaro, Marcela, Delitos Sexuales, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 1991.

- 28.- Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal T.I., Editorial Ariel, Barcelona 1962.
- 29.- Mendoza Troconis, José Rafael, Curso de Derecho Penal Venezolano, Editorial Empresa El Cojo, Primera Edición, Caracas, 1966.
- 30.- Mezger, Edmund, Derecho Penal Parte General, Editorial Cárdenas Editor, Tijuana México, 1990.
- 31.- Pavón Vasconcelos, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1985.
- 32.- Pavón Vasconcelos, Francisco, Imputabilidad e Inimputabilidad Editorial Porrúa, 2ª Edición, México, 1989.
- 33.- Porte Petit, Celestino, Apuntamientos a la Parte General Derecho Penal, Editorial Porrúa, 13ª Edición, México, 1990.
- 34.- Ranieri, Silvio, Derecho Penal, Milano, 1945.
- 35.- Rey Huidobro, Luis Fernando, El delito, Editorial Boch, Casa Editorial Temis, 5ª Edición, Barcelona, 1987.
- 36.- Reyes Echandía, Alfonso, Tipicidad, Editorial Temis, 5ª Edición, Bogotá, 1989.
- 37.- Reyes Echandía, Alfonso, Antijuridicidad, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1989.
- 38.- Reyes Echandía, Alfonso, Culpabilidad, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1988.
- 39.- Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, R.II., Tipográfica Editorial, Argentina, 1973.
- 40.- Vela Treviño, Sergio, Antijuridicidad y Justificación, Editorial Trillas, 3ª Edición, México, 1990.
- 41.- Vela Treviño, Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad, Editorial Trillas, 2ª Edición, México, 1990.
- 42.- Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 1983.

- 43.- Zaffaroni, Eugenio, Manual de Derecho Penal, Cárdenas Editores, Primera Edición, México, 1986.
- 44.- Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, Editorial Temis, 1ª Edición, 1971.