



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**“ADICIÓN AL ARTÍCULO 178 DEL NUEVO CÓDIGO
PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL”**

T E S I S

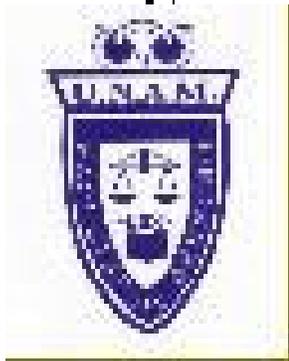
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

AIDA ARACELI MUÑOZ GALÁN

ASESOR: LIC. CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA.



CD UNIVERSITARIAD, D.F

2006.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS:

A ese ser supremo,
Por sobre todas las cosas,
Por darme la oportunidad de existir.

A mi madre:

A quien amo y admiro profundamente,
y con quien estoy infinitamente agradecida
por haberme orientado en todo momento,
enseñándome con su ejemplo de superación, y
lucha constante, que las cosas siempre se logran
con dedicación y esfuerzo. Gracias mamá.

A mi padre:

Por haberme dado sus sabios consejos,
Por su ejemplo de superación, y
por todo el cariño y amor, que detrás de
ese hombre duro esconde, y que espero
algún día decida expresarlo.
Gracias.

A Marco Antonio:

Quien sin ser mi padre,
me demostró serlo,
quien en todo momento me
orienta y me brinda su apoyo,
confianza y amistad, y a quien le
estoy profundamente agradecida.
Gracias Osin.

A mis hermanos:

Alma y Armando:
A quienes adoro, quienes en todo momento
me brindaron su apoyo incondicional,
y siempre dándome palabras de aliento
cuando lo necesite, impulsándome a la
terminación del presente trabajo. Gracias hermanitos.

A mi esposo:

Mi compañero, amigo, mi todo,
quien siempre estuvo a mi lado incentivándome
a la conclusión del presente trabajo;
gracias por toda la paciencia, comprensión y apoyo brindado,
pero sobre todo tu amor. Gracias amor. Te amo.

A mi hijo:

Quien desde su llegada le dio un giro maravilloso a mi vida,
Al llenarla de dicha y felicidad,
Por ser, esa fuente de donde adquiero la fortaleza
Para poder cumplir todas mis metas,
porque en las mismas siempre esta él.
Te amo mi bebé.

A todos mis familiares: mis tíos Elena y Rubén, mis primas Angélica, Jazmín, y mis queridos sobrinos: William Spencer, Erika Alejandra, Lizty Eunice, Christoper Armado, Yessica Guadalupe, Brandon Felipe, a mis suegros Roberto y Graciela, mis cuñados Graciela, Javier y Roberto, y en general a todos los miembros de la misma, por todo el cariño brindado en alguna momento de mi carrera universitaria, por todo el apoyo brindado el cual siempre me motivo para ser una mejor persona, por haber creído en mi. Gracias.

A mi asesor:

Lic. Carlos Barragán Salvatierra

Por haberme dedicado minutos de su valioso tiempo,
Por haberme transmitido sus conocimientos y experiencia en las aulas,
Por haberme guiado en la elaboración del presente trabajo
Gracias.

A los licenciados:

Lic. Norma Herrera, Lic. Ricardo Cohen y Lic. Angeles Ferrer.

Por haberme brindado su amistad, por ser mis confidentes,
Porque en todo momento tuve su apoyo incondicional;
y porque gracias a sus consejos estoy culminando un proyecto que había dejado inconcluso. Gracias los quiero mucho.

A mis amigos:

Sandra, Luz María, Diana, Angélica, Alfredo, Caro, Ricardo, Damián, Karen, América, Daniela, Anabell Manuel Mejia y a todos los que contribuyeron para la culminación del presente trabajo, gracias por su amistad, por el apoyo brindado, por sus palabras de aliento las cuales fueron alicientes para seguirme esforzando, gracias por confiar en mi. Los quiero mucho.

A la Universidad

La mejor casa de estudios.
Porque a través de sus maestros
logro encausarme formando una profesionista
pero ante todo una mejor persona.
Gracias.

ÍNDICE

Pág.

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

CAPITULO I LA FAMILIA

1.1 CONCEPTO.....	1
1.1.1.. NATURALEZA JURÍDICA.....	5
1.1.2 CARACTERÍSTICAS DE LAS RELACIONES JURÍDICO FAMILIARES.....	9
1.2 PARENTESCO.....	16
1.2.1 TIPOS DE PARENTESCO	19
A) PARENTESCO CONSANGUÍNEO	19
B) PARENTESCO POR AFINIDAD.....	26
C) PARENTESCO CIVIL.....	28
1.2.2 EFECTOS DEL PARENTESCO.....	29
A) EFECTOS EN EL PARENTESCO CONSANGUÍNEO Y CIVIL.....	29
B) EFECTOS EN EL PARENTESCO POR AFINIDAD.....	32

CAPITULO II. TEORIA DEL DELITO

2.1 ASPECTOS POSITIVOS.....	42
2.1.1 CONDUCTA.....	42
2.1.2 TIPICIDAD.....	49
2.1.3 ANTIJURICIDAD.....	56
2.1.4 IMPUTABILIDAD.....	58
2.1.5 CULPABILIDAD.....	60
A) DOLO.....	62
B) CULPA.....	64
2.1.6 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.....	67
2.1.7 PUNIBILIDAD.....	68
2.2 ASPECTOS NEGATIVOS.....	69
2.2.1 FALTA DE CONDUCTA O ACCIÓN	69
2.2.2 AUSENCIA DE TIPO O TIPICIDAD.....	70
2.2.3 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	71
A) LEGITIMA DEFENSA.....	72
B) ESTADO DE NECESIDAD.....	73
C) CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.....	74
D) EJERCICIO DE UN DERECHO.....	74
E) OBEDIENCIA LEGITIMA.....	75

F) IMPEDIMENTO LEGITIMO.....	75
2.2.4 CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD	75
2.2.5 CAUSAS DE INCULPABILIDAD.....	77
A) ERROR.....	78
B) LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.....	80
2.2.6 AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.....	81
2.2.7 EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	81
2.3 CLASIFICACIÓN.....	82

CAPITULO III

VIOLACIÓN Y ABUSO SEXUAL

3.1 VIOLACIÓN	87
CONCEPTO.....	88
3.1.1 ELEMENTOS POSITIVOS.....	90
A) CONDUCTA.....	90
B) TIPICIDAD.....	99
C) ANTIJURICIDAD.....	101
D) IMPUTABILIDAD.....	102
E) CULPABILIDAD.....	102
F) PUNIBILIDAD.....	102
G) OTROS ASPECTOS DEL DELITO.....	103
3.1.2 ELEMENTOS NEGATIVOS.....	104
A) AUSENCIA DE CONDUCTA O ACCIÓN.....	104
B) ATIPICIDAD.....	104
C) CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	105
D) INIMPUTABILIDAD.....	105
E) INCULPABILIDAD.....	106
F) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	106
3.1.3 CLASIFICACIÓN.....	106
3.2 ABUSO SEXUAL.....	108
CONCEPTO.....	108
A) ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.....	109
3.2.1 ELEMENTOS POSITIVOS	112
A) CONDUCTA.....	112
B) TIPICIDAD.....	116
C) ANTIJURICIDAD.....	118
D) IMPUTABILIDAD	118
E) CULPABILIDAD.....	118
F) PUNIBILIDAD.....	118
G) OTROS ASPECTOS DEL DELITO.....	119
3.2.2 ELEMENTOS NEGATIVOS.....	120
A) AUSENCIA DE CONDUCTA O ACCIÓN.....	120

B) ATIPICIDAD.....	120
C) CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	120
D) INIMPUTABILIDAD.....	121
E) INCULPABILIDAD.....	121
F) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	121
3.2.3 CLASIFICACIÓN.....	121

CAPITULO IV

ADICIÓN A LA AGRAVANTE DEL DELITO DE VIOLACIÓN Y ABUSO SEXUAL EN RAZÓN DE PARENTESCO.

4.1 DELITOS CUALIFICADOS EN RAZÓN DE PARENTESCO.....	124
4.1.1. ATENUANTES EN RAZÓN DE PARENTESCO.....	130
4.1.2 AGRAVANTES EN RAZÓN DE PARENTESCO	133
4.1.3 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 178 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	138
4.1.4 ADICIÓN DE LA FIGURA DEL TIO COMO AGRAVANTE EN LA COMISIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN Y ABUSO SEXUAL.....	146
CONCLUSIONES.....	152
PROPUESTA	158
BIBLIOGRAFÍA.....	160

I N T R O D U C C I Ó N

Actualmente, y a pesar del esfuerzo que realizan nuestras autoridades, la comisión de delitos va en aumento, situación ésta que ha ocasionado el implemento de diversas medidas para contrarrestar el fenómeno, una de ellas es el aumento de las penas a imponer por la comisión de los delitos, sin embargo, es evidente que no todas las conductas que se encuentran tipificadas como delitos merecen ser castigadas tan severamente, ya que aún y cuando vulneran bienes jurídicos que tutela la norma penal como pudiera ser el patrimonio en el caso del robo, fraude, no se comparan con las conductas que atentan contra la libertad sexual o psicosexual de un individuo, como lo es en los delitos de violación y abuso sexual, ya que independientemente del sexo, edad, condición social, del sujeto pasivo la conducta por sí misma resulta ser altamente reprochable toda vez que el bien lesionado nunca podrá ser restablecido al estado original al que se encontraba y por tanto no pueda ser recuperado, ya que va mas allá de lo material, pero que ocurre si no obstante ello, el agente activo resulta ser un pariente consanguíneo ¿que a caso ese simple hechos no debe considerarse aún mas repudiante?.

Efectivamente, nuestra legislación Penal ha tomando en cuenta que la comisión del delito de violación y abuso sexual cometido por parientes consanguíneos amerita una concreta agravación en la pena a imponer, situación que ha sido plasmada precisamente en el numeral 178 del Nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal, sin embargo, presenta una limitante, pues si observamos el aumento de la penalidad respecto a este tipo de delitos en donde existe una relación consanguínea solo contempla la **línea recta** es decir ascendientes contra descendientes y éstos contra aquellos, y respecto a los **colaterales en líneas iguales**, es decir entre hermanos, **pero no** así respecto

II

a los colaterales en **líneas desiguales**, es decir respecto a los **tíos y sobrinos** situación que para la suscrita representa un desacierto, toda vez que es muy recurrente que los **TIOS** cometan este tipo de delitos en contra de sus sobrinos, y en algunos casos éstos contra los tíos, cuando por la edad resultan ser superiores claros esta; por ello al momento en que estos parientes colaterales en línea desigual, es decir de tercer grado se colocan dentro de la hipótesis normativa del delito de violación y abuso sexual, y no se ven sancionados de manera mas severa, trae como consecuencia que su conducta no sea castigada de manera ejemplar, y por tanto ésta circunstancias a todas luces resulta por demas inmerecida, ya que al igual que los parientes de primer y segundo grado que llegan a cometer esos delitos, los tíos forma parte del grupo familiar y por tanto con su conducta no solo vulneran un bien jurídico tutelado por la norma penal, sino que también vulneran la confianza y autoridad que en un momento dado la propia relación parental consanguínea les confiere de manera intrínseca, lo que precisamente genera tanto reproche en su proceder.

Por lo anterior, tomando en cuenta la limitante que presenta el ordinal 178 del Nuevo Código Penal vigente del Distrito Federal, en su fracción II, fue que decidí realizar el presente trabajo de investigación a fin mostrar al lector la importancia de considerar como una circunstancia agravante en la comisión del delito de violación y abuso sexual que éstos delitos sean cometidos por parientes de tercer grado (tíos); para lo cual abordo en un primer término la familia y el parentesco ello a fin de lograr la ubicación de los integrantes de la familia y las relaciones de parentesco que de ellas se originan, con el propósito de ubicar a los parientes colaterales desiguales (tíos y sobrinos), ello como preámbulo al tema de central.

III

Posteriormente, analizo los elementos del delito en su aspecto positivo y negativo como cuestión previa al análisis en concreto de los delitos de Violación y Abuso Sexual el cual abarco en un tercer capitulo, y en un cuarto capítulo, analizó las circunstancias que alteran la escala penal en la comisión de los delitos de Violación y Abuso Sexual cuando es cometido por un pariente consanguíneo, ya sea atenuando o en su caso agravando el mismo; y por último, entró al análisis de las hipótesis circunstancias agravantes que contempla el artículo 178 del Nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal; para la comisión de los delitos de Violación y Abuso Sexual, culminando con el planteamiento de mi propuesta, misma que recae en la necesidad de adicionar a la fracción II, los parientes consanguíneos colaterales en línea desigual, es decir de TERCER GRADO, ello en aras de proteger al núcleo familiar, pero sobre todo a los sobrinos, que en muchas ocasiones resultan ser víctimas de sus propios tíos; con lo cual pretendo evitar la impunidad con la que se conducen al ser, en muchos casos, beneficiados con penas mínimas, esperando causar reflexión en el lector, y a la vez interés, con aras de que mi propuesta trascienda y finalmente se vea plasmada en la norma penal.

AIDA ARACELI MUÑOZ GALAN

P R O P U E S T A

A través del presente trabajo de investigación propongo la adición a la fracción II del artículo 178 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, a fin de incluir a los parientes consanguíneos colaterales en línea desigual, es decir de TERCER GRADO, ello en aras de aumentar la penalidad en la comisión de los delitos de Violación y Abuso Sexual cuando fuere cometida por los parientes consanguíneos colaterales en línea desigual, (tercer grado), es decir a los tíos, tomando en cuenta los lazos de sangre que existe entre el sujeto pasivo como activo, porque no solo atenta contra la libertad sexual o normal desarrollo psicosexual de su víctima, sino porque también vulnera la confianza y autoridad que en un momento dado la propia relación parental le confiere de manera intrínseca.

La propuesta también obedece al hecho, de que los parientes consanguíneos colaterales en tercer grado (tíos) al no ser sancionados mas severamente por la comisión de estos delitos en contra de sus sobrinos, en muchas ocasiones acarrea la repetición de la conducta y por ende la vulneración de los bienes jurídicos protegidos; y más aún, porque la Autoridad en estos casos se ve imposibilitada para acreditar un requisito, u exigencia adicional a la del simple parentesco, y por ende su conducta no es sancionada como debiera, resultando en todo momento beneficiados con una pena mínima.

Es por lo anterior, que propongo la adición a la fracción II del artículo 178 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, a fin de que los parientes consanguíneos colaterales en tercer grado (tíos) que adecuen su conducta a la hipótesis normativa de Violación o Abuso Sexual, les sea incrementada la pena

por esa sola calidad, y no sea necesaria la acreditación de una circunstancia adicional.

De tal manera que la fracción II del artículo 178 del Nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal deberá contemplar la figura del tío de la siguiente manera:

ARTÍCULO 178. Las penas previstas para la violación y el abuso sexual, se aumentarán en **dos terceras partes**, cuando fueren cometidos:

I.-...

II.- Por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, **el tío contra el sobrino y éste contra aquel**, el tutor contra su pupilo, el padrastro o la madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquellos. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima, así como los derechos sucesorios con respecto del ofendido.

CAPITULO I.

LA FAMILIA

“La familia existe siempre que existe el hombre”

Antes de analizar propiamente la figura del tío dentro de nuestra legislación penal y más aún incluirla como agravante en la comisión de los delitos de abuso sexual y violación resulta conveniente ubicarla dentro del seno familiar y establecer cual es el parentesco que guarda dentro de la misma. De tal guisa que en el presente capítulo analizaremos de manera breve el concepto de familia, parentesco y los efectos que produce éste.

1.1.- CONCEPTO.

El Concepto de familia procede de la palabra familia del grupo de los famulli (del osco famel, según unos, femes según otros), y según entender de Taparelli t de De Greef, de fames, hambre, Famulos son los que moran con el señor de la casa y según Breal, en osco faamat significa habita, tal vez del sánscrito, vama, hogar, habitación, indicando y comprendiendo en esta significación a la mujer, hijos legítimos y adoptivos, y a los esclavos domésticos, por oposición a los rurales (servi) llamando, pues familia y famulia al conjunto de todos ellos”.¹

Atendiendo al significado de la Real Academia Española familia proviene del latín familia, conjunto de criados y esclavos, familia, (famulus sirviente) conjunto de personas emparentadas que viven juntas, especialmente el padre, la madre y los hijos. Grupo de personas con parentesco sanguíneo o legal entre ellas Dinastía, estirpe, origen social de una persona.²

¹ DE Ibarrola, Antonio. *Derecho Familiar*, 2ª edición, Ed. Porrúa México, 1981, pág 2.

² *Diccionario Enciclopédico Larousse*. 10ª edición, Ediciones Larousse S.A Barcelona, 2004, pág. 441.

El concepto de la familia también puede formularse desde diversos puntos de vista como son a saber:

El sociológico, en donde el concepto de familia se restringe al núcleo paterno –filial, llamado pequeña familia, o núcleo familiar, por tanto en este sentido la familia es definida como la agrupación natural formada por el padre, la madre y los hijos, no emancipados por matrimonio que viven con ellos, o que están bajo su potestad, aunque no vivan en el hogar común, este concepto hace alusión a la familia como núcleo primario de la sociedad.

A este respecto Pratt Fairchild, Henry define a la familia como “Institución social,” en donde uno o más hombres que viven con una o más mujeres en una relación sexual socialmente sancionada y más o menos permanente, con derechos y obligaciones socialmente reconocidos, juntamente con su prole.³

Desde el punto de vista Antropológico, la familia es definida por el Autor Philip K. Bock a quien hacer referencia Cesar Augusto Osorio y Nieto en su libro *Obra Jurídica Mexicana* como: “aquella que se encuentra compuesta de una pareja casada y de su progenie no casada”, de igual forma el antropólogo Paúl Bohannan define a la familia como el grupo de personas que viven juntas y forman una unidad doméstica en funciones. Finalmente K. Dittmer haciendo un enfoque etnológico indica que “la célula primaria de la comunidad es la familia que en su forma originaria de la familia estricta se compone de padres, hijos y eventualmente, nietos”.⁴

Jurídicamente se conceptúa a la familia como “el conjunto de personas que descienden de un tronco común, que se hallan unidas por lazos de parentesco.”⁵

³ PRATT FAIRCHILD, Henry. “Diccionario de Sociología”. Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1984. pág 121.

⁴ K. Dittmer. “Etnología General”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1960, pág 63.

Otros autores entre los que sobresale el Jurista Ignacio Galindo Garfias afirman que: "la palabra familia tiene una connotación mas restringida y comprende únicamente a los padres y ascendientes en la línea recta y en la colateral, hasta el cuarto grado (padres, abuelos, hermanos, tíos, primos, sobrinos)".⁶

Por su parte, Manuel Osorio conceptualiza a la familia en el sentido amplio de parentesco como el conjunto de parientes con los cuales existe un vínculo jurídico en el que cada individuo es el centro de uno de ellos, diferente según la persona a quien se refiera.

En tanto, el Jurisconsulto Juan Palomar señala que: "la palabra familia proviene del latín grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas, número de criados, conjunto de ascendientes, descendientes, afines y colaterales de un linaje, parentela inmediata de uno, prole conjunto de individuos con alguna condición común."⁷

Mientras que el maestro Díaz de Guíjarro citado por Cesar Augusto Osorio y Nieto define a la familia como "la institución social permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vinculos jurídicos, emergentes de la relación intersexual y de la filiación".⁸

Conceptos los anteriores que nos permiten afirmar que la familia en un sentido amplio comprende todas las personas que descienden de un tronco común mas o menos lejano, ello tomando en cuenta que en la vida social se estima como miembros del grupo familiar aún a parientes muy lejanos, empero es común que los lazos de afecto y de acercamiento que existen entre los parientes se van debilitando conforme éstos son más lejanos y más aún porque

⁵ OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Ed Heliasta S.R.L Argentina, 1978, pág 313.

⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil, 4ª edición, Ed. Porrúa, 1994, pág 550.

⁷ Diccionario para Juristas, Tomo I, Ed Porrúa, México, 1981, pág 676.

⁸ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. Obra Jurídica Mexicana, Evolución Histórica del Derecho Penal Familiar, Tomo IV, PGR México, 1987, pág 9.

las obligaciones y derechos que se conceden a los miembros de la familia solo pueden hacerse efectivos con los parientes mas cercanos, de ahí que la relación con los parientes mas lejanos se vaya debilitando, sin embargo ello pocas veces se hace extensivo con lo tíos.

Es de observarse que dentro del Código Civil vigente para el Distrito Federal, aún no se establece claramente el concepto de familia, sin embargo no da las bases para tal efecto señalando en sus numerales 138 ter a 138 sextus del Título Cuarto Bis De la Familia Capítulo Único lo siguiente:

Artículo.-138 Ter.- las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público, interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

Artículo.-138 Quater las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia.

Artículo.-138 Quintus las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.

Artículo.-138 Sextus.- Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.

Coligiéndose de lo anterior que de acuerdo a las normas civiles, la familia se integra por las personas que se encuentran vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco (consanguíneo, afinidad, civil), o concubinato y sobre las que recaen un conjunto de deberes, derechos y obligaciones.

De esta forma observamos que efectivamente como lo aseveró el Jurista Ignacio Galindo Garfias: "la familia es el conjunto de personas, en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la

adopción (filiación civil)” y por ende solo comprende a los padres y ascendientes en la línea recta y en la colateral, hasta el cuarto grado (padres, abuelos, hermanos, tíos, primos, sobrinos).⁹

De tal suerte que la figura del tío si pertenece a la familia toda vez que forma parte del conjunto de personas, que proceden de un progenitor o tronco común y en este caso resulta ser consecuencia de un parentesco consanguíneo.

1.1.1 Naturaleza Jurídica.

Es claro que al trascender la familia al ámbito jurídico los estudiosos se han planteado diversas teorías acerca de su naturaleza jurídica, precisamente a este respecto Maria Josefa Méndez Coste nos explica las tres teorías más sobresalientes:

♣ **La familia como una persona jurídica.**- esta corriente sostiene que la familia es un ente de derecho autónomo, titular de derechos y obligaciones, es decir un sujeto unitario distinto e independiente de sus miembros.

Dicha corriente fue planteada desde el siglo XIX, el cual inicialmente se planteó con la relación conyugal a la que se le atribuía personalidad jurídica. Sin embargo dicho criterio se transfirió a la familia en si misma, siendo precisamente en Italia en donde se le atribuyó personalidad Jurídica. Tal corriente fue desarrollada en Francia representada por el civilista Rene Savatier y representando a Bélgica Jean Dabin.

Rene Savatier citado por Maria Josefa Méndez Coste sostenía que la familia era una persona moral y que dicha personalidad estaría determinada por la existencia de diversas categorías de derechos subjetivos que no pertenecen a ninguna de las personas física que componen una familia, sino a la familia misma considerada como un ente autónomo. Además consideraba que la

⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit. pág. 447.

familia tenía fines e intereses diversos a la de sus miembros, y que ellos actuaban como representantes de ésta.¹⁰

Sin embargo Jean Dabin en contraposición aseveraba que para que una agrupación pudiera denominarse persona moral era necesario que los individuos se agruparían con miras a la persecución de un fin común, que es el que da origen al ser moral distinto de las personas físicas que lo integran, sin embargo la familia no tiene un fin común por encima de los fines individuales de cada uno de su miembros y además la unión de los cónyuges es tan íntima y profunda que resulta innecesaria la existencia de una tercera persona moral. La mayoría de los autores coinciden con ésta última postura entre los que sobresalen Castan Tobeñas, Iacruz-Albadalejo, Mazeaud, Riplert-Boulanger, Barbero, Spota, Mazzinghi, Borda y Belluscio quienes indican que la familia no tiene capacidad Jurídica, ni patrimonio propio, ni un fin común por encima de los fines individuales de sus miembros, y éstos, por último, no son órganos representativos de la familia, pues ésta como ente jurídico no existe.

♣ **La familia como un organismo.**- la segunda corriente señala Maria Josefa Méndez Coste se encuentra representada por el profesor de la Universidad de Bolonia, Antonio Cicu, quien asevera que la familia se representa como un agregado de la formación natural necesaria, que si bien es anterior al Estado y predomina sobre él, cuenta con una estructura similar a la del Estado, precisamente tomando en consideración que en el estado hay una relación de independencia entre los individuos y subordinación de ellos al poder soberano, fenómeno que de igual forma se observa en familia pues también hay un vínculo recíproco de interdependencia personal entre sus miembros y subordinación de todos ellos a un fin superior, con asignación de funciones que son ejercidas por aquellos miembros a quienes la ley se las confiere. No obstante dicha postura ha sido rechazada bajo el argumento de que considerar a la familia con un organismo familia nos conduciría a la separar las cualidades

¹⁰ MÉNDEZ COSTE, Maria Josefa. Derecho de la Familia, Tomo I, 1ª edición Rubinzal-Culzoni editores, Argentina 1982, pág. 31

de la familia y a una deshumanización de los poderes familiares, lo cual a todas luces resultaría errado al tratarse de una realidad tan concreta y tangible como la familia.¹¹

♠ **La familia como una institución.**- Esta teoría como lo señala Maria Josefa Méndez Coste resulta ser la mas aceptada y difundida y se encuentra representada por Díaz De Guijarro, Spota, Manzzinghi, Borda, dicha teoría considera a la familia como una Institución Social basada en la naturaleza, pues está determinada por imperiosas e inmutables fuerzas naturales que la propia ley no puede desconocer sin grave violación del derecho natural. Siendo que en este sentido el concepto de Institución debe ser entendido en su acepción sociológica, es decir considerando que la institución es una manera organizada, regular, formal y definida de realizar una actividad y siempre que exista una institución se halla también una asociación -cuya función es desarrollar una actividad institucionalizada. La familia es así la institución de que se vale la sociedad para regular la procreación y educación de los hijos y la transmisión de la propiedad entre otras cosas, pero también resulta ser un sistema de normas, que como consecuencia de su carácter institucional, recoge los datos que el orden natural proporciona, organiza normativa y sistemáticamente la realidad familiar creando como instituciones jurídicas, el matrimonio, y la filiación.

De esta forma podemos entender que la familia es una agrupación natural por excelencia, pero además constituye un grupo con base psicológicas, económicas, religiosas y políticas, al hablar del aspecto natural se debe entender que nos referimos a los vinculos biológicos, que en gran medida determinaron su formación en los tiempos primitivos y que indudablemente influyen aún en el acercamiento de la pareja que da principio a toda organización. Pero al ir evolucionado y perfeccionando sus sentimientos, el hombre da a su unión un contenido espiritual y psicológico que le confiere su trascendencia y jerarquía y que determina su permanencia. La religión, las

¹¹ MENDEZ COSTE, Maria Josefa. Ob. cit. pág 33.

costumbres y la moral, influyen también de manera decisiva en este ámbito. La familia es un organismo, ético mas que jurídico y de esta disciplina y los preceptos esenciales que tienen de punto de partida la ley, la cual suele incorporárselos transformándolos en preceptos jurídicos, esto trae como consecuencia un fenómeno característico del derecho de la familia, que radica en la observancia de preceptos no legislados pero si reconocidos por usos y costumbres. Sus disposiciones surgen muchas veces de la realidad social; el estado surge para fortalecer los vínculos garantizando la seguridad y estabilidad de las relaciones y dirigir y disciplinar el conjunto del complejo familiar.

Y si la naturaleza jurídica de la familia es considerada como una Institución resulta conveniente determinar que se entiende como Instituciones "aquellas entidades que se encuentran por encima de la voluntad de sus miembros y aún de la misma ley, ya que esta última no puede desconocerlas sin violar normas elementales de derecho natural".¹²

Así pues y tomando en consideración que la familia es una sociedad natural o sea que no fue creada por el hombre ni por el estado, es anterior a todo orden jurídico y es una de las instituciones que da razón de ser al Derecho. Estado y Familia son instituciones naturales necesarias para la ordenada convivencia humana, sin que el estado haya creado a la familia, ni ésta a aquel, dado que cada uno cuenta con funciones y finalidades diferentes y aún que no se contraponen si resulta conveniente destacar que la familia tiene prioridades sobre el estado, pues los valores que persigue son superiores a los de éste, dado que, mientras el Estado busca el bien común en sus aspectos sociales y políticos, la familia pretende la felicidad integral de sus miembros, desde los niveles mas profundos de la intimidad personal hasta la preparación de todos para la vida política y social, siendo por tanto la finalidad de la familia el proveer a sus miembros de bienes corporales, espirituales, educativos, y culturales, fines superiores a cualquier meta que proponga el Estado, de ahí

¹² Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XII, Ed. Bibliográficas Omeba. S.R.L. Buenos Aires Argentina. pág. 1002.

que se deba concluir que la naturaleza de la familia resulta ser de una Institución social natural la cual se coloca bajo el imperio del derecho para su protección.¹³

La familia por tanto, debe ser considerada como una Institución, típica sumamente importante, ya que representa la base elemental de la organización de toda la sociedad, y por ello toda conducta que atente contra la felicidad integral de sus miembros debe ser castigada severamente, pero aún más si ésta conducta proviene de uno de sus miembros.

1.1.2 CARACTERÍSTICAS DE LAS RELACIONES JURÍDICO FAMILIARES.

Para poder saber cuales son las características de las relaciones jurídicas que atañen la estructura del grupo familiar, es necesario saber como ha ido evolucionando dicha Institución, a este respecto diversos autores plantean ésta evolución atendiendo la constitución, organización y disgregación de la familia, otros autores como Muller, Iyer y Borda hablan de las tres etapas por las que ha pasado la familia como son el clan, la gran familia y la pequeña familia (actual); a continuación señalaremos éstas tres últimas etapas.

La evolución de la familia se inicia, partiendo de hechos anteriores aún al hombre mismo; así vemos que entre los animales, particularmente los primates, encontramos ya ciertas relaciones de tipo familiar, aunque fundadas exclusivamente en el hecho biológico de la generación. En el grupo humano, merced a elementos culturales de diversa índole, esa vinculación familiar adquiere solidez y permanencia.

En las primitivas tribus cazadoras, la familia normalmente se constituye por un varón y una o más hembras e hijos, que se agrupan a cambio de

¹³ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano, 1ª edición, Ed. Panorama, México 1984, pág. 19.

obtener protección, ayudando en las labores propias del pastoreo y la caza. En las tribus sedentarias, ocupadas en desarrollar el cultivo agrícola, aparece ya el habitáculo (hogar) permanente, presidido por el jefe, que pretende descender de su ancestro lejano, al que se le presta veneración, y a quien estaban sujetos, quien ejercía el gobierno administraba justicia y celebraba el culto. Esta agrupación familiar era el único ámbito social organizado en donde se desenvolvía la existencia total del individuo. Clan se llamaba entre los germanos y celtas; gens, entre los romanos y griegos.

La familia entonces hace su aparición, como un grupo análogo de personas que pretenden descender de un tronco único generalmente unidas bajo la autoridad de un jefe, que suele ser el primogénito, el mayor, el elegido de entre los miembros del consorcio, o también el designado por el pater familia difunto, esto lo hayamos en todo el mundo primitivo".¹⁴

Es evidente que la familia histórica primitiva es muy amplia, porque en alguna forma realiza funciones que poco mas tarde van a realizar las autoridades de la ciudad y después el estado; porque es en sí misma una unidad completa de producción agrícola o ganadera, ya que necesita autodefenderse de otros grupos rivales, un dato que resulta curioso es que los procedimientos para entrar a la familia fueron similares a los que posteriormente se utilizarían para entrar a formar parte de la comunidad política: por nacimiento, por admisión expresa en el grupo o por matrimonio.¹⁵

Resulta claro que el aumento de la población, el instinto de sociabilidad del hombre, los matrimonios entre los miembros de los distintos clanes, las necesidades de sustento, y los factores geográficos y económicos determinaron que estas estructuras patriarcales se fueran uniendo y organizando hasta constituir el Estado a quien le transfirieron las funciones políticas.

¹⁴ BONFANTE, Pietro. Historia del Derecho Romano, Vol I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994. pág 93.

¹⁵ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La familia en el Derecho Civil Mexicano, 2a edición, Ed. Panorama, México 1991, pág 13.

Al quedar las familias integradas por el poder político del Estado, dentro del ámbito familiar subsiste, la autoridad absoluta del pater familia, quien preside una sólida comunidad compuesta por su mujer, hijos, clientes y esclavos, siendo el señor, juez y pontífice de su familia, con poder de vida y muerte sobre los miembros de su familia. Tal es la gran familia cuyo origen lo encontramos en la familia romana quien antes de la República tiende a crecer porque es la forma de conservar o aumentar poder, influencia y fortuna, los agnados que se consideran todos ellos de la familia y que no están unidos entre sí por vínculos consanguíneos son objeto de protección dentro de las Leyes Romanas.

La familia romana, era patriarcal y monogámica; es decir, el pater familia era jefe absoluto y único dueño del patrimonio familiar. El grupo de parientes constituye una unidad a la vez religiosa, política y económica, fundada en el parentesco consanguíneo por la línea paterna o en la agnación (mujer, hijos, hijos adoptivos, y aun servidores domésticos), aquí observamos que la familia romana descansa o tiene como fuente principal el matrimonio, esta Institución era sobre todo, la vida en común entre un solo hombre y una sola mujer que compartían un mismo techo con la intención de tomarse y considerarse como marido y mujer a esta intención se le denominaba *affectio maritalis*. El matrimonio se celebraba por tres vías la **confarreatio**, si los contrayentes pertenecían a la clase patricia, celebración que tenía lugar ante el Sumo Pontífice, dicho matrimonio era insoluble y aunque la ceremonia era de derecho privado se exteriorizaba y producía efectos más allá del derecho familiar, ello particularmente durante la República. **La coemptio** era el matrimonio celebrado entre los romanos no patricios y sus efectos sólo repercutían en el derecho privado, finalmente el matrimonio por **usus** sólo establecía la presunción del vínculo marital que por el hecho de la simple cohabitación entre el marido y mujer, cuando esta última no se ausentaba tres noches consecutivamente del domicilio conyugal.¹⁶

¹⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit. pág .452.

De esta forma observamos que como el matrimonio romano por cualquiera de sus tres formas, no consistía en el acto solemne o no solemne que celebraban sino en la vida en común, consuetudinaria, constante y permanente de compartir un mismo techo de someterse a una sola deidad. Así pues los elementos característicos se ven reflejados en la **cohabitación e intención marital**.

Ya en últimos siglos de la república la familia romana quedó configurada como una comunidad que convivía bajo la autoridad del pater familias y que comprendía a la esposa, los hijos, los cónyuges y descendientes de los hijos varones, (las niñas al casarse pasaba a pertenecer a la familia de sus esposos) los adoptados, los esclavos y en general a toda la persona que estuviera sujeta a la potestad del padre, así pues la familia romana se cimentaba sobre la Agnación o sea los vínculos civiles de potestad paterna. Sin embargo después comienza a destacar la Cognación (parentesco consanguíneo) hasta imponerse durante la época de la Legislación Imperial, es Justiniano a quien a través de sus Novelas, hace prevalecer la cognación en el concepto de la familia.¹⁷

De esta forma observamos como la familia cedió sus funciones políticas a las autoridades municipales, las cuales fueron sustituyendo paulatinamente algunas de las funciones que de las que realizaban originalmente aquellas. Esto contribuyó a ir reduciendo el número de personas integrantes de la familia para dar mayor importancia al parentesco consanguíneo.

Tal fue el sistema de la gran familia, o familia patriarcal, dotado de una sólida estabilidad estructural, que tuvo vigencia durante la Edad Media y hasta la época en que se produce la Revolución Industrial a fines del siglo XVIII.

Sin embargo como consecuencia del proceso de industrialización y urbanización que operó en los siglos XVIII y XIX precisamente con la

¹⁷ SOHM, Rodolfo. Instituciones de Derecho Romano, Historia y Sistema, 1ª edición, Ed. Graficas Panamericanos S de R L, México 1951, pág. 280.

industrialización se produjo una corriente migratoria del campo a la ciudad y la concentración de la mano de obra en torno a las manufacturas, circunstancia que fue separando a un número cada vez mayor de individuos y núcleos conyugales de sus respectivas familias-estirpes. La antigua producción doméstica, que hacía de la familia una especie de grupo cooperativo que trabajaba y explotaba en común el patrimonio familiar, cede el puesto a la organización industrial y comercial. Las funciones económicas, en adelante, son asumidas por los comerciantes, las empresas capitalistas y el Estado. La familia ya no es la fuente de recursos económicos ni el lugar permanente de trabajo, ni tampoco el nacimiento de un hijo supone ya la aportación de una nueva fuerza de trabajo a la empresa común. Los miembros de la familia han de trabajar fuera del hogar, incluso la esposa también debe abandonar el recinto hogareño a fin de allegar recursos para el sustento común. La división del trabajo y su especialización provoca la dispersión profesional de la familia, facilitada por los modernos medios de comunicación. El fuerte impacto que el progreso técnico, la urbanización y el gran comercio produce en la antigua estructura familiar tiene por consecuencia disminuir la extensión, la cohesión y la estabilidad de la familia, y además de eliminarla como unidad de producción, reducida y dispersa, ya no logra tampoco cumplir su función asistencial a favor de sus miembros ancianos, enfermos o inválidos, y por ello nace la previsión social.

El desarrollo económico y cultural determinó también que la mujer trabajara fuera de su hogar y por tanto ejerciera las más diversas profesiones, circunstancia todas ellas que propiciaron que ésta ya no estuviera sometida a la autoridad marital; y por tanto conquistara la igualdad jurídica con el hombre y por tanto compartiera con él la autoridad en la familia. Todo ello, pero fundamentalmente las circunstancias económicas fueron las que determinaron la transformación gradual de la familia patriarcal, la gran familia, numerosa, autoritaria y estable, en la familia moderna, pequeña, nuclear, igualitaria e inestable, que resulta más funcional, más acorde con las condiciones

económicas y culturales de una compleja civilización técnica, industrial y urbana.¹⁸

Como se puede observar, el concepto de familia se fue reduciendo con el tiempo y aunque sigue existiendo pueblos en los cuales la familia se extiende a personas que no están vinculadas entre sí por parentesco, podemos afirmar que actualmente la familia comprende solo a los cónyuges y los hijos, y otros consanguíneos cercanos como lo pueden ser los abuelos y tíos.¹⁹

Una vez reseñada la evolución de la familia, se advierte que los integrantes de la familia, es decir las personas que en cualquier época se han considerado parte de una familia son: aquellos que están sometidos a una misma potestad, que viven bajo un mismo techo, y cuyos vínculos afectivos, descienden de un tronco común, empero como hemos observado el factor económico sin ser determinante, influye en la amplitud del núcleo familiar, por tanto y pese a existir los elementos anteriormente señalados el núcleo de la familia estará constituido por los parientes próximos que conviven y además que tienen cierta estabilidad en la convivencia.

Es evidente que en el núcleo familiar, aún en sus distintas etapas siempre sobresale la existencia natural de derechos y obligaciones, mismo que son de aplicación interna, pero que al tratar de ser reguladas por el Estado se convirtieron en conjuntos de deberes, derechos y obligaciones de las personas que integran la familia a las cuales se les denominó relaciones jurídico familiares.

Así tenemos que, una de las características de las relaciones jurídico-familiares la constituye el hecho de que tanto los derechos, obligaciones y deberes son **recíprocos**, es decir que tienen idéntico contenido tanto en uno como en otro de los sujetos y lo que en uno es derecho en el otro es obligación

¹⁸ MENDEZ COSTE, María Josefa. Ob. cit. pág.16.

¹⁹ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. Ob. cit. pág 15.

con el mismo contenido, de esta forma el obligado a su vez exige lo mismo a quien está obligado a dar.

Otra de las características de las relaciones jurídico-familiares es que: "el derecho que nace de éstas siempre se ejercita **en interés del sometido**, y no en interés del titular de dicha potestad, es decir, no son derechos subjetivos de interés del titular, sino son funciones, oficios para cuidar y atender el interés familiar".²⁰

Por otro lado, observamos que las relaciones jurídico-familiares generan una limitación de la autonomía de la voluntad, frente a las relaciones patrimoniales, pues muchas de las normas resultan ser imperativas, inderogables, obligatorias para los titulares y para los sometidos y por ende cuenta con una gran **rigidez**, ya que mucho de los derechos-deberes son irrenunciables, intransferibles, y se deben ejercitar personalmente.

La Institución familiar resulta ser **de interés público**, pero no por ello pertenecen al Derecho Público ya que es evidentemente que forma parte del derecho privado, sin embargo por el **interés público** que llevan en sí misma hace que esta Institución deba ser organizada por el Estado, única y exclusivamente a fin de que el Estado vele que derechos y deberes no sean modificados por los interesados, y que no puedan renunciar a sus derecho, a menos que las renunciaciones beneficien al Estado, que no sean negociables, que no prescriban. De ahí que no se deba confundir el interés público que tiene la mayor parte de las relaciones familiares, con el concepto de derecho público que atañe a las relaciones del Estado con sus súbditos.

Las disposiciones legales aplicables a la familia, no tienen como finalidad proteger el interés del individuo considerado aisladamente, sino como miembro del grupo familiar, pero evidente que tampoco pueden identificarse los fines

²⁰ Idem. pág 28.

propios del Estado, aunque no se opongan, con los fines y las necesidades que tienden a llenar a través del grupo familiar".²¹

De esta forma se puede observar que las relaciones jurídico-familiares (conyugal, paterno filial y de parentesco colateral de origen consanguíneo o simplemente de naturaleza legal) establecen vínculos entre los componentes del grupo familiar, de diverso orden de intensidad, (ya sea de carácter sentimental, morales, jurídicos, económicos y de auxilio o ayuda recíproca) que no permanecen ajenos al derecho objetivo sino por el contrario, se afina reafirma y consolida, asignando a dichos vínculos el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos que se manifiestan en su naturaleza especial y presentan caracteres fundamentales distintos en muchos aspectos a otras relaciones jurídicas.²²

De ahí, que resulte reprochable la comisión de conductas ilícitas por parte de una persona en contra de un miembro de la propia familia, ya que no sólo vulnera una norma penal, sino también olvida una obligación intrínseca que tiene por el simple hecho de pertenecer a una familia.

1.2.- PARENTESCO.-

En los incisos anteriores señalamos que la familia se integra por las personas que se encuentran vinculadas por lazos de parentesco, sin embargo debemos establecer que se entiende por parentesco y donde podemos ubicar a la figura del tío como parte integrante de la familia.

Etimológicamente la palabra parentesco proviene del Provenzal parentesc "parentesco", originalmente "parentela, conjunto de parientes", procedente de parentes, de igual significado, el cual viene a su vez del latín

²¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, De la Familia, Tomo II, 7ª edición, Ed. Porrúa, México 1987, pág. 457.

²² GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit. pág. 447.

parentes (plural de parens,-tis) "el padre y la madre", y en baja época, sobre todo en el lenguaje familiar "personas de la misma familia".²³

El Jurisconsulto Rafael De Pina Vara define al parentesco (de pariente, y este a su vez del latín parens-entis) como: "el vínculo existente entre las personas que descienden unas de otras o de un progenitor común".²⁴

En un lenguaje común, se dice que son parientes aquellas personas que forman parte de un núcleo familiar; en tanto que los estudiosos de la materia advierten que el parentesco es: "la relación que existe entre dos personas de las cuales desciende de otra o ambas de un autor, tronco común o progenitor común, así pues tenemos que para Civilista Marcel Planiol citado por Jorge Magallon Ibarra, en su obra Instituciones de Derecho Civil "el parentesco es la relación que existe entre dos personas de las cuales una desciende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de un autor común, como dos hermanos, los primos."²⁵

Por su parte, el jurista Rafael De Pina define al parentesco como "el vínculo jurídico que liga a varias personas entre sí, bien por proceder unas de otras, bien por creación de la ley, especificando que en el primer caso se le denomina parentesco natural, y en el segundo caso legal, pudiendo ser parentesco sencillo y doble, según que los parientes lo sean por una o por varios conceptos".²⁶

El maestro Ignacio Galindo Garfias indica que el parentesco es: "el nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado siendo

²³ J. COUTURE, Eduardo. Vocabulario Jurídico, 5ª edición, Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina 1993, pág. 256.

²⁴ DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, México 1992, pág. 2323.

²⁵ MAGALLON IBARRA, Jorge. Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Derecho de Familia, 1ª edición, Ed. Porrúa, México 1988 pág. 53.

²⁶ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. I, 16ª edición, Ed. Porrúa México 1999, pág. 304.

por tanto que los sujetos de esa relación, son entres sí parientes. El grupo de parientes y los cónyuges constituyen la familia.”²⁷

En este sentido observamos que el parentesco tiene dos funciones, por un lado vincula a los miembros de la familia, pero por otro limita ese círculo familiar, dado que los derechos y deberes que se originan entre éstos parientes parten de un supuesto previo: la existencia del parentesco, el cual resulta ser la adscripción de una persona a una familia.

El Jurista Antonio De Ibarrola llama parentesco “al lazo existente entre personas que proceden una de otra o tienen un autor común o el establecido por la ley civil o canónica por analogía con los anteriores; o dicho de otro modo, es el lazo permanente que existe entre dos o más personas por razón de tener una misma sangre, o de un acto que imita al del engendramiento y cuya similitud con éste se haya reconocida por la ley”²⁸

De los anteriores conceptos, se puede advertir que la mayoría de los autores consideran que el parentesco es una relación, vinculo, nexo, lazo jurídico que existe entre personas, ya sea por consanguinidad, afinidad o civil, y excepcionalmente canónico o espiritual, sin embargo en Nuestra Legislación Civil solo se reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil tal y como se observa en el numeral 292 del Código Civil vigente para el Distrito Federal. Resulta importante señalar que gracias a las últimas reformas, el parentesco por afinidad ha sido equiparado al parentesco consanguíneo y por tanto éste no solo abarca los lazos existentes entre personas que proceden una de otra o tienen un autor común, es decir lazos permanentes que existen entre dos o mas personas por razón de tener una misma sangre, sino también de un acto que imita al del engendramiento y cuya similitud con este se haya reconocido por la ley.

²⁷ GALINDO GARFIAS. Ignacio, Ob. cit. pág. 465.

²⁸ DE IBARROLA, Antonio. Derecho de la Familia, 2ª edición, Ed. Porrúa, México 1981. pág. 107.

1.2.1 TIPOS DE PARENTESCO.-

Las normas sobre el parentesco establecen diversas especies de parentesco: el consanguíneo, por afinidad y el civil. Desprendiéndose que se logra establecer el lazo de parentesco por tres medios como lo son: por el hecho biológico de la generación en donde el derecho solo se reconoce hasta el cuarto grado en línea colateral (hermanos, tíos, sobrinos, primos) sin limitación alguna en línea ascendente (padres, hijos, nietos, etc), por afinidad y por adopción.²⁹

A).-Parentesco consanguíneo: “Es la relación jurídica que surge entre personas que descienden unas de otras.”³⁰

El maestro Jorge Magallon Ibarra define al parentesco consanguíneo como “el que se constituye por lazos de sangre, en él, la transmisión de la vida y consecuentemente la sangre va a determinar una comunidad de vida, ésta es el resultado de la vinculación entre padres e hijos, ampliándose a abuelos y nietos, es decir, es el resultado de la vinculación entre padres e hijos, teniendo la posibilidad de ampliarse a los abuelos y nietos o entre hermanos y primos”.³¹

Las personas que descienden de un tronco común, reconocen y se identifican entre sí a través de la identidad de la sangre. Este parentesco deriva exclusivamente de un hecho natural; la paternidad y la maternidad. Así tenemos que a la relación existente entre padres e hijos se le denomina **filiación**, anteriormente el parentesco derivado de la procreación no exigía valoración jurídica, sin embargo con los avances de la ciencia puede darse el caso que su comprobación sea necesaria.

²⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit. pág 460.

³⁰ Diccionario Jurídico Mexicano. Vol. IV, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2ª edición, Ed. Porrúa 1988 pág. 2323.

³¹ MAGALLON IBARRA, Jorge. Instituciones de Derecho Civil, Tomo III Derecho de Familia, 1ª edición, Ed. Porrúa México 1988 pág 53.

El parentesco puede ser bilateral, si procede del mismo padre y de la misma madre, es unilateral si solo es común del padre o de la madre. Por el origen el parentesco puede surgir por "**cognación o por agnación**".³²

La cognación, o parentesco por ambas líneas, es decir, por la materna y por la paterna es el que existe entre las personas unidas entre sí por el nacimiento y la procreación, dicho parentesco estaba basado básicamente en la comunidad de la sangre, siendo su origen natural, no jurídico sin que el mismo pueda crearse artificialmente.

Efectivamente la cognación en el derecho romano también se le denominaba parentesco natural y resultaba entre los romanos del hecho natural de la generación, dado que derivaba de un hecho natural, es decir del nacimiento por ende se establecía una relación de descendencia entre el padre, la madre y su hijo.

Y tomando en consideración la organización patriarcal de la familia romana aparte de la cognación que solo servía para señalar un hecho biológico de la paternidad y maternidad, el parentesco también se podía establecer mediante la **agnación**.

Así tenemos que la agnación en Roma era un lazo que unía fuertemente a la autoridad del pater familias, centro de desarrollo de la familia romana. A través de la agnación se constituía el parentesco por vía de varones únicamente, aludía a los descendientes varones de un pater familia común que se hallaban colocados bajo la autoridad de éste o que se encontrarían bajo esa sumisión si el jefe del grupo familiar viviese.

³² DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. I, 16ª edición, Ed. Porrúa, México 1999 pág 304.

La agnación excluía la existencia de todo parentesco entre dos hermanos "uterinos" hijos de una misma madre, pero de distinto padre; en cambio los hermanos de madre distinta y de un mismo padre son agnados. La agnación no supone la existencia de un vínculo de la sangre entre los parientes.

Actualmente el lazo de parentesco se establece bajo el régimen cognaticio y agnación, la filiación se establece en forma mixta, es decir, tomando en cuenta tanto al padre como a la madre.

En el Código Civil vigente para el Distrito Federal en su ordinal **293** (actualmente reformado 06 de septiembre del 2004) nos define al parentesco consanguíneo como: "el vínculo entre personas que descienden de un tronco común. También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuge o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores".³³

Resulta significativo señalar que actualmente se reconoce la existencia de un parentesco consanguíneo y se considera como tal el surgido entre el hijo producto de una reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para así atribuirles el carácter de progenitor o progenitores, pero aún más se equipara la adopción al parentesco consanguíneo señalando que: "en el caso de la adopción, se equiparara al parentesco por consanguinidad aquel que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquel como si el adoptado fuera hijo consanguíneo"³⁴.

Ello origina, que si bien, anteriormente la adopción daba nacimiento al parentesco civil en donde solo existía una relación paterno filial entre el adoptante y el adoptado, ahora dicho vínculo se extiende ya no solo entre ellos,

³³ Código Civil para el Distrito Federal. 3ª edición, Ed. GMG, México 2005. pág. 45.

³⁴ Idem. pág 46.

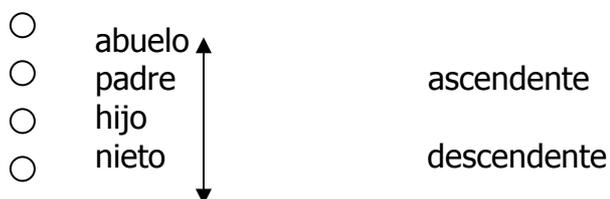
sino ahora también entre los parientes del adoptante y los descendientes de adoptado dándole así un trato de un hijo consanguíneo.

La línea de parentesco se encuentra constituida por la serie de grados los cuales a su vez se integran por cada generación, ésta línea puede ser recta o transversal, y ascendente o descendente.

Antes de explicar en que consiste cada línea de parentesco resulta conveniente distinguir que se entiende por grado, línea o rama, y tronco para de esta forma comprender fácilmente el sistema de computo; así tenemos que "el **tronco** es aquella persona de la cual proceden los demás consanguíneos y en la que se unen; **la línea o rama** es la medida o distancia entre las personas de la misma línea o generación que se interpone entre ella, es decir cuando un pariente desciende de otro se forma lo que es **un grado** el cual resulta ser la generación que separa a un pariente de otro".³⁵

La línea es la serie de grados, ésta a su vez puede ser **recta y colateral o transversal**.

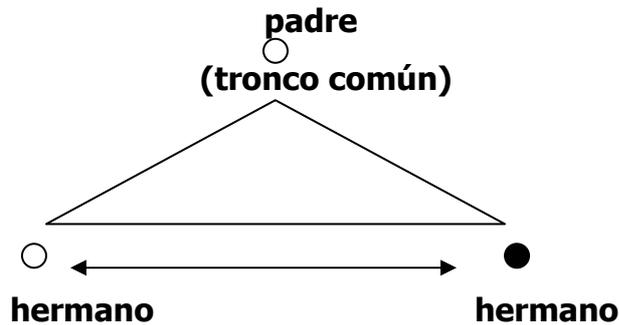
Línea recta se compone de la serie de grados entre las personas que descienden unas de otras; y puede ser **ascendente y descendente**, de tal forma que ésta línea liga al progenitor con los que de él proceden, este parentesco se representa por medio de la liga que une a los parientes con otros, sin importar el número de los intermediarios, por ejemplo:



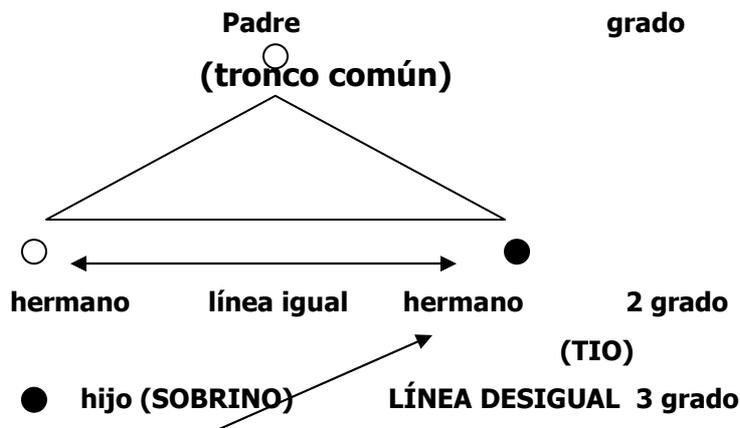
Línea colateral o transversal se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común, es decir une a dos parientes que descienden de un autor o tronco común, esta puede ser **igual o desigual** su representación gráfica forma un

³⁵ DE IBARROLA, Antonio. Ob. cit. pág 111.

ángulo los parientes ocupan el extremo inferior de los lados, y el tronco común es colocado en el vértice".³⁶



Las **líneas iguales** se dan precisamente cuando el parentesco es colateral pero de una misma generación así podemos ver que entre dos hermanos existe un parentesco colateral igual, sin embargo el nexo que existe entre el tío y el sobrino a pesar de existir un parentesco transversal ésta línea no es igual, sino **desigual** porque sus integrantes pertenecen a diferentes generaciones.



Coligiéndose de lo anterior, que los parientes colaterales no se hallan en la misma línea sino que ellos forman su propia línea la cual comenzó a separarse desde el tronco común, el cual representa el punto en el que tuvo lugar la bifurcación*; las dos líneas siguen lado a lado y es lo que explica la expresión colateral: cada uno de los parientes se encuentra, en relación con el otro en una línea paralela a la suya, collateralis.

³⁶ Idem. Pág. 109.

*lugar en que un camino se divide en dos.

Como se pudo observar, es aquí, dentro del parentesco consanguíneo en donde encontramos la ubicación del tío para más exacta dentro de la línea colateral desigual.

Desprendiéndose de esta manera que cada generación forma una grado y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco. Las líneas de parentesco pueden ser calificadas en distintas formas como ya lo señalamos se habla de líneas ascendentes, según se remonte o se siga la serie de generaciones, pero también se habla de línea paterna o de línea materna ello precisamente atendiendo a que se tome como punto de partida la línea ascendente al padre o a la madre.

A efecto de realizar el sistema de computo tanto del parentesco en línea recta o colateral debe indicarse que para ello existen dos sistemas de computo: "el sistema civil o romano y el canónico o germánico."³⁷

Sistema civil o romano.- Para este sistema la línea recta se cuenta tanto grados como número de generaciones, o sea, tantos como personas **menos una** (el tronco común), por ejemplo:

- padre (tronco común se elimina)
- hijo solo hay un grado

En tanto que en la línea colateral o transversal se cuenta el número de generaciones desde uno de los parientes hasta el tronco común sin contar éste y luego bajando hasta llegar al otro pariente, por ello entre el TIO (a) y el sobrino (a) hay tres grados



³⁷ DE IBARROLA, Antonio. Ob. cit. pág. 105.

Sistema canónico o germánico.- En la línea recta se cuenta tantos grados como generaciones o sea, tantos como personas quitando el tronco. En la línea colateral, solo se hace el computo de una línea, la mas larga si son desiguales (entre tío y sobrino hay dos grados) o cuales quiera de ellas en otro caso (los primos hermanos distan entre si dos grados).

Cabe destacar que nuestra legislación civil acoge el sistema civil o romano tal y como se observa en los artículos 296 al 300 en donde se establecen los grados de parentesco y las bases para su computo aduciendo en primer término que se debe entender por línea de parentesco:

Art. 296.-Cada generación forma un grado y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco.

Art.-297.- La línea es recta o transversal, **la recta** se compone de las serie de grados entre personas que descienden unas de otras, **la transversal** se compone de la serie de la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras, proceden de un progenitor tronco común.

Art.- 298.- La línea es ascendente o descendente:

I.- **Ascendente:** es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede.

II.- **Descendente:** es la que liga al progenitor con lo que de él proceden.

La misma línea recta es ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atienda.

Art. 299.- En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones por el de las personas, excluyendo al progenitor.

Art. 300.- En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones o por el de las personas, excluyendo al progenitor.

Una vez establecido lo anterior, cabe resaltar que el legislador a través de tiempo ha ido ampliando el concepto de parentesco consanguíneo, a fin de proteger a los integrantes de la familia, tomando en cuenta los avances de la ciencia, en específico el nacimiento a través de una reproducción asistida, el

vinculo que nace de esta figura se esta equiparando al consanguíneo. Lo mismo ocurre con la adopción figura que anteriormente solo tenía consecuencias jurídicas entre el adoptante y adoptado sin embargo resulta claro que dicha relación parental es equiparable a un parentesco puramente sanguíneo y por tanto debe tener las mismas consecuencias que este como más adelante se observara.

Ahora bien observemos en que consiste el parentesco por afinidad:

B).- Parentesco por afinidad: Etimológicamente significa una relación de proximidad, de vecindad, sentido que se empleo precisamente dentro del derecho romano, sin embargo dentro del derecho de personas y de familia entró como un término técnico para determinar la relación de un esposo con los consanguíneos del otro, relación fundada en un matrimonio jurídicamente valido con el cual nacía y terminaba aunque persistiera como impedimento.

Gramáticamente la palabra afinidad significa: "analogía o semejanza de una cosa con otra, es decir tomando en cuenta que este tipo de parentesco se origina por el matrimonio entonces será el que se establece entre el cónyuge y los consanguíneos de su cónyuge, es decir, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón, de tal manera, la mujer que contrae matrimonio se convierte en hija por afinidad del padre y de la madre de su esposo, hermana de sus hermanos etc. y viceversa, de ahí que se considere que dos esposos forman ya un solo ser, en forma tal que todo el parentesco de cada uno de ellos se convierte por efecto del matrimonio en común, semejante precisamente por afinidad".³⁸

Este tipo de parentesco admite los mismos grados y líneas que el consanguíneo y se mide en la misma forma. Y se aplica también con el segundo o ulterior cónyuge de su ascendiente es decir madrastra o padrastro; ahora bien entre cónyuges de hermanos (concuños) el parentesco resulta inexistente.

³⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob cit. pág. 471.

Advirtiéndose de esta forma que entre marido y mujer no existe parentesco alguno en razón del matrimonio, sino que ellos solo son fundadores de una familia, aunque no procreen.

Observando pues, que este tipo de parentesco en el lenguaje común es denominado parentesco político, el cual nacía únicamente del matrimonio, por tanto era lógico pensar que a través del concubinato no se engendraba parentesco alguno, sin embargo es importante destacar que actualmente la ley ya reconoce la existencia de un parentesco nacido a través del concubinato entre la mujer y el hombre y sus respectivos parientes, de lo que se colige que el origen del parentesco por afinidad no solo nace del matrimonio sino que actualmente también lo origina el concubinato situación que se ve plasmada en nuestro Código Civil en su artículo 294 el cual señala que se debe entender por parentesco de afinidad "es el que se adquiere por matrimonio o concubinato entre el hombre y la mujer y su parientes consanguíneos."

Es importante matizar que, actualmente y a fin de proteger el núcleo familiar, nuestra ley ha implementado una serie de reformas en donde se equiparan figuras tal y como ocurrió en el parentesco consanguíneo al equiparlo con la adopción y por otro lado el hecho de equiparar el concubinato con el matrimonio a efecto de extender el lazo parental entre el concubino o concubina y sus parientes consanguíneos, situación que resulta desde nuestro punto de vista correcto dado que en estricto sentido dentro de ambas figuras se crean derecho y obligaciones inherentes como en una familia por tanto resulta valido reconocer la existencia de un parentesco también entre los parientes del concubino con los parientes de la concubina y viceversa, de ahí que resulte conveniente sancionar severamente a aquellas personas que cometen ilícitos en contra de alguno de los integrantes de su propia familia, ya que no es posible permitir que mientras los legisladores busquen a toda costa la protección del núcleo familiar, algún integrante de la propia familia (tío) se atreva a vulnerar los bienes jurídicos de sus consanguíneos (sobrinos) y mas aún si son de índole sexual.

Finalmente tenemos el parentesco civil, mismo que como ya se indico surtirá los mismos efectos que el parentesco consanguíneo, pero veamos como surge el mismo.

C) Parentesco civil: “es la relación jurídica que se establece entre el adoptante y el adoptado, a este parentesco se le llama civil dado que resulta ser una creación del derecho, con independencia de la consanguinidad”.³⁹

La adopción como un instrumento jurídico tiene su origen en el derecho romano siendo que desempeña una función de amplia trascendencia social en lo que respecta a la formación y educación de los menores e incapacitados desvalidos, dicha Institución había sido abandonada por varios siglos después de la caída del Imperio Romano, fue establecida nuevamente, aunque con efectos limitados por el Código Civil Francés de 1804. En la Legislación Francesa y a partir del Código de la Familia 1939 reformado por la Ley de 8 de agosto de 1941 se implemento una figura jurídica denominada “legitimación adoptiva”, la cual buscaba superar las deficiencias que en la practica tenía la Institución de la adopción, todavía a fines del siglo XX dichas deficiencias se venían presentando, así tenemos que anteriormente la ley establecía que la relación de parentesco solo existía entre él o los adoptantes y la persona del adoptado, sin embargo actualmente en nuestro Código Civil se han plasmado diversas reformas que tratan de subsanar las enormes deficiencias que presentaba dicha figura y todo en aras de brindarle una protección al núcleo familiar tales como las estatuidas en los ordinales 295 en concordancia al 293 del ordenamiento anteriormente citado, en donde se establece que: en el caso de la adopción se equipara al parentesco consanguíneo”, creándose de esta forma lazos de parentesco con los parientes del adoptante como si fuera hijo consanguíneo, entrando así a la familia de quien lo adoptó, estando así pues en presencia de una adopción plena tal y como lo contemplan otras legislaciones, avance que

³⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano, Vol. IV, 2ª edición, Ed. Porrúa. México 1988 pág. 2323.

deja entre ver la importancia que el Estado le ha venido confiriendo a la Institución de la familia.

1.2.2 EFECTOS DEL PARENTESCO.

A).- Efecto del parentesco consanguíneo y civil.-Antes de analizar cuales son los efectos que produce el parentesco consanguíneo, es conveniente indicar que anteriormente cada relación de parentesco (consanguíneo, por afinidad y civil) producía sus propios efectos, sin embargo como consecuencia de las recientes reformas al Código Civil en materia de parentesco, se ha equiparado la institución de la adopción (parentesco civil) con el parentesco consanguíneo, lo que trajo como consecuencia que sus efectos sean los mismos tal y como a continuación se observará, por tanto al señalar los efectos del parentesco consanguíneo se estará abarcando de igual forma los efectos del parentesco civil.

Así pues, los efectos que producen estos tipos de parentesco (consanguíneo y civil) recaen en impedimentos, obligaciones y derechos en materia civil tales como:

1) Resulta ser un impedimento para contraer matrimonio entre los parientes según lo establece la fracción III del artículo 156 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, el parentesco de consanguinidad legítima o natural sin limitación de grado en línea recta ascendente o descendente es un impedimento de matrimonio el cual no puede ser dispensado.

También produce impedimento de matrimonio el parentesco consanguíneo colateral entre hermanos y medios hermanos mismo que no puede ser dispensado. En el parentesco colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a tíos y sobrinos y éste si puede ser dispensado.

Y por lo que hace al parentesco civil la fracción XII del artículo 156 del citado ordenamiento civil establece: "el parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados por el artículo 410-D"

Además en el artículo 157 se establece que: "bajo el régimen de adopción, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes"; percibiendo que anteriormente indicaba que dicho impedimento era solo en tanto duraba el lazo jurídico resultante de la adopción sin embargo actualmente y en virtud de la equiparación que ha realizado el legislador ese impedimento es definitivo.

b) El parentesco consanguíneo produce también entre los parientes la obligación de darse alimentos en los términos de los artículos 303 a 307 del Código Civil o sea los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos y a falta de los padres los demás ascendientes por ambas líneas. A su vez los hijos están obligados a dar alimentos a sus padres y a falta o por imposibilidad de los hijos lo están los descendientes más próximos en grado. Sólo a falta de todos los anteriores la obligación de dar alimentos recae sobre los hermanos de padre y madre, en defecto de éstos a los que fueren de madre solamente y en defecto de ellos a los que fueren sólo de padre. En defecto de todos los anteriores la obligación de los alimentos caería sobre los demás parientes colaterales consanguíneos estando primeramente obligados los más próximos en grado.

Y por lo que hace al parentesco civil se hace la aclaración en el numeral 307 de Ordenamiento Civil multialudido que: "el adoptante y el adoptado tienen la obligación de darse alimentos en los casos en que la tienen los padres y los hijos".

c).--Otro efecto del parentesco consanguíneo es el derecho a la sucesión legítima según lo establece el artículo 1602 del Código Civil en donde se establece tienen derecho a heredar por sucesión legítima: I.- los descendientes,

cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso requisitos señalados por el artículo 1635 son llamados a la sucesión legítima los parientes consanguíneos más próximos y sólo a falta o por exclusión de éstos se llamará a los de grado más lejanos. No hay derecho a la sucesión legítima cuando existe testamento. En este caso los parientes consanguíneos sólo tendrían derecho a las reducidas pensiones que señala el artículo 1368 del Código Civil: el testador debe siempre dejar una pensión alimenticia a las personas que en ese artículo se mencionan y que son los parientes consanguíneos más cercanos para el caso de que no tengan bienes o si teniéndolos, su producto no iguala a la pensión que debía de corresponderles según la disposición citada.

En relación con la sucesión legítima dentro del parentesco civil, ésta puede darse entre adoptante y adoptado según lo establece el artículo 1612 del Código Civil que señala que el hijo adoptivo hereda como cualquier otro hijo. La situación no es igual cuando se trata de la herencia del propio hijo adoptivo pues entonces el padre adoptivo sólo tiene derecho a alimentos cuando concurre con descendientes del adoptado. (Cfr. Art. 1613). Los artículos 1620 y 1621 atribuyen también efectos a la adopción que no se limitan al adoptante y al adoptado al establecer un discernimiento de la herencia diferente cuando concurren los adoptantes con ascendientes del adoptado o con el cónyuge del adoptado que evidentemente no entraron en el parentesco de adopción y que sin embargo ésta les surte efectos ya que una parte de la herencia tendrá que atribuirse a los adoptantes en el supuesto de que éstos concurren a la sucesión con otros ascendientes del adoptado o con el cónyuge de éste.

Cabe hacer la observación que pese a haberse equiparado la adopción como un parentesco consanguíneo la ley sigue hablando de una adopción simple y una plena cuando la primera ha quedado sin efecto, de ahí que resulte conveniente realizar las modificaciones correspondientes a fin de que de que los dispositivos relacionados con este tipo de parentesco sean acordes a las nuevas reformas.

B).- Efecto del parentesco por afinidad.- El parentesco por afinidad produce también un impedimento matrimonial al tenor de la fracción IV del artículo 156 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, este impedimento sólo se extiende al parentesco de afinidad en línea recta sin limitación alguna; de la interpretación de la fracción citada se deduce que el parentesco por afinidad no termina con la disolución del vínculo matrimonial anterior, por tanto se entiende que el parentesco por afinidad subsiste aún después de que se ha terminado por muerte o divorcio el vínculo anterior.

En el parentesco por afinidad no da derecho a ningún tipo de alimentos ni tampoco a sucesión legítima según lo establece en relación con este último tema el artículo 1603 del Código Civil.

Este parentesco produce además una serie de incompatibilidades entre los parientes, pues la ley supone que tienen intereses comunes, o que son en ocasiones interpósitas personas entre sí y prohíbe por tanto determinados actos a una persona, extendiendo dicha prohibición a sus parientes. Así, el Art. 1323 del Código Civil prohíbe heredar por presunción contraria a la libertad del testador al médico que le atiende en su última enfermedad, incluyendo en esa prohibición al cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del facultativo; igual prohibición hay para el notario que autorice el testamento y sus parientes (Art. 1324) y para los ministros del culto y sus parientes (Art. 1325).

Por presuponer intereses comunes prohíben algunas leyes que las funciones de vigilancia sean ejercidas sobre parientes, y así por ejemplo, el comisario en las sociedades anónimas no puede ser pariente de los administradores (Art. 165 fracción III de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

En materia procesal en relación con los testigos en el artículo 288 del Código Civil se establece la obligación de prestar auxilio a los tribunales en la averiguación de la verdad, siendo que de dicha obligación se encuentran

excluidos los ascendientes, descendientes, cónyuges y personas que guardan secreto profesional.

La relación de parentesco produce también una presunción de parcialidad a favor del pariente y por eso los Magistrados, Jueces o Secretarios están impedidos de conocer en los casos que interesen directa o indirectamente a su cónyuge o parientes consanguíneos (Art. 170, Fracción II del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal); similar disposición existe en relación con los notarios. (Art.35 frac. III de la Ley del Notariado para el D.F.).

Es de observarse que los efectos que produce el parentesco y las cuales fueron señaladas en supralíneas recaen en su mayoría en materia civil, mercantil, procesal etc., sin embargo muchos efectos también se trasladan al ámbito penal los cuales principalmente tienen como propósito atenuar o agravar la pena, sin embargo se analizarán detenidamente dentro del cuarto capítulo.

Finalmente, se puede concluir, que la figura del tío sí forma parte del núcleo familiar, el cual nace derivado del parentesco consanguíneo de tipo colateral o transversal en línea desigual, es decir de TERCER GRADO respecto al sobrino, y que por el hecho de pertenecer a una familia debe procurar la felicidad integral de sus miembros, aunado a ello y tomando en consideración que a lo largo del presente capítulo observamos que el Estado a toda costa también busca la protección de la Familia por ser la base del Estado, es claro que cualquier conducta que cometa la figura del TÍO teniendo esa calidad y que atente contra su núcleo familiar debe ser severamente castigada, pero más aún si ésta conducta constituye un delito de índole sexual como lo serían los delitos de ABUSO SEXUAL y VIOLACIÓN.

CAPITULO II.

TEORIA DEL DELITO.

Una vez que ubicamos a la figura del tío dentro de nuestro derecho, resulta necesario analizar los elementos positivos y negativos de los delitos de Abuso Sexual y violación a fin de estar en condiciones de plantear la propuesta del presente trabajo de investigación, sin embargo antes de ello nos parece oportuno analizar de manera breve la teoría del delito, (el delito y sus elementos) a fin de recordar algunos conceptos básicos que nos facilitarán la comprensión del capítulo subsecuente.

De esta manera, iniciaremos señalando que la teoría del delito es una parte de la ciencia del derecho penal, que comprende el estudio de los elementos positivos y negativos del delito; así como sus formas y manifestaciones. "Los elementos positivos del delito configuran la existencia de éste, mientras que los elementos negativos constituirán su inexistencia; las formas de manifestación se refieren a la aparición del mismo."⁴⁰

Para el maestro español Francisco Muñoz Conde, la teoría del delito "se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado como delito."⁴¹

Mientras que para el Jurista Zaffaroni, la teoría del delito se va a encargar de estudiar las partes comunes de todo hecho delictivo con el fin de determinar si existe o no un ilícito, estas partes o elementos son la conducta la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad, la punibilidad así como sus elementos negativos ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias

⁴⁰ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito, 11ª edición, Ed. Porrúa, México 2003, pag.3.

⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito, 2ª edición, Ed. Temis S.A, 1999 pág 1.

respectivamente de todo esto con el fin de establecer cuando se le pondrá imputar un hecho delictivo a un sujeto.⁴²

A este respecto existen diversas corrientes que buscan estudiar el delito y sus elementos, sin embargo no nos adentraremos en éstas dado que dicho estudio resulta ajeno al propósito que lleva el presente trabajo de investigación, y por tanto solo nos limitaremos a señalar que entre las principales teorías que estudian el delito y sus elementos destacan las teorías de la acción como son la causalista y la finalista, las teorías de la culpabilidad y el modelo lógico, empero las mismas no se encuentran plasmadas en la ley sino que únicamente se ven reflejadas en ella.

Ahora bien, y a efecto de poder iniciar el análisis de elementos o aspectos positivos del delito resulta necesario conocer la definición del mismo para posteriormente saber como se integra, así tenemos que la palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

La concepción de delito ha ido evolucionando a través del tiempo, basta observar que, en la etapa Humanista del derecho penal las ideas de Cesar Bonnesana Márquez de Beccaria quien en su obra "De los Delitos y las Penas" marcaba la proporcionalidad del delito y la pena resultando ser el iniciador de una de las corrientes modernas del derecho penal como lo fue la Escuela Clásica, cuyo máximo exponente es Francisco Carrara, quien según refiere Octavio Alberto Orellana Wiarco definió al delito como "la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso", definición de la que destaca el considerar al delito como un ente jurídico el cual se conformaba por presupuestos y elementos que son necesarios para la integración de la figura delictiva, los

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General, 2ª edición, Ed. Cadenas Editor y Distribuidor, México 1991. pág 33.

cuales debían ser encontrados en la propia ley, que también podían desprenderse de la propia ley y en cuyo caso a falta de presupuestos o de elementos, impedían que el acto externo del hombre, que se apuntaba como delito no lo fuera.⁴³

Por otro lado, destaca la escuela positiva, quien consideraba que el delito era un fenómeno natural y social producto de factores antropológicos, sociales y físicos, según lo exponen sus máximos exponentes César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo para ellos el delincuente, al encontrarse determinado por esos factores, debía ser sujeto a medidas de seguridad y no penas, dado que en el delincuente carecía de sentido la pena con finalidad represiva, pues si no pudo obrar libremente no podía ser motivado a obrar conforme a la ley por la amenaza de la pena y si lo hacía, la pena no iba en sí misma a variar los factores que determinaron esa conducta, por ende para esta corriente el derecho penal debía tener una finalidad eminentemente preventiva.⁴⁴

Estas escuelas dieron lugar a una tercera escuela llamada Tercera Escuela o Escuela Crítica o Ecléctica misma que retoma elementos de ambas escuelas (Clásica y Positiva).

Como se puede advertir, los autores han tratado en vano de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, toda vez que el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, pues los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas han sido erigidas en delitos, sin embargo a pesar de tales dificultades si ha sido posible caracterizar al delito jurídicamente por medio de fórmulas generales determinantes de sus atributos esenciales.

⁴³ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Ob. cit. pág 5.

⁴⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal, 40ª edición, Ed. Porrúa, México 2002, pág 6.

Así pues, a efecto de saber como se encuentra integrado el delito nos debemos remontar a la primera exposición sistemática de los elementos del delito la cual se encuentra en el pensamiento del Liszt quien nos habla del acto humano, de la antijuricidad, de la culpabilidad y de la punibilidad como elementos integradores del delito. Poco después Beling aporta su concepto de la tipicidad, siendo de esta forma como algunos autores también agregan la imputabilidad y las condiciones objetivas de la punibilidad, elevando a siete los elementos del delito, por tanto el delito se fue constituyendo a base de los elementos apuntados, los cuales variaban de acuerdo al autor, siendo de esta forma como aparecen dos corrientes penalistas: La unitaria o totalizadora, y la analítica o atomizadora.

La primera corriente, negaba la posibilidad de estudiar el delito a través de sus elementos, pues sostenía que tal estudio sólo podía ser en forma unitaria. Para la teoría unitaria el delito es un todo que no admite su estudio en planos o nivel analíticos, donde toda consideración naturalista o finalista debía ser desterrada uno de los sostenedores de dicha teoría lo es el Italiano Francisco Antolisei quien consideraba que: "el delito es un todo orgánico, es un bloque monolítico el que si bien es cierto puede presentar aspectos diversos, de ningún modo es factible fraccionable".⁴⁵

Esta corriente, considera al delito como un todo, como un bloque monolítico indivisible, porque su existencia no esta en cada elemento, sino en el todo, así pues los seguidores de esta concepción identifican al delito como una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea; es decir la realidad del delito se encuentra en su intrínseca en su unidad y no se puede dividir; así pues esta posición unitaria o totalizadora es la llamada Escuela de Kiel la cual se apoyo en razones políticas.⁴⁶

⁴⁵ Idem. pág 7.

⁴⁶ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Ob. cit. pág 4.

En contraposición a la anterior corriente, se encuentra la teoría analítica o atomizadora la cual considera al delito como un todo, pero que acepta que puede ser fraccionada en elementos, para que éstos a su vez puedan ser estudiados en forma autónoma, pero sin olvidar que los mismos interrelacionan o dependen entre sí y que forman una unidad.⁴⁷

En este sentido, la corriente analítica estudia al hecho criminoso desintegrándolo en elementos, pero con una conexión entre sí que en conjunto forman la unidad del mismo. Diversos autores son los que retoman tal postura para definir al delito, entre ellos figuran los jurista Francisco Carrara, Mezger y Cuello Calón a quienes hace alusión el Doctor Fernando Castellanos Tena quienes al pronunciarse respecto al ilícito penal lo definen el primero de los mencionados como “una disonancia armónica”, el segundo como: “la acción típicamente antijurídica y culpable”, y finalmente Cuello Calón como “la acción humana antijurídica, típica culpable y punible”.⁴⁸

Otra definición del delito es la proporcionada por el Maestro Jiménez de Asúa quien lo define como: “el acto típicamente antijurídico culpable sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”; indicando que el delito debe ser estudiado bajo el siguiente esquema el cual retoma del Estudioso Guillermo Sauver: ⁴⁹

Aspectos positivos

Actividad o Conducta
 Tipicidad
 Antijuricidad
 Imputabilidad
 Culpabilidad
 Condición objetiva
 Punibilidad

Aspectos negativos

Falta de acción
 Ausencia del tipo
 Causas de justificación
 Causas de inimputabilidad
 Causas de inculpabilidad
 Falta de condición objetiva
 Excusas absolutorias

⁴⁷ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Ob. cit. pág 8.

⁴⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. cit. pág 129.

⁴⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La ley y el delito, 1ª edición en México, Ed. Hermes Sudamérica México, 1986, pág 209.

Sobre éste esquema hay quienes niegan que la imputabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad, sean elementos del delito entre figura precisamente Castellanos Tena quien para sostener tal argumento manifiesta que: por lo que hace a la imputabilidad, ésta es un presupuesto de la culpabilidad pero no un elemento, por lo que hace a la penalidad, advierte que no es un elemento dado que la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento, y que precisamente la punibilidad es ingrediente de la norma en razón de la calidad de la conducta la cual por su naturaleza típica, antijurídica y culpable amerita la imposición de una pena; en tanto que la pena es un castigo legalmente impuesto por el estado al delinciente para garantizar el orden jurídico.⁵⁰

A este respecto, el jurista Pavón Vasconcelos indica que si de acuerdo con la Teoría de la Ley Penal, la norma se integra mediante el precepto y la sanción, la punibilidad es elemento o condición esencial del delito, de otra forma la norma sin sanción deja de ser coercitiva y se transforma en precepto declarativo sin eficacia alguna. Y finalmente por lo que hace a las condiciones objetivas de punibilidad tampoco constituyen un elemento, pues solo por excepción son exigidas como condiciones para la imposición de una pena.

Como se puede observar aún dentro de esta misma corriente los especialistas no logran una hegemonía, pues mientras unos señalan un determinado número de elementos, otros los aumentan o disminuyen siendo de esta forma como ha surgido concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas, heptatómicas.

Nosotros y a fin de realizar un estudio integral en el presente trabajo de investigación retomaremos los elementos que señala el Jurisconsulto Luis Jiménez de Asúa, analizando los elementos del delito y desde una concepción analítica es decir desintegrando a éste, sin que por ello se deba negar la unidad del mismo, sino más bien al resultar un medio para determinarlo, tal y como el

⁵⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. cit. pág. 132.

Jurista Maggiore, Giuseppe, lo señalaba indicando: "el delito es un todo un conjunto lógico unitario, en el cual se puede, sin embargo, discernir idealmente lo que tiene de accidental y lo que le es esencial. Fijar las notas esenciales, los rasgos característicos e inconfundibles de ese hecho jurídico que es el delito, es oficio del criminalista".⁵¹

Jurídicamente el concepto de delito era definido dentro de la Legislación penal en el primer párrafo del artículo 7 del Código Penal de 1931, en donde se establecía que: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."⁵²

Concepto que sin duda fue marco de diversas críticas pues según algunos tratadistas el hecho de sancionar un acto con una pena no conviene a todo lo definido; había delitos que gozan de una excusa absolutoria y no por ello perdían su carácter delictuoso. Por otro lado mencionaban que no todas las conductas contempladas en la ley con una pena, deben ser consideradas delitos, pues existen diversas infracciones administrativas, que revisten el carácter de meras faltas, así como este tipo de críticas, la concepción que marcaba nuestra ley penal respecto al delito fue duramente criticada, sin embargo no fue sino hasta la reciente creación del Nuevo Código Penal el cual entró en vigor a 120 días de su publicación (12 de Noviembre del 2002) que el legislador sin especificar claramente que se trataba de la definición de delito dentro del Libro Primero Disposiciones Generales en su Título Preliminar de los Principios y Garantías Penales en su Artículo 1 (*Principio de legalidad*) establece que: "A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por **la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta**".⁵³

⁵¹ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. Vol I, 2ª edición, Ed. Temis, Bogota, 1989. pág. 269.

⁵² *Leyes para el Distrito Federal*. Ed. Sexta, México 2002, pág 107.

⁵³ *Legislación Penal para el Distrito Federal*. Ed. Sexta, México 2005. pág 33.

Definición, que viene a establecernos concretamente que para poder imponer una sanción o medida de seguridad, debe existir una acción u omisión prevista en una ley vigente al tiempo de su realización, haciendo alusión a los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley, y además contempla la dualidad o doble vía de considerar penas para sujetos por su grado de culpabilidad y medidas de seguridad a sujetos peligrosos al hablar de pena o medida de seguridad que se encuentren igualmente establecidas en ésta.

Dicha concepción nos orilla a establecer brevemente en que consisten los presupuestos del delito y distinguirlos con los elementos del delito así tenemos que algunos autores consideran que los presupuestos son circunstancias jurídicas o de hechos cuya existencia debe ser previa a la realización del delito, los cuales se pueden clasificar en generales y especiales en los primeros necesariamente debe concurrir para la configuración de cualquier delito, pues su ausencia implica la imposibilidad de integrarlo, entre estos se encuentra la norma penal, sujeto activo, el pasivo y el bien jurídico, en tanto se estima presupuestos especiales a los condicionantes de la existencia de un delito concreto y cuya ausencia puede originar la no aparición del delito, como la falta de preñez para la comisión del aborto, o la ausencia de la relación de parentesco en aquellos delitos cometido precisamente en razón de parentesco.⁵⁴

Una vez señalado lo anterior y como ya se indico para efectos del presente trabajo, explicaremos brevemente en que consisten los elementos del delito de acuerdo al sistema adoptado por el Jurista Luis Jiménez de Asúa quien considera que el delito se compone de aspectos o elementos positivos y negativos, ello con la finalidad de que en el capítulo posterior se puedan analizar específicamente los delitos de VIOLACIÓN Y ABUSO SEXUAL bajo este sistema.

⁵⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. cit. pág 134.

2.1. ASPECTOS POSITIVOS

Los aspectos positivos del delito son aquellos cuya existencia hace posible la existencia del delito así pues tenemos: ♠ Actividad o conducta, ♠ Tipicidad, ♠ Antijuricidad, ♠ Imputabilidad, ♠ Culpabilidad, ♠ Condición objetiva y ♠ Punibilidad.

2.1.1 CONDUCTA O ACTIVIDAD- Es el primer elemento básico del delito y para poder definir el mismo se han usado varias acepciones tales como: acto, acción, hecho, así pues Luis Jiménez de Asúa explica que se emplea la palabra acto, en una amplia acepción comprensiva del aspecto positivo de la acción y del negativo omisión. Y por tanto define a la conducta como "la manifestación de la voluntad que mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior o que por no hacer lo que se esperaba deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda."⁵⁵

Por su parte el maestro Eduardo López Betancour adopta el término de conducta definiendo a la misma como "el comportamiento humano voluntario positivo y negativo encaminado a un propósito". Lo que significa que solo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad respectivamente. Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito, porque tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión. Concluyendo que la conducta tiene tres elementos: 1.- Un acto positivo o negativo (acción u omisión), 2.- Un resultado de la acción y 3.- Una relación de causalidad entre el acto y el resultado.⁵⁶

1.- Un acto positivo o negativo (acción u omisión) El acto es el comportamiento humano positivo o negativo que produce un resultado. Positivo será una acción, que consiste en una actividad, en un hacer, mientras la

⁵⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob cit. pág. 210.

⁵⁶ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Ob cit. pág. 83.

omisión es una inactividad, es cuando la ley espera una conducta de un individuo y éste deja de hacerla.

Por tanto si nos remitimos a Nuestra legislación penal actual podemos observar que la misma en su artículo 15 (principio de acto) establece que: "el delito solo puede ser realizado por acción o por omisión." ⁵⁷

Delito de acción.- el acto o la acción, strictu sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. Para Cuello Calón citado por Castellanos Tena la acción en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca, y para Eugenio Florián la acción es un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación aún cuando sea ligera. ⁵⁸

La omisión (simple) en cambio, radica en abstenerse de obrar simplemente en una abstención, en dejar de hacer lo que se debe ejecutar, es decir no se realiza el movimiento corporal esperado, violándose una norma imperativa.

Según Cuello Calón a quien cita Fernando Castellanos Tena, la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado, de igual forma advierte que para Sebastián Soler el delincuente puede violar la ley sin que un solo músculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o abstención, y finalmente indica que Eusebio Gómez señala que son delitos de omisión aquellos en los que las

⁵⁷ Agenda Penal Federal 2005 y del Distrito Federal, Raúl Juárez Carro Editorial, México 2005 pág 4.

⁵⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. cit. pág 152

condiciones de donde deriva su resultado reconocen, como base determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio.⁵⁹

De lo anterior, se desprende que en los delitos de acción se hace lo prohibido, en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente. En los delitos de acción se infringe una ley prohibida y en los de omisión una dispositiva.

Así pues, se deduce que la relación de causalidad será el nexo entre la conducta y el resultado de la misma.

Ahora bien, respecto a la causalidad de los delitos de omisión entre el acto y el resultado, Eduardo Lopez Betancout continua aseverando que la doctrina se ha dividido en los que pugnan por su existencia y quienes niegan dicha relación causal. Así que, ante tales discrepancias no se debe perder de vista que el comportamiento humano voluntario del sujeto y el resultado de ese comportamiento deben estar en relación de causalidad, para hacer posible la configuración del elemento del delito, por ello debe considerarse que habrá acción cuando el sujeto realice el hecho, causa del resultado producido, por su propio esfuerzo, así como cuando se valga de fuerzas que el ponga en movimiento, o utilice para ejecutar el hecho delictivo.⁶⁰

Delito de omisión.- El elemento conducta como ya se estableció puede presentarse como acción u omisión tal y como nuestra Legislación Penal establece en el artículo 1, al señalar: "...a nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión..."⁶¹

La omisión advierte Cuello Calón citado por Eduardo López Betancour es "la inactividad voluntaria cuando existe el deber jurídico de obrar", para

⁵⁹ Idem. pág 153

⁶⁰ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Ob. cit. pág 98.

⁶¹ Agenda Penal Federal 2005 y del Distrito Federal, Raúl Juárez Carro Editorial, México 2005 pág 3

Maggiore la omisión es toda conducta humana dolosa o culposa que sin necesidad de una acción material (movimiento corpóreo) produce algún cambio en el mundo exterior.⁶²

Así tenemos que los delitos de omisión consisten en la abstención del sujeto, cuando la ley ordena la realización de un acto determinado. La omisión advierte López Betancourt resulta ser la conducta inactiva, es la manifestación de la voluntad exteriorizada pasivamente en una inactividad, para que esta omisión le interese al Derecho Penal, debe existir el deber jurídico de hacer algo, coligiéndose entonces que la omisión se integra con cuatro elementos a saber:⁶³

- ♠ La manifestación de la voluntad.
- ♠ Una conducta pasiva (inactividad)
- ♠ Deber jurídico de obrar.
- ♠ Resultado típico jurídico

La no realización de la conducta, debe ser voluntaria y no coaccionada y el sujeto produce el resultado con su inactividad, teniendo el deber jurídico de obrar, los delitos de omisión al igual que los de acción pueden lesionar bienes jurídicos o solamente ponerlos en peligro.

Existen dos clases de delitos de omisión:

1.- **omisión simple o propia.**- esta consiste en omitir la ley, violar una preceptiva sin presentar un resultado material y por tanto su resultado es meramente formal, aquí el deber jurídico de obrar, se encuentra en la norma penal, la omisión incumple mandatos de hacer establecidos en los tipos penales, sin un resultado material, sino jurídico, por tratarse de normas preceptivas dicha omisión integral delito, porque la no realización de una acción exigida por la ley, agota a los delitos de omisión.⁶⁴

⁶² MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*, Tomo I, 5ª edición, Ed. Temis, Bogota 1989, pág 354.

⁶³ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Ob. cit. pág 100

⁶⁴ Idem, pág 101.

2.- **comisión por omisión o impropio.**- se presenta cuando se realiza la omisión con un resultado prohibido por la ley, la comisión por omisión advierte Raúl Carranca y Trujillo citado por Eduardo López Betancourt se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material.

En este tipo de omisión, la manifestación de la voluntad en los delitos impropios, consiste precisamente en un no actuar y en no realizar la acción ordenada por la ley. Como ya se indico en este tipo de delitos el resultado material simplemente no se sanciona por la omisión sino el resultado producido.

Porte Petit por su parte a quien hace referencia Castellanos Tena estima como elementos de la omisión propia a:

- ♣ voluntad o no voluntad (delitos de olvido),
- ♣ inactividad y
- ♣ deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico de esta manera afirma que la omisión simple "consiste en un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico.

En tanto que en la comisión por omisión hay una doble violación de deberes; de obrar y abstenerse, y por ello se infringen dos normas; una preceptiva y otra prohibitiva. "Existe un delito de comisión por omision, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo (delito de olvido) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva.⁶⁵

De lo anterior se colige que en los delitos de simple omisión, el tipo se colma con la falta de una actividad jurídicamente ordenada sin requerir de

⁶⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. cit. pág. 154.

resultado material alguno. En cambio, en los de comisión por omisión (impropios delitos de omisión) es necesario un resultado material una mutación en el mundo exterior mediante no hacer lo que el Derecho ordena.

Existen otros tratadistas quienes consideran que en la comisión propia o simple, tal elemento es solo la conducta, en tanto en los delitos de comisión por omisión, se trata de un hecho (conducta, resultado y nexo causal). En la comisión simple solo se viola la norma que ordena, porque el agente no hace lo mandado; en la comisión por omisión se infringen dos normas, la dispositiva (que impone el deber de obrar) y la prohibitiva (que sanciona la causación del resultado material penalmente tipificado). La omisión propia solo importa el resultado jurídico; la impropia uno jurídico y otro material, sensorialmente perceptible. En los delitos de omisión simple el tipo se llena con la inactividad; en los de comisión por omisión cuando por la inactividad emerge el resultado material.

2.- Un resultado de la acción debe ser sancionado por la ley penal, es decir deberá configurar un delito descrito y penado en la ley, será intrascendente que lesione intereses jurídicos protegidos por la ley o solo los ponga en peligro según lo requiera el tipo.

El destacado Jurista Giuseppe Maggiore define al resultado como la consecuencia de la acción, que la ley considera decisiva para la realización del delito, es decir, la realización del tipo de delito fijado por la ley, concluyendo que el resultado es el efecto voluntario en el mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa.⁶⁶

Así pues, el resultado alude exclusivamente a las modificaciones que la conducta produce en el mundo exterior, lo que la ley considera decisivo para la realización del delito.

⁶⁶ MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal, I, 5ª edición, Ed. Temis, Bogotá 1989, pág 357.

Ahora bien, tomando en cuenta el resultado, los delitos pueden ser formales o materiales con independencia del propósito; los formales son los delitos de actividad y los materiales son los de resultado externo, que atacan interés jurídicos. Se puede hablar de delitos formales o de simple actividad, en éstos no es posible distinguir otro resultado diferente a la conducta corporal como por ejemplo las amenazas. Los delitos de resultado material son en los que se produce materialmente un resultado exterior como en el caso del homicidio.

3.- Una relación de causalidad entre el acto y el resultado.- A este respecto el Maestro Eduardo López Betancourt considera que en la conducta debe establecerse la relación de causalidad entre la actividad física y el resultado externo para que esta sea atribuible al sujeto, lo que quiere decir, que debe existir la relación causal en el nexo, entre el comportamiento humano, la consecuencia de éste y el resultado material, este nexo causal viene hacer un elemento de la conducta; a este respecto continúa señalando que existen diversas doctrinas respecto a la causalidad de la conducta y el resultado: la generalizadora para la cual todas las condiciones cuentan como causa del resultado y la individualizadora quien considera solo a una de las condiciones como productora del resultado en relación a una característica temporal o cualitativa.

La teoría generalizadora también es llamada teoría de la equivalencia de las condiciones algunos autores establecen que a la falta de alguna de las condiciones el resultado no se produciría, lo que quiere decir que para ellos no se concibe al resultado sin la participación de todas las condiciones.

Por otro lado las teorías individualizadoras son:

- a).- la teoría de la última condición, la cual parte de un criterio temporal y se debe estimar como causa del resultado producido, la última condición realizada.
- b).-La teoría de la condición más eficaz, esta teoría considera como la causa mas eficaz, la condición que mas contribuyo al resultado.

c).- La teoría de la prevalencia del equilibrio o de la causa decisiva de Binding, según el criterio de esta teoría el mundo se rige sobre un equilibrio de fuerzas y el rompimiento de este equilibrio es originado por aquellas fuerzas tendientes a modificarlo, frente a las que quieren conservarla.

d).- teoría de la causa eficiente o de la cualidad: esta corriente, distingue a la causa que tiene como su nombre lo dice la capacidad de ocasionar el resultado.

e).- teoría de la adecuación o causación adecuada: para esta la conducta mas adecuada para producir el resultado es la causa que debe tomarse en cuenta.

Coligiéndose que la conducta resulta ser el comportamiento humano voluntario positivo y negativo encaminado a un propósito. Tomando en cuenta que es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito, porque tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión, y por tanto se integra tres elementos: 1.- Un acto positivo o negativo (acción u omisión), 2.- Un resultado de la acción y 3.- Una relación de causalidad entre el acto y el resultado. En el caso de los delitos de VIOLACIÓN Y ABUSO SEXUAL es evidente que la conducta siempre es un acto positivo o de acción.

2.1.2 TÍPICIDAD.- La tipicidad es uno de los elementos del delito cuya ausencia impide su configuración concepto cuya sistematización la debemos al ilustre alemán Ernesto Beling, a partir del año 1906 en que por primera vez publico su teoría de la tipicidad y el tipo; el mérito de éste jurista fue el de haber desarrollado la teoría de la tipicidad con una función significadora y sistematizadora de la teoría del delito que como un instrumento técnico garantizó el principio de legalidad, garantía del individuo frente al poder del Estado.⁶⁷

Muestra de ello en nuestra Carta Magna lo vemos reflejado en el artículo 14 mismo que establece: "en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no

⁶⁷ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Ob cit, pág, 20.

esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata". Coligiéndose de lo anterior que no existe delito sin tipicidad.⁶⁸

De esta forma, el tipo resulta ser la descripción legal de una conducta como delictiva y la tipicidad el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo. En otras palabras la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto es decir el tipo y éste resulta ser la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.

La evolución del concepto tipicidad es, consecuentemente la historia del tipo, el cual era considerado antiguamente en Alemania como el conjunto de caracteres integrantes del delito, tanto los objetivos como los subjetivos, esto es incluyendo al dolo y a la culpa y se le denominaba figura del delito. No fue sino hasta 1906 cuando Beling sostuvo la independencia del tipo, función descriptiva separada de la antijuricidad y de la culpabilidad, desprovisto de tiempo espacio y existencia, es decir como una mera descripción, posteriormente Max Ernesto Mayer aseveró que la tipicidad no es meramente descriptiva, sino indiciariamente de la antijuricidad, es decir no toda conducta típica es antijurídica, pero si toda conducta típica es indiciaria de antijuricidad, dicho concepto fue modificado por Eduardo Mezger, para quien el tipo no es simplemente descripción de una conducta antijurídica, sino la ratio essendi de la antijuricidad, es decir la razón de ser de ella, su real fundamento, definiendo al delito no como una conducta, típica, antijurídica y culpable sino como acción típicamente antijurídica y culpable. Ésta última postura resulta acertada, tomando en cuenta que como toda conducta típica es siempre antijurídica (salvo la presencia de una justificante) por ser en los tipos en donde el legislador establece prohibiciones y mandatos indispensables para asegurar la vida comunitaria.⁶⁹

⁶⁸ Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, Ed. Sixta, México 2005, pág 9.

⁶⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. cit. pág. 169.

Así tenemos que para el Jurisconsulto Luis Jiménez de Asúa, la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuricidad por concretar en el ámbito penal.

Elementos del Tipo.- Como ya señalamos el tipo penal es la descripción hecha por legislador de una conducta antijurídica, plasmada en una ley, también resulta importante señalar que el tipo penal se conforma de modalidades de la conducta como pueden ser de tiempo, lugar, referencia legal e incluso de medios empleados, que de no darse tampoco será posible que se de la tipicidad, de este modo se debe establecer que en la descripción de los tipos penales plasmados en Nuestra Legislación Penal o en alguna ley especial, siempre intervendrá elementos de alcance diverso, por tanto el comportamiento antijurídico descrito por el legislador en el tipo penal será planteado en algunas ocasiones mediante la descripción de los elementos objetivos, normativos y subjetivos, algunos autores consideran que los elementos del tipo se reducen a tres a saber: la acción, los sujetos y el objeto.

*LA ACCIÓN.- Precisamente para que sea típica debe integrarse de los dos componentes una parte objetiva la cual abarca la conducta externa y la subjetiva constituida siempre por la voluntad dirigida al resultado.

*LOS SUJETOS.-Activo.- es quien realiza la conducta delictiva, Pasivo.- sobre el cual recae la actuación del sujeto activo. Estado éste es llamado a reaccionar con la aplicación de una pena.

*EL OBJETO.- Material.- se halla constituido por la persona o cosa donde recae materialmente la acción, por lo que también se le conoce como objeto de la conducta; y el objeto Jurídico.- es el bien protegido por la ley penal, es decir el bien jurídicamente tutelado.

Sin embargo como se observará estos se encuentran incluidos dentro de los elementos objetivos.

Elementos Objetivos: al referirnos de los elementos objetivos del tipo penal estamos hablando de la descripción de la conducta antijurídica desde el punto de vista externo; de esta forma se debe entender que el elemento objetivo se identifica con la manifestación de la voluntad en el mundo físico requerida por el tipo penal, es decir mediante la cual se describe objetos del mundo real.

Los tipos penales describen estado o procesos de la naturaleza externa, determinables espacial o temporalmente y perceptibles por los sentidos, por tanto tomando en cuenta que la ley penal no siempre contiene descripciones con un resultado, hay tipos penales más concretos, es decir intervienen ***las modalidades relaciones o referencias** que atañen precisamente sobre ***la acción, *los sujetos y *el objeto** de esta forma aparte de éstos integrantes del tipo surgen **las modalidades de la conducta** como pueden ser: de referencia temporal, espacial, a otro hecho punible, de referencia de otra índole y medios empleados.

Por tanto los elementos objetivos del tipo penal son:

***La acción,** denominado por medio de expresiones como "el que" o "al que".

***Los sujetos:** activo.-con sus modalidades propias descritas mediante el empleo de un verbo y en general con las formulas "haga o deje de hacer" esto o aquello. Pasivo.- o sea aquel sobre quien recae la acción típica y que nuestra ley denomina otro, un menor de 18 años.

***El objeto.-** material y jurídico.

***Las modalidades de la conducta.-**las cuales son establecidas como exigencia por el legislador para la realización de la conducta encontrándose inmersas en la realización de esta.

Tiempo: Se refiere al momento.

Lugar: Donde se lleva acabo el ilícito.

Ocasión: El momento idóneo para realizar la conducta.

Modo: Forma de actuar.

Elementos Normativos.- éstos requieren una valoración para ser complementados con un contenido capaz de ser aplicado, estos elementos se refieren a hechos que únicamente pueden pensarse bajo el presupuesto lógico de una norma, dentro de éstos elementos quedan excluidos los conceptos jurídicos propios, los que se refieren a valor y sentido.

Diversos autores entre ellos Beling, han negado la existencia de este tipo de elementos normativos, argumentando que todos los elementos del tipo son meramente descriptivos, y que dichos elementos se presentan como materia de reglamentación y por ende no tienen naturaleza normativa; sin embargo ante tal postura encontramos que Mezger considera como elemento normativo del delito a todo aquel, que para ser determinado requiere una valoración previa, por ende todos los elementos del tipo tiene el carácter normativo; ante tal postura surge una tercera la cual sustenta Baumann quien afirma que son descriptivas sustraer cosas muebles y normativas "cosas ajenas"; partiendo de la idea que existen conductas lícitas, pero excepcionalmente, cuando son realizadas injusta, indebidamente o ilícitamente, adquieren relevancia penal, aquí es donde el legislador se ve precisado a satisfacer los elementos normativos.

Coligiéndose por tanto que, los elementos normativos son aquellos que requieren de una valoración por parte del interprete o del juez que ha de aplicar la ley. Cuando la valoración entraña conceptos contenidos en las normas de derecho, se esta en presencia de una valoración jurídica, mientras que, cuando la valoración requiere conceptos extralegales estamos ante una valoración cultural.

Elementos Subjetivos.- Son aquellos que atienden a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo o debe tener, en la realización de algún ilícito penal, es decir atienden a circunstancias que se dan en el mundo interno, en la psique del autor.

De ahí que cuando el legislador tipifica conductas que solo son delictivas si se toma en cuenta la situación anímica del sujeto que actúa, hace referencia, en forma explícita o implícita, a dichos elementos subjetivos desde que dejan su impronta en la estructura del tipo, se convierten en verdaderos elementos del mismo.⁷⁰

Los elementos subjetivos del tipo penal surgen de la misma naturaleza del hombre, ya que este es un ser esencialmente pensante, que ante la ejecución de la mayoría de sus actos, siempre va a participar su psique, así pues podemos concluir que dichos elementos radican en el conocimiento que tiene el autor, de la realidad de un determinado estado de las cosas, o de un deseo, ánimo o intención del agente en la realización de la conducta típica, su importancia radica básicamente en que su existencia o inexistencia resulta condicionante para considera o no una conducta como dolosa o culposa, es decir este aspecto subjetivo se encuentra ligado a la culpabilidad.

Clasificación del Tipo: una vez señalado brevemente en que consiste el tipo penal debe señalarse que existen diversas clasificaciones de los tipos penales sin embargo las más usuales son las siguientes:

• **Por su configuración:**

Normales.- son aquellos en los que el tipo estará conformado de elementos objetivos.

Anormales.- son los tipos penales que además de contener elementos objetivos también se conforman con elementos subjetivos y normativos.

• **Por su ordenación metodológica:** los tipos penales pueden ser fundamentales o básicos, especiales y complementados.

Fundamentales o básicos: son los tipos con plena independencia formados con una conducta ilícita sobre un bien jurídicamente tutelado.

⁷⁰ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Ob. cit. pág 90.

Especiales: son los tipos que contienen en su descripción algún tipo de característica, es decir al tipo básico se le agrega un elemento distinto, pero sin existir subordinación.

Complementados: son aquellos que dentro de su descripción legislativa requieren de la realización previa de un tipo básico; no tienen autonomía.

• **Por su autonomía e independencia:** son autónomos o subordinados

Autónomos: son los tipos penales con vida propia no necesitan de la realización de algún otro.

Subordinados: requieren de la existencia de algún otro tipo, adquieren vida en razón de éste.

• **Por su formulación: pueden ser casuísticos y amplios.**

Casuísticos. - en este caso existen varias formas de realización del delito y no una sola como en los demás tipos, subdividiéndolos en alternativos y acumulativos.

*Alternativos: son aquellos donde se plantean dos o más hipótesis y se precisan de la ejecución de sólo una de ellas para la tipificación de la conducta ilícita;

*Acumulativos: en este tipo, se exige la realización o concurso de todas las hipótesis que el legislador ha plasmado en el tipo penal, para adecuación de la conducta al mismo.

Amplios: contienen en su descripción una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, es decir se colma el tipo penal con la lesión causada al bien jurídicamente tutelado, independientemente de los medios empleados para la realización del ilícito.

• **Por el daño que causan:** pueden ser de lesión y de peligro.

De Lesión: requiere de un resultado, es decir de un daño al bien jurídicamente tutelado.

De peligro: no se precisa del resultado, sino basta con el simple riesgo en que se ponga al bien jurídicamente tutelado.

En el capítulo siguiente se analizará detenidamente los elementos de los delitos de abuso sexual y violación y indicará dentro de que clasificación entran.

2.1.3 ANTIJURICIDAD.- Es un elemento positivo del delito, sin embargo resulta ser un concepto negativo, un anti, comúnmente se acepta que la antijuricidad es lo contrario a derecho.

A este respecto, el estudioso Rafael Márquez Piñero advierte que si la antijuricidad es un concepto negativo (lo contrario a la norma, lo contrario al derecho) no resulta fácil dar una definición de la misma, por lo general se señala como antijurídico lo que es contrario al derecho, pero aquí no puede entenderse lo contrario al derecho, lo contrario a la norma simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado.⁷¹

En esta tesitura el maestro español Luis Jiménez de Asúa asevera que la antijuricidad es lo contrario a derecho, por tanto no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto sino que se necesita que sea antijurídico, contrario a derecho.⁷²

Mucho se ha debatido sobre su terminología, pues al tratarse de un concepto negativo, resulta difícil de reseñar, sin embargo lo verdaderamente importante para nosotros es el contenido del mismo; Cuello Calón nos explica que la antijuricidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el derecho realizado y una norma jurídico penal. Tal juicio de

⁷¹ MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Derecho Penal, Parte General, 1ª edición, Ed. Trillas, México 1986. pág 193.

⁷² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, 4ª edición actualizada, Ed. Losada, Buenos Aires, 1963, pág 958.

carácter objetivo por tan solo recae sobre la acción ejecutada. Para Sebastián Soler citado por Castellanos Tena no basta observar si la conducta es típica, se requiere además verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario, así pues trata de explicar que el juicio de antijuricidad comprende la conducta en su fase externa. Pero no en su proceso psicológico causal, ello corresponde a la culpabilidad, pues la antijuricidad es puramente objetiva, atiende solo al acto, a la conducta externa, y para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado "una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no esta protegida por una causa de justificación", lo cierto es que la antijuricidad radica en la violación del valor o del bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo en los tipos penales se señalan los valores que es necesario amparar o proteger, así pues, una conducta es antijurídica cuando vulneran dichos bienes o valores.

Sobre la antijuricidad se han formulado diversas teorías, sin embargo la más relevante fue la elaborada por Franz Von Liszt "teoría dualista" en donde se establecía que, el acto será formalmente antijurídico cuando implique trasgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la Ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

Para Cuello Calón en la antijuricidad hay un doble aspecto, la rebeldía contra la norma jurídica (antijuricidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicida material).

De lo que se concluye, que una conducta es antijurídica, cuando implique trasgresión a una norma establecida por el Estado, por ende en el caso de los delitos de violación y abuso sexual evidentemente su ejecución necesariamente implica una trasgresión a la norma penal.

2.1.4 IMPUTABILIDAD.- A este respecto mucho se ha discutido si es un presupuesto de la culpabilidad, un elemento del delito, o un presupuesto del delito etc., sin embargo todos han coincidido en que no hay culpabilidad sin libertad, es decir el hombre es culpable de un delito porque es imputable a él; y es imputable porque es libre.

Partiendo de esta idea resulta importante indicar primeramente que todo individuo cuenta con dos características una morfológica o física y la otra intelectual, así pues sin éstas características no se puede considerar a una persona capaz de cometer un delito.

Se puede observar entonces, que la imputabilidad resulta ser la capacidad con la que cuenta un individuo para querer y entender en el campo del derecho penal. Querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y para entender es necesario que el individuo tenga la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión. Por tanto para que un individuo pueda querer y entender en el campo del derecho penal requiere una edad biológica y edad mental y solo así podrá ser considerado un sujeto imputable.

Existen diversas teorías a fin de lograr conceptualizar la imputabilidad, sin embargo, nosotros solo nos avocaremos a la establecida en nuestra legislación penal en la fracción VII del artículo 29, el cual establece: "...Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código...”⁷³

De la anterior lectura se desprende que nuestra legislación penal no establece una concepción de la imputabilidad en sentido positivo, pero si a contrario sensu, es decir en sentido positivo, desprendiéndose los siguientes elementos:

Un elemento intelectual o de conocimiento: La capacidad de comprensión de lo injusto, que consiste en el carácter ilícito del hecho y, un elemento de voluntad, de conducirse de acuerdo con esa comprensión, siendo así que sin esa “capacidad” y determinación de la voluntad estaríamos en presencia de la inimputabilidad.

De esta forma debemos señalar que se entiende por capacidad, siendo que para el Jurista Argentino Maggiore citado por López Betancourt la capacidad es una categoría jurídica universal entendida como la posibilidad abstracta de recibir los efectos del ordenamiento jurídico (de ser sujetos del Derecho, titulares de derechos y obligaciones) es común a todo el derecho público y privado, civil y penal. Coincide con la cualidad misma del hombre.

En el Diccionario Jurídico Mexicano la capacidad es definida como la aptitud de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por si misma.⁷⁴

Así pues, tenemos que la capacidad de entender es la facultad de aprender las cosas en sus relaciones necesarias y universales, y por lo mismo, de medir y prever las consecuencias de la conducta propia. De esta forma se

⁷³ Agenda Penal Federal y del Distrito Federal 2005, Ed. Raul Juárez, México 2005 pág 6.

⁷⁴ Diccionario jurídico Mexicano, Tomo V, 1ª edición, Ed. Porrúa, México 1985, pág 38.

logra ver que el individuo que mejor prevé, más entiende. Inteligencia no es sino previsión. La capacidad de entender o capacidad de comprender señala Maggiore abarca aspectos como un cierto grado de desarrollo intelectual, así como un grado de madurez ética, siendo entonces que esta capacidad de entender se desarrolla en el proceso de la conciencia, así pues la conciencia resulta ser un acto de distinción y de relación, en el acto mediante el cual distinguimos, y al mismo tiempo asociamos el sujeto y el objeto.⁷⁵

Por otro lado, señala Maggiore que la capacidad de querer, paralelo al proceso de la conciencia, es el proceso de la voluntad, que no nace inmediatamente como tal, sino que va pasando por grados intermedios, primero es una tendencia indistinta o apetito, después es una tendencia distinta en su objeto o deseo luego, un querer sin ley o arbitrio; y por último, un querer subordinado a la razón y a la ley, o sea libre. La pura voluntad no es otra cosa que voluntad libre. Por tanto, la capacidad de querer, es la facultad de autodeterminarse, con libertad entre los diversos motivos que impulsan a la conducta.⁷⁶

Resultando entonces que la capacidad de querer consiste en determinar la voluntad, para realizar un hecho.⁷⁷

Como se analizará mas adelante, para que se pueda considerar imputable a una persona que cometa los delitos de abuso sexual o violación, ésta deberá tener la capacidad de comprensión de lo injusto, y que se conduzca de acuerdo con esa comprensión.

2.1.5 CULPABILIDAD.-A efecto de poder definir a la culpabilidad existen diversas teorías entre ellas se encuentra la corriente Psicológica para la cual la culpabilidad consiste en el nexos psicológico que une al sujeto con la

⁷⁵ Maggiore, Giuseppe. Ob cit. pág 500.

⁷⁶ Idem, pág 500.

⁷⁷ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Ob cit. pág 189.

conducta o el resultado material, para la corriente normativista, es el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material, reprochable, y para la teoría finalista la culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta, sin considerar el dolo como elemento de la culpabilidad, sino de la conducta, así pues la culpabilidad en la tesis finalista se reduce a la reprochabilidad y a diferencia de la teoría normativista el dolo y la culpa no son elementos de la culpabilidad, porque son contenidos del tipo.

Para Giuseppe Maggiore "la culpabilidad es la desobediencia conciente y voluntaria, de la que uno esta obligado a responder a alguna ley".⁷⁸

En tanto que Jiménez de Asúa la define como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".⁷⁹

Por su parte Zaffaroni considera a la culpabilidad como "la reprochabilidad de un injusto a un autor, la que solo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposición que es fundamento de culpabilidad". Y para Mezger "la culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor, por el hecho punible que ha cometido"⁸⁰

El concepto de culpabilidad de acuerdo a las anteriores definiciones entraña cuatro elementos: un ley, una acción, un contraste entre esta acción y esta ley, y el conocimiento de esta situación.

La culpabilidad es un fenómeno básico del delito y es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto delictivo. El nexo es el fenómeno que

⁷⁸ MAGGIORE, Giuseppe. Ob cit. pág 451.

⁷⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. cit pág 352.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, Parte General, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1986, pág 12

se da entre dos entes; en la culpabilidad es la relación entre el sujeto y el delito, esto es, el nexa intelectual y emocional entre el sujeto y el delito.

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, ello según el agente dirija su voluntad conciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su inteligencia o imprudencia. .

Coligiéndose entonces que se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa).

Para algunos autores existe una tercer forma de culpabilidad: la preterintencionalidad, ultraintencionalidad o exceso en el fin, que para otros constituye no una forma, sino una hipótesis de culpabilidad.

Sin embargo en nuestra legislación se encuentra plasmado en el artículo 18 que: "Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar".⁸¹

A).- DOLO.- Como se pudo observar la culpabilidad entraña dos elementos importantísimos como lo son el dolo y la culpa. En primer lugar describiremos en que consiste el dolo; así tenemos que para Carmignani el dolo es el acto de intención más o menos perfecta, dirigido a infringir la Ley, manifestada en signos exteriores, mientras que Carrara define al dolo como la intención mas o menos perfecta de ejecutar un hecho que se sabe es contrario

⁸¹ Agenda penal Federal y del Distrito Federal 2005, Ed Raúl Juárez Carro, México 2005, pág 5.

a la ley; para los positivistas el dolo requiere para su existencia de voluntad, intención y fin.

Eugenio Cuello Calón citado por Fernando Castellanos Tena nos explica que el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso.⁸²

Y por su parte Jiménez de Asúa señala que el dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebrantara el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se requiere o ratifica.

En esta tesitura, el dolo consiste en el conocimiento de la realización de circunstancias que pertenecen al tipo, y voluntad o aceptación de realización del mismo. Desprendiéndose de esta forma que el dolo está compuesto por los siguientes elementos:

a).- intelectual.- se refiere al conocimiento por parte del sujeto que realiza circunstancias pertenecientes al tipo, de la realidad fáctica, jurídica penal o extra penal, y conocimiento de la significación antijurídica de la conducta.

b).- emocional o volitivo.- es la voluntad de la conducta o del resultado, el querer o aceptar.

El dolo ha sido clasificado atendiendo a diversos aspectos, sin embargo solo atenderemos a los más importantes. En cuanto a su dirección se divide en:

Dolo directo.- cuando se quiere la conducta o el resultado, es decir, el dolo se caracteriza en querer el resultado, si es delito material y en querer la

⁸² CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob cit. pág. 239.

conducta, si es delito formal; de tal guisa que para que exista el dolo directo se requiere: que el sujeto prevea el resultado, y que lo quiera.

Dolo indirecto.- conocido también como dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aún previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

Dolo eventual.- existe cuando el agente representa como posible un resultado delictuoso y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias, en este tipo de dolo hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado, éste no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer.

En cuanto a su extensión el dolo puede ser:

- a).- determinado.- cuando la intención exclusivamente e inequívocamente se dirige hacia el delito cometido.
- b).- indeterminado.- cuando la intención genérica de delinquir, sin proponerse resultado delictivo en especial.

B).- CULPA.- La culpa para Eugenio Cuello Calón existe, cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.⁸³

El Maestro Pavón Vasconcelos define a la culpa, como aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntaria y evitable si se hubiera observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejable por los usos y costumbres.

⁸³ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal, Tomo I, 18ª edición, Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A de C.V, Barcelona, 1980, pág. 466.

Para fundamentar la culpa se han elaborado diversas teorías, sin embargo de las mismas solo retomaremos los elementos que aportan las mismas.

Así tenemos que para la existencia de la culpa es necesario comprobar:

- *la ausencia de la intención delictiva.
- *la presencia de un daño igual al que pudiera resultar de un delito intencional.
- *la relación de causalidad entre el daño resultante y la actividad realizada.
- *que el daño sea producto de una omisión de voluntad necesaria para preservar un deber de cuidado indispensable para evitar un mal. Esta omisión de la voluntad exige que el hecho sea previsible y prevenible.

La culpa también ha sido clasificada de la siguiente manera atendiendo al grado de conocimiento en:

*Culpa consciente (con representación o previsión).- se presenta cuando el agente se representa como posible, que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando que no se producirán. En este tipo de culpa el resultado se prevé como posible y se tiene la esperanza de que no se producirá.

*Culpa inconsciente (sin representación o sin previsión).- se presenta cuando no se prevé un resultado previsible, aquí no se previó el resultado por descuido y se tenía la obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable.

Cabe señalar que anteriormente este tipo de culpa solía clasificarse a su vez en lata, leve y levísima según la mayor o menor facilidad en la previsión, sin embargo en nuestra legislación Penal actual encuentra aceptación sólo por cuanto a la gravedad o levedad de culpa y hace operar una mayor o menor penalidad así tenemos que en artículo 76 y 77 del Código Penal se establece que: Artículo 76 (*Punibilidad del delito culposo*). "...En los casos de delitos culposos, se impondrá la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica. Además se impondrá, en su

caso, suspensión o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso...”

Y en el ordinal 77 (*Clasificación de la gravedad de la culpa e individualización de la sanción para el delito culposo*). La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del Juez, quien deberá considerar las circunstancias generales señaladas en el artículo 72 de este Código y las especiales siguientes:

- I. La mayor o menor posibilidad de prever y evitar el daño que resultó;
- II. El deber de cuidado del inculpaado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que la actividad o el oficio que desempeñe le impongan;
- III. Si el inculpaado ha delinuido anteriormente en circunstancias semejantes;
- IV. Si tuvo tiempo para desplegar el cuidado necesario para no producir o evitar el daño que se produjo; y
- V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de transporte y, en general, por conductores de vehículos.⁸⁴

De esta forma tenemos que la culpa es lata cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona; leve cuando su previsión sólo fuere dable por alguien cuidadoso. Y levísima cuando el resultado hubiera podido preverse únicamente mediante el empleo de una diligencia extraordinaria y no común. Finalmente es importante diferenciar la culpa conciente y el dolo eventual, dado que en una y otra hay voluntariedad de la conducta causal y representación del resultado típico, pero mientras en el dolo eventual se asume indiferencia ante el resultado, se menosprecia, en la culpa con previsión no se quiere, antes bien, se abriga la esperanza de que no se producirá.

⁸⁴ Agenda penal Federal y del Distrito Federal 2005. Ob cit. pág 14.

En la comisión de los delitos de abuso sexual y violación es evidente que su forma de comisión siempre será dolosa se requiere del conocimiento de la realización de circunstancias que pertenecen al tipo penal, y la voluntad o aceptación de realización del mismo.

2.1.6 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.- Las condiciones objetivas de punibilidad son aquellos requisitos establecidos en algunos tipos penales, los cuales si no se presenta, no es factible que se configure el delito; Por ello, cuando se manifiestan solo en algunos tipos penales es porque no constituyen elementos básicos del delito, sino secundarios.

Las condiciones objetivas de la punibilidad, generalmente son definidas como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación, como por ejemplo puede señalarse la previa declaración judicial de quiebra para proceder por el delito de quiebra fraudulenta.⁸⁵

Se puede concluir, que las condiciones objetivas nada tiene que ver con el delito en sí, mas sin embargo, su presencia condiciona la aplicación de una sanción. Ahora bien resulta importante distinguir las condiciones objetivas de punibilidad frente a los requisitos de procedibilidad o presupuestos procesales así tenemos que para Eduardo López Betancourt en "las condiciones objetivas de punibilidad se expresa el grado de menoscabo del orden jurídico protegido, que en cada caso se requiere, mientras que los requisitos de procedibilidad o presupuestos procesales se toma en consideración circunstancias opuestas a la verificación de un proceso penal". Lo que significa que cuando hablamos de las condiciones objetivas de punibilidad se alude desde el punto de vista general del Derecho Penal y los requisitos de procedibilidad o presupuestos procesales se basan desde el punto de vista procesal.⁸⁶

⁸⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob cit. pág. 278.

⁸⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Ob. cit. pág 248.

Las condiciones objetivas de punibilidad son requisitos que la ley exige en delitos específicos y son situaciones que deben realizarse, porque en caso de que se incumplieren, el hecho no sería punible.

2.1.7 PUNIBILIDAD.- La punibilidad es un elemento secundario del delito que consiste en el merecimiento de una pena, en función de la realización de cierta conducta, un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a una pena, tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción.

De esta forma debemos entender que la punibilidad es “el merecimiento de penas, conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan presupuestos legales, y aplicación fáctica de las penas señaladas en la Ley”.⁸⁷

La punibilidad para jurista Octavio Alberto Orellana Wiarco “es la amenaza de pena que en cada tipo penal se va señalando, de esta manera, una vez dada la conducta típica, antijurídica y culpable, a la misma, se le deberá imponer la pena prevista en la ley”.⁸⁸

Pavón Vasconcelos a quien cita López Betancourt afirma que la punibilidad es la amenaza de pena, que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

Como se puede observar, existen diversas concepciones referentes a la punibilidad, así tenemos que para algunos la punibilidad es como una oportunidad de aplicar una pena, empero por otro lado, se considera que ésta puede ser la obligación ó merecimiento de recibirla, es por ello que resulta conveniente señalar cuales son los elementos de la punibilidad.

⁸⁷ Idem. pág 275.

⁸⁸ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Ob cit, pág. 74.

La punibilidad esta constituida de elementos subjetivos o calificantes psicológicos y elementos objetivos o calificantes objetivas. Los elementos objetivos o calificantes objetivas Binding llama a todas las características de punibilidad, también calificantes legales del contenido de la pena, y para el delito tienen un significado netamente criminalístico. Una porción de estas características o calificantes es objetiva, es decir son totalmente independientes del saber del actor.

Por su parte los elementos subjetivos o calificantes psicológicos.- son aquellos que exigen el conocimiento por parte del autor respecto a las propiedades destacadas por la persona a las cuales se refiere la acción.

En el caso de los delitos de abuso sexual y violación como se analizará en el capítulo subsecuente, la punibilidad de los mismos se encuentra contemplada para el primero, en el párrafo primero del artículo 176 y 177 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, en tanto para el segundo de los delitos mencionados su punibilidad se alberga en el numeral 174 párrafo primero del citado ordenamiento legal.

2.2. ASPECTOS NEGATIVOS.

Son aquellos que al encontrarse presentes hacen inexistente el delito y estos son a saber: ♠ Falta de conducta o acción. ♠ Ausencia de tipo o atipicidad ♠ Causas de justificación ♠ Causas de Inimputabilidad ♠ Causas de inculpabilidad o Inculpabilidad ♠ Falta de condiciones objetivas ♠ Excusas absolutorias.

2.2.1 LA FALTA DE CONDUCTA O ACCIÓN.- Es el elemento negativo de la conducta, de acuerdo a la teoría planteada por Guillermo Sauer misma que retoma Jiménez de Asúa, cada elemento positivo del delito se opone uno negativo, el cual impide su integración, y por ende la del delito mismo,

corresponde apuntar que el primer elemento del delito, o sea al acto o acción se opone su ausencia.

En esta tesitura, Francisco Pavón Vasconcelos citado por Octavio Alberto Orellana Wiarco asegura que, el aspecto negativo del primer elementos del delito se presenta cuando falta cualquiera de sus sub-elementos, a saber: ausencia de conducta, inexistencia del resultado y falta de relación causal entre la acción u omisión integrantes de la conducta y el resultado material considerado, entre los aspectos negativos del primer elemento del delito figuran: la fuerza física exterior irresistible; b).- el sueño, el sonambulismo, hipnotismo, etc.

Sin embargo, y efecto de no adentrarnos al estudio de esos elementos por no ser la verdadera intención del presente trabajo, solo comentaremos que la fuerza física exterior irresistible, se presenta cuando el sujeto realiza un movimiento corporal de carácter involuntario que produce un resultado típico, pero el cual no le puede ser atribuido, porque únicamente fue un instrumento involuntario de otro sujeto; o bien en otros casos por no tener dominio o voluntad de los movimientos corporales, como el sueño, el sonambulismo, hipnotismo.⁸⁹

2.2.2 AUSENCIA DE TIPO O ATIPICIDAD.- La atipicidad es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal. Es el aspecto negativo de la tipicidad. Es importante diferenciar la atipicidad, de la falta del tipo, pues en el segundo caso, no existe tal descripción.

Jiménez de Asúa indica que estamos en presencia de la ausencia de tipicidad cuando se presentan los siguientes supuestos:

a).- cuando no concurre en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en las leyes penales, y puesto que son varias las

⁸⁹ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Ob cit. pág 16.

relaciones y elementos de los tipos distintas son también las hipótesis que pueden concebirse (atipicidad propiamente dicha), y

b).- cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se presenta con características antijurídicas (ausencia de tipicidad en sentido estricto).

Así pues, la atipicidad se puede reducir a la ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activos y pasivos, si falta el objeto material o el objeto jurídico, cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo, al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley, si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos.

2.2.3 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.- Las causas de justificación son el aspecto negativo de la antijuricidad, y son circunstancias que excusan una conducta típica cuando aparentemente se encuentra opuesta a derecho, tales como son: Legítima defensa, Estado de necesidad, Ejercicio de un Derecho, Cumplimiento de un Deber, Impedimento legítimo, Consentimiento del Titular del bien jurídico tutelado, Error Invencible, La no comprobación de la probable responsabilidad.

La mayoría de los autores considera que dentro de las causas de justificación, el agente obra con voluntad consiente, en condiciones normales de imputabilidad, pero su conducta no será delictiva por ser justa conforme a derecho, es así como no podrá exigírsele responsabilidad alguna, ya sea penal o civil porque quien actúa conforme a derecho, no puede lesionar ningún bien jurídico

De tal manera que las causas de justificación como lo advierte Marco Antonio Díaz de León, "son autorizaciones legales para cometer la conducta prohibida por la norma o para omitir la acción impuesta por esta. Por lo mismo, la concreción del tipo resulta insuficiente para establecer la antijuricidad de la conducta, pues para la existencia de la ilícitud se necesita que la realización del

tipo no este especialmente autorizado por una norma, o sin el amparo de una causa de justificación, esto es, que sea además de típica, antijurídica”.⁹⁰

Las causas de justificación en nuestra Legislación Penal se encuentran albergadas dentro del numeral 29 en las fracciones IV, V, y VI del Código Penal vigente para del Distrito Federal siendo éstas:

A) *LA LEGITIMA DEFENSA.*- Estamos en presencia de la legitima defensa cuando: fracción IV.- “se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.”⁹¹

De lo anteriormente expuesto se desprenden primeramente los requisitos que la ley exige para que estemos en presencia de la legitima defensa:

- 1.-Que sea un ataque o agresión a los intereses jurídicamente protegidos de quien se defiende, o a los de otras personas.
- 2.- que el ataque o agresión sea actual e inminente, pues antes de que el delito aparezca no es necesaria la defensa.
- 3.- que el ataque o la agresión deben ser ilegítimos, contrarios derecho, así como el atacante no debe tener ningún fundamento jurídico para la agresión.

⁹⁰ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Nuevo Código Penal para el Distrito Federal con comentarios, 1ª edición, Ed. Porrúa, México 2004, pag. 120, 121.

- 4.- que la defensa debe ser necesaria, y
- 5.- que la agresión no debe ser provocada por la actitud o la conducta del agredido.

Es importante señalar que la legítima defensa no se restringe a la propia persona e intereses jurídicos propios, puede ejercitarse a favor de los parientes y hasta de algún extraño.

Finalmente se puede decir, que la legítima defensa se determina de acuerdo a la peligrosidad e intensidad del ataque, y no en virtud del valor del bien atacado.

B) *ESTADO DE NECESIDAD*. - Según Von Liszt, el estado de necesidad es un estado de peligro presente, que amenaza los intereses protegidos por la ley y en el cual no queda otro recurso sino el de violar los intereses ajenos jurídicamente protegidos, dicha definición ha sido de gran relevancia dado que indica con gran precisión la situación en que surge el estado de necesidad, como un conflicto entre intereses jurídicos sin otra solución que el sacrificio de alguno de ellos. Por su parte Cuello Calón la define como el estado de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, de igual forma Sebastián Soler indica que es una situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico.

Así pues el estado de necesidad resulta ser una causa de justificación, en la cual un sujeto, por la situación en que se halla en un determinado momento requiere como medio necesario, para evitar la pérdida de bienes jurídicos propios o ajenos, lesionar un bien jurídico extraño estimándose que el bien que se salva debe ser de mayor valor que el que se sacrifica, con excepciones en el supuesto en el cual la colisión de bienes, ambos se refieran a la salud o la vida, en cuyo

⁹¹ Agenda penal Federal y del Distrito Federal 2005. Ob. cit. pág 6.

caso aunque sean de igual importancia, se justifica el sacrificio ajeno.⁹²

Atendiendo a nuestra legislación penal y en específico a la fracción V del artículo 29, estamos en presencia del estado de necesidad cuando se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; resultando de esta manera que los elementos de la misma son:

- a).- un peligro, real, actual o inminente,
- b).- que ese peligro ha de recaer sobre algunos bienes jurídicos (propio o ajeno),
- c).- que ese peligro no haya sido ocasionado intencional o dolosamente por el agente,
- d).- que se lesione o destruya un bien protegido por el derecho; y
- e).- que el peligro no se pueda evitar por otro medio y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

C) CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.- en la fracción VI del artículo 29 del Código Penal vigente para el Distrito Federal se habla del *cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho*). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo; así pues el *cumplimiento de un deber* consiste en el actuar por obligación, ya sea que esta obligación provenga de la ley o que provenga de un superior jerárquico, tal sería el caso del Agente de la Policía Judicial que en cumplimiento de una orden de aprehensión, detiene a una persona, en esta situación no comete delito por este hecho, toda vez que esta cumpliendo con un deber.

D) EJERCICIO DE UN DERECHO.- La persona que actúa conforme a derecho, que la propia ley le confiere, ampara en causa de justificación. Dentro de esta excluyente encontramos las lesiones y el homicidio causados en el

⁹² DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Ob cit. pág. 118.

ejercicio de los deportes, los originados como resultado de tratamientos médico quirúrgicos. Las lesiones u homicidios cometidos en la práctica de deportes que realizan quienes los practican en el ejercicio de un derecho concedido por el Estado para llevar a cabo tales actividades y salvo situaciones de imprudencia y dolo. Algunos doctrinarios contemplan las siguientes figuras, sin embargo no entraremos en detalle pero indicaremos brevemente en que consisten las mismas.

E) OBEDIENCIA LEGÍTIMA: Cuando existe la obligación de obedecer a una jerarquía legítima y en segundo lugar que el mando ofrezca apariencia de licitud, por lo que ello dejaría a la gente en la creencia de actuar en licitud.

F) IMPEDIMENTO LEGÍTIMO: El extraño activo realiza una conducta omisiva que atiende a un interés preponderantemente superior, por ejemplo no declarar por razones de secreto profesional.

2.2.4 CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.- La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad, y es una causa capaz de anular o neutralizar ya sea el desarrollo mental o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Jiménez de Asúa sostiene que: "son causa de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan y perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetro". Y para tal efecto realiza la clasificación de los motivos de inimputabilidad señalando: a) la falta de desarrollo mental, *la minoría de edad, b).- falta de salud mental, y c).- trastorno mental transitorio *embriaguez *fiebre y dolor.⁹³

⁹³ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Principios de Derecho La Ley y el delito, 3ª edición, Ed Sudamericana, Buenos Aires, 1990, pág 339.

Sin embargo Nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal señala exactamente cuales son las causas de inimputabilidad precisamente en la fracción VII, en su ordinal 29 del citado ordenamiento legal, plasmando que el delito se excluye cuando:

“...VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código...”⁹⁴

Numeral que contempla las siguientes hipótesis:

a).-inmadurez mental, trastorno mental y desarrollo intelectual retardado; así tenemos que el sujeto será inimputable cuando el mismo no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito del delito (incapacidad de entender) o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, (incapacidad de querer). En este apartado tenemos a los menores de edad quienes están fuera del Derecho Penal, sin embargo los mismos son sujetos a un procedimiento penal diverso.

En segundo término tenemos la circunstancia de padecer algún trastorno mental considerado éste como la falta desarrollo mental que es la potencia intelectual, del pensamiento, propósito y voluntad, que no permite llegar al sujeto a un estado mental normal acorde a su edad. Se trata de una perturbación de las facultades psíquicas, éste puede ser transitorio y el mismo se caracteriza porque además de su rápida aparición, pasa sin dejar rastro alguno. Sin embargo el mismo para causar efecto de eximente, requiere que el

⁹⁴ Agenda Penal Federal y del Distrito Federal 2005. Ob. cit. pág 6.

mismo no haya sido buscado de propósito para delinquir. Pues de otra forma estaríamos frente a las acciones libres en su causa, en las cuales el sujeto con capacidad de culpabilidad se pone por su propia decisión en forma dolosa o culposa en un estado de inimputabilidad produciendo un estado típico.

Finalmente, el desarrollo intelectual retardado consiste en una perturbación de las facultades psíquicas permanente como lo sería un enajenado mental, en donde el sujeto efectivamente al momento de cometer un injusto penal el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Debe advertirse que, anteriormente nuestra legislación hacía referencia a la llamada inimputabilidad disminuida: la cual contemplaba que el sujeto se encontrara bajo miedo grave o temor fundado; el miedo grave: entendido este como una circunstancia interna subjetiva en que el individuo se encontraba marginado por la misma para actuar razonadamente, en situación subjetiva que lo obliga a actuar de manera distinta a condiciones normales, y el temor fundado considerado como el conjunto de circunstancias objetivas que obligan al individuo a actuar de cierta manera. Habrá inimputabilidad en el caso que se tenga esa incapacidad de entender y querer.

2.2.5 CAUSAS DE INCULPABILIDAD.- Es el aspecto negativo de la culpabilidad, y se da cuando concurren determinadas causas o circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y querer, en la ejecución de un hecho realizado por el sujeto imputable.

Así tenemos que, cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento o voluntad, tampoco será culpable una persona, si falta alguno de los otros elementos del delito o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, solo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.

La inculpabilidad consiste en la falta de nexo causal emocional entre el sujeto y su acto, esto es, la falta del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.

Las causas de inculpabilidad según lo establece la fracción VIII y IX del ordinal 29 del Código Penal vigente para el Distrito Federal es el error y la no exigibilidad de otra conducta, pues si nos remitimos a la fracción VIII. Se observa que el legislador indica lo siguiente: El delito de excluye cuando:

"...(Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

- a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o
- b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código.

XI. (*Inexigibilidad de otra conducta*). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho..."⁹⁵

ERROR.- El error es una idea falsa o equivocada respecto a un objeto, cosa o situación constituyendo un estado positivo, es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad.

De lo anterior se desprende, que el error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto, se conoce, pero equivocadamente. El error ha sido dividido en: error de hecho el cual a su vez se clasifica en esencial y accidental y el error de derecho.

⁹⁵ Idem. pág 6.

Error de derecho.- no produce efectos eximente tomando como base que “la ignorancia de las leyes a nadie beneficia”, sin embargo dentro del error de derecho se encuentran los llamados estados putativos que se presentan, cuando el sujeto creía realizar una conducta lícita que en realidad no existe y produce un resultado típico. Así pues la esencia del error de derecho radica en que el sujeto, no obstante conocer el hecho que realiza, esta ignorante de la obligación que tiene de respetar o acatar una norma penal determinada, ya por desconocimiento de la propia norma que le impone hacer algo o abstenerse de hacerlo, o porque su conocimiento de ella es imperfecto se precisa que dicho error sea invencible o insuperable, esto es que el sujeto este imposibilitado para conocer la ilicitud de su acción u omisión, o que aún conociéndola crea que su conducta se encuentra justificada.

Error esencial de hecho.- para que este tenga efecto de inculpabilidad o de eximente debe ser *invencible* ya que de lo contrario dejará subsistente la culpa. Para Vanini el error esencial es el que recayendo sobre un extremo esencial del delito impide al agente conocer, advertir la relación del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal, en este tipo de error el sujeto realiza una conducta antijurídica, pensando que es jurídica, es decir hay desconocimiento de su antijuricidad.

El error de hecho esencial invencible se habla también de los estados o eximentes putativas las cuales son definidas por Fernando Castellanos Tena como: “las situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico de derecho penal, hallarse amparado por una justificante o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo”.⁹⁶

El error de hecho esencial vencible, es aquel en que la persona tuvo la posibilidad y por ello debió prever el concepto equivoco que se formo, este tipo

⁹⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. cit. pág. 267.

de error excluye el dolo, pero el sujeto responde por haber incurrido en una conducta culposa.

Error esencial de hecho también se ha dividido en: error de tipo, de prohibición

*error de tipo.- el cual versa sobre la conducta, cuando el sujeto cree atípica su actuación, considerándola conforme a derecho.

*error de prohibición.- es el que se refiere al caso de obediencia jerárquica, cuando el inferior posee poder de inspección sobre la orden superior, pero por un error esencial e insuperable desconoce la ilícitud del mandato.

Error accidental de hecho.- éste no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino en secundarias. Este a su vez se subdivide en:

*error de golpe.-se da cuando el resultado no es precisamente el querido.

*error en la persona.- cuando el error versa en la persona

*error en el delito.- si se ocasiona un suceso diferente al deseado.

B) LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.- El fundamento de ésta inexigibilidad advierte el Jurista español Francisco Muñoz Conde lo encontramos en que el derecho no puede exigir comportamientos heroicos, o en todo caso no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley, antes de sacrificar su propia vida o su integridad física.⁹⁷

De esta forma algunos autores establecen que son causas de inexigibilidad, la violencia moral y miedo, exceso en los eximentes, el estado de necesidad en que colisionan bienes iguales etc.

⁹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob cit, pág 127.

2.2.6 LA AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.- es el aspecto negativo de las mismas, y son elementos valorativos, mas comúnmente, modalidades del tipo, en caso de no presentarse constituirán formas atípicas, impidiendo la atipicidad de las conductas ilícitas, así pues cuando en la conducta falta la condición objetiva de punibilidad no podrá castigarse la conducta, así que la falta de estas circunstancias ajenas o exteriores al delito e independientes de la voluntad del agente, impedirán que la conducta se adecue a alguno de los tipos penales, por lo cual no podrá sancionarse.

En conclusión, el incumplimiento de las condiciones de punibilidad (de los requisitos que la ley exigen delitos específicos y de las situaciones que deben realizarse, porque en caso de que se incumplieren, el hecho no sería punible) traerá consigo el impedimento de la aplicación de la sanción correspondiente; empero hay que distinguir que el incumplimiento de las condiciones objetivas de punibilidad difieren de la ausencia de éstas, en virtud de que en la primera hipótesis no se realizan los requisitos exigidos por la ley, mientras que en la segunda, como ya explicamos el precepto jurídico no las establece.

2.2.7 EXCUSAS ABSOLUTORIAS.- Éstas resultan ser el aspecto negativo de la punibilidad, y son aquellas específicas y excepcionales causas por las cuales el legislador deja impune una conducta, típica, antijurídica y culpable, es decir son causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, pero impiden la aplicación de la pena.

En este caso, el Estado no sanciona determinada conducta por razones de justicia y equidad de acuerdo con una prudente política criminal. Entre las excusas absolutorias más importantes figuran: las excusas absolutorias en razón de mínima temibilidad o peligrosidad, en razón de maternidad consciente, por inexigibilidad, y por graves consecuencias sufridas.

2.3 CLASIFICACIÓN.

Una vez que fueron analizados a grosso modo los aspectos positivos y negativos del delito como introducción al capítulo subsecuente, resulta conveniente señalar de igual forma la clasificación del delito, a fin de que posteriormente se indique en cual clasificación se adecuan los delitos de Abuso sexual y violación.

La clasificación del delito surge como una forma sencilla de estudiar el delito. Es por ello que los diversos autores han realizado diversas clasificaciones del mismo, pero nosotros coincidimos con el Jurista Eduardo López Betancourt quien clasifica al delito de la siguiente manera: ⁹⁸

EN FUNCIÓN DE SU GRAVEDAD.

Bipartita- Delitos, y faltas.- son delitos los sancionados por la autoridad judicial y las faltas son sancionadas por la autoridad administrativa.

Tripartita.- delitos, faltas y crímenes, esta clasificación no funciona en nuestro sistema penal.

SEGÚN LA CONDUCTA DEL AGENTE.

Acción.- son aquellos en que se requiere el movimiento del sujeto para cometer el ilícito, para jalar el gatillo de la pistola, para clavar un puñal entre otros.

Omisión.- son aquellos que requieren la inactividad del sujeto, es decir que deje de hacer lo que esta obligado.

a).- La omisión simple omisión.- la simple inactividad del delito origina la comisión de delitos independientemente del resultado, se viola una ley preceptiva.

b)--comisión por omisión. Necesariamente como consecuencia debe haber un resultado el guarda-vías no realiza el cambio de vías del tren, por tal

⁹⁸ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Ob. cit. pág. 189.

razón chocan los trenes entonces se castigara esa omisión, se viola una ley prohibitiva.

POR EL RESULTADO: Se dividen formales y materiales.

Formales.- aquellos que para configurarse no requiere de ningún resultado, esto es de ninguna materialización, por ejemplo el abandono de un niño.

Materiales.- requiere de un resultado, de un hecho cierto, por ejemplo el homicidio.

POR LA LESIÓN QUE CAUSAN: Se dividen en lesión y de peligro.

De lesión: causan una disminución del bien jurídicamente tutelado v.gr. La muerte y el robo entre otros.

De peligro: solo ponen en riesgo el bien jurídicamente tutelado, por ejemplo las lesiones que no causan la muerte, sino que se recupera el afectado.

POR SU DURACIÓN: Pueden ser: Instantáneos, permanentes, o continuados.

Instantáneos: cuando se consuma en un solo movimiento y en ese momento se perfeccionan, v.gr el homicidio.

Permanentes.- cuando su efecto negativo se prolonga a través del tiempo v.gr. el secuestro.

Continuados: cuando siendo acciones dañosas diversas, producen una sola lesión jurídica, varios actos y una sola lesión por ejemplo. El robo hormiga.

POR ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD: Pueden ser dolosos o preterintencionales o culposos o imprudenciales.

Culposos: cuando el agente no tiene la intención de delinquir, pero actúa con imprudencia, negligencia, descuido o torpeza v.gr el que atropella a una persona por imprudencia.

Doloso o intencional: cuando existe la plena y absoluta intención del agente para cometer su delito.

Preterintencionales.- el resultado va mas allá de la intención del sujeto.

POR SU ESTRUCTURA: Son simples o complejos.

Simple: son aquellos en los cuales la lesión jurídica es singular, no existe más que un bien jurídico protegido que es violado a través de esa infracción.

Complejos: encontramos que el tipo unifica la tutela jurídica contenida en dos infracciones y de tal vinculación surge una nueva figura que dada la fusión reviste una mayor gravedad; robo a casa habitación.

POR EL NÚMERO DE ACTOS: Unisubsistentes y plurisubsistentes.

Unisubsistentes: se caracterizan por estar integrados por un solo acto: por ejemplo. Homicidio.

Plurisubsistentes: se componen en una descripción típica, de varios actos; por ejemplo; votar más de una vez en una sola elección.

POR EL NÚMERO DE SUJETOS: Unisubjetivo y plurisubjetivo.

Unisubjetivos: cuando el tipo se colma con la participación de un solo sujeto, es decir para su realización no requieren de más de un sujeto activo que lleve a cabo la acción típica, aun cuando pudiesen intervenir varios. Pero la esencia en cuanto a los activos es que sea un sujeto singular; ejemplo. el delito de Peculado un servidor público.

Plurisubjetivo: cuando el tipo penal requiere de la concurrencia de dos sujetos.

POR LA FORMA DE PERSECUCIÓN: De oficio y de Querrela.

Oficio.- son los delitos en los que no es necesario la denuncia del agraviado, sino que cualquier persona la puede efectuar, y el Ministerio Público tiene la obligación de perseguir el delito, v.gr. el homicidio.

Querrela: mejor conocidos como de petición de parte ofendida, se piensa que es una reminiscencia de la venganza privada cuando la gente se hacia justicia por su propia mano.

EN FUNCIÓN DE SU MATERIA: Comunes, Federales, y Militares.

Comunes: son los delitos que se aplican en una determinada circunscripción territorial, en un estado de la República Mexicana.

Federales: son los delitos que tienen validez en toda la República Mexicana y de los cuales conocerán únicamente los Jueces Federales.

Militares: en esta división se refiere al fuero militar, le es solo aplicable a los órganos militares, es decir a todos sus miembros, pero nunca a un civil.

Y finalmente la Clasificación Legal: esta clasificación es la que aparece en la ley, aquí los delitos se clasifican tomando en cuenta el bien jurídicamente tutelado, en este sentido encontramos que la clasificación de los delitos desde el punto de vista legal es el siguiente:

- Delitos contra la vida y la integridad corporal.
- Procreación asistida, inseminación artificial y manipulación.
- Delitos de peligro para la vida o la salud de las personas.
- Delitos contra la libertad personal.
- Delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual.
- Delitos contra la moral pública.
- Delitos contra la seguridad de la subsistencia familiar.
- Delitos contra la integridad familiar.
- Delitos contra la filiación y la institución del matrimonio.
- Delitos contra la dignidad de las personas.
- Delitos contra las normas de inhumación y exhumación y contra el respeto a los cadáveres o restos humanos.
- Delitos contra la paz, la seguridad de las personas y la inviolabilidad del domicilio.
- Delitos contra la intimidad personal y la inviolabilidad del secreto.
- Delitos contra el honor.
- Delitos contra el patrimonio.
- Operaciones con recursos de procedencia ilícita.
- Delitos contra la seguridad colectiva.

- Delitos contra el servicio público cometidos por servidores públicos.
- Delitos contra el servicio público cometidos por particulares.
- Delitos en contra del adecuado desarrollo de la justicia cometidos por servidores públicos.
- Delitos cometido por particulares ante el Ministerio Público, autoridad judicial o administrativa.
- Delitos cometidos en el ejercicio de la profesión.
- Delitos contra la seguridad y el normal funcionamiento de las vías de comunicación y de los medios de transporte.
- Delitos contra la fe pública.
- Delitos contra el ambiente y la gestión ambiental.
- Delitos contra la democracia electoral.
- Delitos contra la seguridad de las instituciones del Distrito Federal.

En el caso de los delitos de Abuso Sexual y Violación atendiendo al bien jurídico que tutelan, como mas adelante lo veremos, son clasificados por la ley como delitos contra la libertad y la seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual.

En esta tesitura y una vez efectuado el recordatorio general de los aspectos o elementos positivos y negativos del delito, así como la clasificación del mismo, resulta oportuno entrar al análisis en concreto de los delitos de Violación y Abuso Sexual, a efecto de saber cuando se esta en presencia de los mismos, y cual es la pena a la que se hacen acreedor quien se coloque en ésta hipótesis normativa, de tal manera que el lector pueda estar en condiciones de entender el sentido real de nuestra propuesta.

CAPITULO III

VIOLACIÓN Y ABUSO SEXUAL

3.1 VIOLACIÓN

Tomando en cuenta que, la propuesta del presente trabajo de investigación versa en el incremento de la penalidad a aquellas personas que se colocan en la hipótesis normativa como lo son específicamente los delitos de Abuso sexual y Violación, cuando guardan una relación de parentesco consanguíneo de tercer grado frente a la víctima (tíos); por ello resulta loable entrar al estudio en concreto de elementos integrantes de dichos delitos, de tal manera, que al finalizar el capítulo tendremos suficientes elementos para avocarnos por completo al planteamiento de nuestra propuesta.

Así las cosas y como preámbulo al estudio de los elementos del delito de Violación, es necesario establecer las siguientes consideraciones: La violación era considerada por algunos tratadistas como un acto de barbarie, un atentado contra la honra de la mujer y contra la libertad de la misma, lamentablemente ya ha dejado de ser un delito propio de la mujer y en la actualidad también recae en el género masculino, es por ello que en todos los tiempos y en todas las legislaciones se ha tratado de sancionar cada vez con particular severidad.

Para muestra de ello, basta remontarnos a los antecedentes de la violación, en donde observaremos las variadas formas en que ha sido sancionada, así tenemos que en la época bíblica al violador se le cegaba y castraba siguiendo el sistema talional de "ojo por ojo, diente por diente, rotura por rotura. En el derecho romano se castigó por la *lex iulia de via publica* con la pena de muerte. En Egipto al agente se le castraba, en el pueblo Hebreo se le imponía la muerte o multa, dependiendo si la víctima era casada o soltera. En el Código de Manu, se establecía la pena corporal, si la mujer no era de la misma clase social, en Grecia el violador debía pagar multa y se le obligaba a

unirse en matrimonio con la ofendida si así lo deseaba ella, de no ser así merecía la pena de muerte. En la época de Teodorico, se impuso un edicto mediante el cual, el agente debía casarse con la mujer atacada, otorgándole la mitad de sus bienes, si era rico y noble. El derecho canónico dedicó gran atención al *stuprum violentum*, para el caso en que se realizara el desfloramiento de una mujer obtenido contra o sin su consentimiento, no obstante, se estipulaba que en la mujer ya desflorada no se podía cometer el delito. El fuero juzgo castigaba al hombre que ficiere por fuerza fornicio o adulterio contra la muller libre; sancionaba la violencia carnal con la pena de azotes, si el violador era un hombre libre, y con la de ser quemado vivo, si era un siervo. En las Partidas se aplicaba la pena capital para el violador y la confiscación de sus bienes a favor de la mujer ofendida, si esta era casada o viuda de buena fama, virgen o religiosa. En los demas casos la pena quedaba al criterio del juez. Las primeras leyes Inglesas castigaban la violación de una mujer virgen con la castración y extracción de los globos oculares. Posteriormente ya en los Códigos Penales designaron para este delito la pena de muerte. En 1822 los Código optaron con sancionar la violación, con pena privativa de la libertad; y ya en el Código de 1848 fue mas preciso en su definición en forma mas parecida a los Código Españoles recientes.⁹⁹

CONCEPTO.- Al igual que su sanción su definición ha ido evolucionando a través del tiempo, así tenemos que la violación se encuentra definida como la cópula efectuada mediante violencia física o moral con una persona de uno u otro sexo.¹⁰⁰

Por su parte, los estudiosos del derecho entre los que sobresale Eugenio Cuello Calón advierten que se comete violación yaciendo en cualquiera de los siguientes casos: cuando usare fuerza o intimidación, cuando la mujer se hallase privada de razón o de sentido por cualquier causa, cuando fuere menor

⁹⁹ REYNOSO DAVILA, Roberto. *Delitos Sexuales*, 2ª edición, Ed. Porrúa. México 2001, pág. 110.

¹⁰⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo VIII, 1a edición, Ed. Porrúa, México 1985, pág 405

de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.¹⁰¹

Por su parte el maestro González de la Vega describe la violación como “la imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o la intimidación moral, es lo que, tanto en la historia de las Instituciones Penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación.”¹⁰²

Para el especialista Díaz de León la violación “es un delito cometido por quien utilizando la fuerza física o moral obliga a la víctima a copular, a yacer o a tener acceso carnal, tal cópula en forma más o menos completa constituye el elemento objetivo integrante del delito de violación, es decir, cópula, aquí significa penetración sexual y se produce cuando el órgano genital entra en el cuerpo de la víctima, ya sea por vía normal o anormal”.¹⁰³

El doctor Celestino Porte Petit a quien citara López Betancourt aduce que por violación propia debemos entender: “la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva”.¹⁰⁴

Legalmente la violación se encuentra definida en el ordinal 174 del Código Penal vigente para el Distrito Federal el cual establece: “al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo”.

¹⁰¹ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal Parte Especial, Tomo II Vol. Segundo, 14ª edición, Ed. Bosch S.A, México 1980, pág 584.

¹⁰² GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Los delitos Tomo II, 25ª edición, Ed. Porrúa, México 1994, pág 440.

¹⁰³ DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. cit. .pág 847.

¹⁰⁴ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos en Particular, Tomo II, 5ª edición, Ed. Porrúa, México 2000, pág. 174.

3.1.1 ELEMENTOS POSITIVOS

A) CONDUCTA.- La violación es un delito de acción tomando en cuenta que el agente efectúa una conducta exterior encaminada a la producción de un resultado modificando el mundo exterior al violentar a una persona en su libertad sexual obligándola a realizar el coito; la cópula, advierte el Jurista Porte Petit a quien hace mención Eduardo López Betancourt, sólo puede cometerse mediante un hacer, pues resulta imposible una realización omisiva.¹⁰⁵

La conducta típica del delito de violación consiste en la cópula con persona de cualquier sexo que se realiza mediante el uso de la violencia física o moral. En efecto tal y como lo señala el maestro González de la Vega la conducta constitutiva del delito de violación se integra por los siguientes elementos:

I.- una acción de cópula (normal o anormal);

II.- que dicha cópula se efectúe en persona de cualquier sexo;

III.- que se realice sin voluntad del ofendido; y

IV.- que exista como medio para obtener la cópula de: violencia física o moral.¹⁰⁶

UNA ACCIÓN DE CÓPULA (NORMAL O ANORMAL).- Desde el punto de vista fisiológico la cópula es definida como el ayuntamiento sexual entre el varón y la mujer precisamente por vía vaginal, o sea coito normal. Mientras que desde el punto de vista gramatical es considerada como el ligamento o atadura de una cosa con otra. Desde su acepción lógica el término que une al predicado con el sujeto, a su vez el término copular del latín copulare, en su carácter reflexivo indica unirse o juntarse carnalmente, conjunción erótica que no implica limitaciones en cuanto a la vía en que se realice o al modo como se opere, así pues, retomando las anteriores acepciones el Maestro Francisco

¹⁰⁵ Idem. Pág. 194.

González De la Vega señala que por cópula se deberá entender “todo ayuntamiento, unión o conjunción carnal de las personas, sin distinción alguna, por tanto la acción de copular comprende los ayuntamientos sexuales normales de varón a mujer precisamente por vía vaginal y a los anormales sean éstos homosexuales masculinos o sea de varón a mujer, pero en vasos no apropiados para la fornicación natural; sin embargo excluye del concepto de cópula el acto sexual femenino porque en el frotamiento o ayuntamiento lésbico no existe propiamente el fenómeno copulativo dada la ausencia de la introducción del miembro viril.”¹⁰⁷

Respecto a la violación entre mujeres cabe señalar, que ésta a nuestro criterio si es factible; ello tomando en consideración que el legislador ha establecido un equiparable de violación consistente en la introducción por vía vaginal o anal cualquier elemento instrumento o cualquier parte del cuerpo distinto al pene, por medio de la violencia física o moral, por tanto resulta claro que si una mujer introduce cualquier elemento instrumento o cualquier parte del cuerpo en la vagina o ano de otra mujer, también estará cometiendo el delito de violación pero en una forma equiparada.

Así pues, observamos que para evitar confusión alguna nuestro legislador en el párrafo segundo del artículo 174 del Código Penal vigente para el Distrito Federal definió que se debe entender por cópula indicando que: “se debe entender por cópula, la introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal”.¹⁰⁸

De esta forma como lo advierte Marco Antonio Díaz de León, la cópula para los efectos del artículo antes citado debe ser entendida como “la introducción del pene, es decir el miembro viril en el cuerpo de la víctima, en la vagina, en el ano o en la boca, lo cual implica una penetración del pene aunque no sea total, perfecta o con eyaculación en el cuerpo de la víctima y por otro lado se establecen los orificios por donde se efectúa el acceso carnal

¹⁰⁶ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit., pág. 384.

¹⁰⁷ Idem. pág 385

¹⁰⁸ Agenda penal Federal y del Distrito Federal 2005. Ob. cit. pág. 26.

despejando dudas existentes sobre si la fellatio in ore constituía o no una manera de cópular.”¹⁰⁹

De lo anterior se colige, que la cópula existe en el mismo instante en que se produce la introducción, aunque fuere incompleta del pene en la abertura vulvar, anal u oral, sin que sea preciso que se efectúe la inmisio seminis, ni en la cópula normal que se produzca la rotura del himen o desfloración.

Ahora bien resulta importante señalar que nuestro Código Penal sanciona en igualdad de circunstancia la conducta consistente en la introducción por vía vaginal o anal de cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano distinto al pene por medio de la violencia física, de esta forma el legislador trata de proteger a toda costa la libertad sexual de las personas que pueda ser irrumpida precisamente mediante una acción similar a la cópula como en este caso lo sería un objeto diverso a este órgano pero que éstos sean introducidos en la vagina o ano.

A este respecto el Poder Judicial de la federación ha indicado que:

COPULA. CONCEPTO DE.- La cópula es la conjugación sexual que se consuma en el momento mismo de la introducción del sexo masculino en el femenino, con independencia de que produzca desfloración, de que tal intromisión sea perfecta, de que exista agotamiento o de que resulte preñez (Suprema Corte de Justicia de la Nación Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 6ª Época Volumen CXVI pág 26)

PRECEDENTES: Amparo directo 3945/66 Lorenzo Hau Couoh 16 de febrero de 1967 Ponente Jose Luis Gutierrez Gutierrez

VIOLACIÓN, DELITO DE. CONCEPTO DE CÓPULA.- Para que exista copula en el delito de violación no es necesaria la plena consumación del acto fisiológico, pues para que esta se de, basta cualquier forma de ayuntamiento,

¹⁰⁹ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Ob cit, pág. 851.

normal o anormal, con eyaculación o sin ella. (Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8ª Época. Tomo VII. Marzo. Tesis V. 2º. 43 P Pág 224)

PRECEDENTE Amparo directo 8/91 Juan Ramon Sesma López 6 de febrero de 1991 Mayoria de votos, Disidente: Pablo Antonio Ibarra Fernández. Ponente: Julio César Vazquez Mellado Garcia. Secretario : Isidro Pedro Alcantara Váldez

VIOLACIÓN, EL ELEMENTO CÓPULA EN EL DELITO DE. La cópula que la ley exige en la tipificación del delito de violación no requiere la plena consumación del acto fisiológico, ya que para integrar dicho elemento constitutivo es suficiente el simple ayuntamiento carnal aún cuando no haya eyaculación. (Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8ª Época. Tomo IX .Abril. Tesis VI. 2º. 4612 Pág 678.)

QUE DICHA CÓPULA SE EFECTÚE EN PERSONA DE CUALQUIER SEXO.

Efectivamente en este delito, la norma penal determina que “al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo”; coligiéndose que no establece limitación alguna respecto al sujeto pasivo por tanto cualquier persona es susceptible de violación independientemente de su sexo, edad o desarrollo fisiológico, estado civil, etc. así como de la relación de parentesco que guarde frente al agente agresor (en este caso los sobrinos o sobrinas); y aún las personas que sean menores de doce años o con personas que no tengan la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no puedan resistirlo, con la diferencia que en ese caso se hablara de una violación equiparada, quedando la sanción exactamente igual que para la comisión de un delito de violación propiamente.

QUE EXISTA COMO MEDIO PARA OBTENER LA CÓPULA LA VIOLENCIA FÍSICA O MORAL.

A).- VIOLENCIA FÍSICA.- La violencia física aplicada al delito de violación consistirá en la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del

ofendido, que anula, supera o vence su resistencia, y lo obliga, contra su voluntad, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medio que no puede evadir. El empleo de la fuerza material, hace revestir al delito de un carácter muy grave, por el extremo peligro que acarrea, ya que el brutal ímpetu de la acción ofende intensamente la libertad sexual personal o la integridad corporal.¹¹⁰

La fuerza física advierte el maestro Mariano Jiménez Huerta, debe ser eficiente para vencer la resistencia de la víctima, por tanto esta debe estar en relación con su constitución anatómica, además es necesario que la resistencia sea manifestada en gritos o actos de protesta que evidencien real y verdaderamente una voluntad contraria al agresor; de tal forma que la resistencia de la víctima debe ser seria y constante. *Seria* cuando esta exenta de simulación y refleja una autentica voluntad contraria; y *constante* cuando es mantenida hasta el momento último.¹¹¹

En efecto, la violencia física se caracteriza porque se constriñe físicamente al ofendido para realizar la cópula, siempre implicando acciones compulsivas ejecutadas materialmente en el cuerpo del protagonista pasivo para superar o impedir su resistencia muscular, las cuales van desde simples acciones coactivas como amordazamientos, sujeción y atadura de la victima o ataques corporales como golpes, disparos de armas u otros ataques peligrosos.

Finalmente, es evidente que entre la violencia y la cópula debe existir una relación causal, es decir es indispensable que la fuerza sea la causa determinante del vencimiento del paciente y del logro de la cópula no aceptada; de tal manera que si la violencia se da después de consumado el acto, la misma no se integrará.¹¹²

¹¹⁰ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit. pág. 394.

¹¹¹ JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo III La Tutela Penal del Honor y la Libertad, 6ª edición, Ed. Porrúa, México 2000, pág. 264 y 265.

¹¹² GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit, pág 396-397.

B).-VIOLENCIA MORAL.- La violencia moral o coacción (vis compulsiva) en el delito de violación consiste en la amenaza que se hace al ofendido como causarle un mal grave presente, o inmediato en su persona o en la de un tercero, amenaza que tiene la aptitud o fuerza intimidatoria suficiente para vencer su voluntad de oponerse al acceso carnal ilícito; así tenemos que la amenaza constitutiva de la violencia moral puede recaer directamente en la persona del ofendido o en la de un tercero; que el mal que amenaza debe ser grave, presente, o inmediato y que el constreñimiento o coacción tenga la fuerza intimidatoria suficiente para quebrantar la voluntad del ofendido.¹¹³

Para el profesor Carrara, la violencia moral debe ser seria y constante, es decir grave, inminente y posible, que implique un mal futuro de causar miedo a las personas comunes, por su naturaleza e inmediatez, y la posibilidad cierta de la realización del daño por la persona de quien parte la amenaza; una amenaza por seriamente manifestada que sea, puede no intimidar, puede infundir pavor a una persona, a otra puede causarle risa o inspirarle desdén, no es posible dar reglas rígidas para determinar objetivamente la eficacia de las amenazas que obliguen a la víctima al acceso carnal. Es necesario entonces valorar en cada caso la posible eficacia de las amenazas en relación con todas las circunstancias, y especialmente, con la personalidad de la víctima, por tanto lo que importa a final de cuentas es el efecto psicológico, o sea la intimidación.

A este respecto el Poder Judicial de la Federación se pronunció de la siguiente manera:

VIOLACIÓN, VIOLENCIA MORAL. El delito de violación se configura no solo imponiéndola cópula por la fuerza física, sino también cuando mediante violencia moral, la parte ofendida accede o no opone resistencia al acto sexual ante las graves amenazas de que es objeto.(Suprema Corte de Justicia de la

¹¹³ PAVON VASCONCELOS, Francisco y VARGAS LÓPEZ Gilberto. Derecho Penal Mexicano, Parte Especial Vol II, 1ª edición, Ed. Porrúa, México 2000, pág 245.

Nación Jurisprudencia definida. Tesis 410. Tomo II Materia Penal pág 297-apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000.

No pasa desapercibido que Nuestra Legislación penal en su ordinal 175 contempla la llamada violación equiparada indicando que: "se equipara a la violación y se sanciona con la misma pena al que: I.- Realice cópula con persona menor de doce años de edad o con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o II. Introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano distinto del pene en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo. Si se ejerciera violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad".

Estas otras hipótesis encuentran variante respecto al sujeto pasivo tomando en cuenta el estado de indefensión en el que se encuentra el mismo; pero además respecto a la introducción de un objeto, instrumento o una parte del cuerpo diferente al pene impuesta a una persona menor de 12 años, o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo; en el primer caso ello es decir cuando la víctima es menor de doce años precisamente por su edad aún y cuando preste su aparente voluntad constituye un grave delito justamente considerando la impubertad, es decir la temprana edad en que se encuentra el pasivo, ya que no es apto para la vida sexual de relación y para los fenómenos reproductores, lo que le impide resistir psíquica y corporalmente pretensiones lúbricas, cuyo significado verdadero, alcance y posibles consecuencias ignora racionalmente; es por ello que dicha protección obedece a la ausencia de voluntad del sujeto pasivo misma que esta presupuesta por la ley, es decir se supone que la víctima carece de voluntad para el acto carnal, aún cuando se haya prestado a

él buenamente, no siendo necesario el desarrollo físico y la mentalidad de la víctima, la presunción no admite excepciones en tal caso.¹¹⁴

Por otro lado, tenemos a las personas que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; esta fracción comprende dos hipótesis; la primera presupone que la persona se encuentra imposibilitada de querer y consentir mediante una normal motivación, es decir se entiende que el sujeto no esta en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales precisamente por una causa o alteración patológica de la mente, aquí entran los estados de enajenación mental en sus diversas formas de manifestación causativos de la anulación de la conciencia o de la voluntad, ya sea que se traduzcan en esquizofrenias, o disgregaciones de las funciones psíquicas, que afecten el pensamiento, conductas afectivas, sentimientos y relaciones con el mundo exterior, en defectos congénitos o adquiridos en los primeros años de vida cuando el cerebro se encuentra en plena inmadurez. Y en segundo lugar se refiere a la situación en donde el sujeto por cualquier causa no pueda resistirlo, tal y como lo serían situaciones de naturaleza mas o menos transitoria en que el sujeto se halla en un estado de inconciencia que le priva de la facultad de conocer y comprender y, por tanto de asistir o resistir. Estas situaciones pueden ser accidentales y otras originadas intencionalmente. Las accidentales pueden ser a su vez fisiológicas y patológicas entre las primeras destacan el sueño y el sonambulismo Sin embargo es poco probables que la cópula se pueda realizar bajo estas circunstancias contrario a ello entre las segundas, destacan los desvanecimientos o sincopes procedentes de estados febriles, epilépticos o comatosos; pero los casos que revisten mayor gravedad y suceden con mayor frecuencia son aquellos en que la imposición de resistir es originada por el propio actuar doloso del agente al provocar estados de inconciencia al colocar a su victima en estado de hipnosis, o suministrar narcóticos, analgésicos o bebidas embriagantes, habida cuenta que ocasionan profundas alteraciones o

¹¹⁴ REYNOSO DAVILA, Roberto. Ob cit. pág. 140.

trastornos psíquicos por intoxicación, dada la naturaleza de dichas sustancias, aunado a la posibilidad de hallarse las mismas mas o menos fácilmente al alcance de cualquier persona y factibilidad que presentan de ser ministradas o mezcladas con alimentos o bebidas de apariencia inocuas, asumen y revisten en la practica una gran frecuencia e importancia como medio comisivo en los delitos de violación.

Otras causas que pueden evitarle al sujeto pasivo producirse voluntariamente son estados patológicos debilitantes o imposibilitadores de movimientos y de reacciones defensistas como son el caso de parálisis, estados de extrema debilidad como la anemia exhaustiva, estados agónicos lúcidos, por otro lado también se encuentra el estado de involución senil, las enfermedades de parálisis etc.; finalmente señalan los autores que también se encuentra el suministro de afrodisíacos u otro suministro de droga que existe la actividad sexual del pasivo.¹¹⁵

SUJETOS.

ACTIVO.- el sujeto activo en la comisión del delito de violación, es aquella persona que ejecuta mediante la violencia física o moral la cópula contra otra persona, o cuando introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo distinto al pene. Y en los casos de violación equiparada cuando es aquélla persona que le imponga la cópula o bien introduzca vía vaginal o anal elemento, instrumento, o cualquier parte del cuerpo distinto al pene, a una persona menor de doce años de edad o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; de tal suerte que el pariente consanguíneo en tercer grado como lo es el tío puede ser el sujeto activo en la comisión del delito de violación, así como en su equiparable.

¹¹⁵ JIMENEZ HUERTA, Mariano. Ob cit. pág. 272-273.

PASIVO.- por otro lado, el sujeto pasivo en la comisión del delito de violación, es la persona titular del bien jurídico en este caso, puede ser hombre o mujer y en los casos de violación equiparada son las personas menores de doce años de edad o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo. En este caso el sobrino (a), también puede tener la calidad de sujeto pasivo en el delito de violación y su equiparable.

EL OBJETO JURÍDICO.- Es el bien jurídicamente tutelado en el delito de Violación es la LIBERTAD SEXUAL de todo individuo de realizar relaciones sexuales con el sujeto que quiera, pero en los casos de violación equiparada el bien jurídico que también se tutela es el normal desarrollo psicosexual.

EL OBJETO MATERIAL.- recae en el cuerpo del sujeto pasivo, pues en su cuerpo se realiza la cópula mediante el uso de la violencia física o moral.

Podemos concluir que la conducta ya sea la realización de la cópula con persona de cualquier sexo, mediante el uso de la violencia física o moral, así como la realización de la cópula con persona menor de doce años de edad o con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o bien cuando se introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano distinto del pene en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, puede ser cometida por el pariente consanguíneo colateral en tercer grado (tío) respecto a su sobrino (a).

B) TIPICIDAD.- La tipicidad como ya lo analizamos en el capítulo anterior es la adecuación de la conducta al tipo penal, en este caso el tipo penal del delito de Violación es el establecido en el numeral 174 del Nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal.

ARTÍCULO 174.- Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de seis a diecisiete años.

Se entiende por cópula, la introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal.

Se sancionará con la misma pena antes señalada, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano, distinto al pene, por medio de la violencia física o moral.

Si entre el activo y el pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja, se impondrá la pena prevista en este artículo, en estos casos el delito se perseguirá por querrela, y en el caso de la violación equiparable es el establecido en el numeral 175 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

Y en el caso de la violación equiparada el tipo penal es el establecido en el numeral 175 del Nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal:

Artículo 175. Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena, al que:

I. Realice cópula con persona menor de doce años de edad o con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o

II. Introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano distinto del pene en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo.

Si se ejerciera violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.

Así pues, la tipicidad se presentara cuando el sujeto activo por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo; o cuando introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo distinto al pene.

Y en los casos de violación equiparada cuando el sujeto activo imponga la cópula o bien introduzca vía vaginal o anal elemento, instrumento, o cualquier parte del cuerpo distinto al pene a una persona menor de doce años de edad o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo.

El tipo penal de violación ha sido clasificado en atención a diversas características como lo es:

1.- su composición, es un tipo normal, porque en su contenido existen elementos objetivos.

2.- su ordenación metodológica, es fundamental o básico, por que tiene plena independencia, es decir se plasma una conducta ilícita sobre un bien jurídico tutelado.

3.- su autonomía, es autónomo, pues para su tipificación no requiere de la existencia de algún otro tipo.

4.- su formulación, es casuístico, porque en su texto se plantean varias hipótesis, y además, es alternativo, porque con la ejecución de alguna de sus hipótesis planteadas, se configura el delito.

5.- el daño que causa, es de lesión, debido al menoscabo que ocasiona en la libertad sexual del pasivo en los casos de violación; y el normal desarrollo psicosexual en los casos de violación equiparable.

C) ANTIJURICIDAD.- La antijuricidad del delito de violación, y violación equiparada, deviene precisamente por el hecho de ser una conducta descrita en un tipo penal, pero además porque la misma resulta ser contraria a derecho por no encontrarse amparada por alguna causa de justificación En este caso se presenta la antijuricidad formal y material; la primera porque se opone

a la ley, y la segunda por afectar el interés protegido por la norma, toda vez que la conducta desplegada por el agente activo, no se encuentra amparada por alguna de las causas de licitud previstas en las fracciones IV, V, VI, VII y VIII del artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, es decir porque su conducta no se realiza bajo el amparo de alguna causa de justificación o precepto permisivo que torne lícito su actuar, como lo sería el actuar en legítima defensa; en estado de necesidad; bajo el ejercicio de algún derecho o cumpliendo algún deber jurídico.

D) IMPUTABILIDAD.- En el caso de la violación y la violación equiparada la imputabilidad se presenta, cuando el activo tiene precisamente la capacidad de querer y entender en campo del derecho penal.

En este rubro si figuran los menores de edad, pues aunque algunos juristas los consideren como inimputables, la legislación si los sanciona pero sometiéndolos a un régimen especial.

Acciones libres en su causa.- En este caso se presentan, cuando el sujeto activo para lograr su acción delictiva, se coloca voluntariamente en algún estado de inimputabilidad, por ejemplo drogándose; sin embargo por el hecho de haberse colocado el mismo en ese estado, resulta ser imputable, por tanto aún y cuando el sujeto activo haya realizado el delito de violación o violación equiparada encontrándose en un estado de inimputabilidad provocada por el mismo, resultará imputable al encontrarnos ante una acción libre en su causa.

E) CULPABILIDAD.- Tomando en cuenta que, el delito de violación o la violación equiparada son conductas dolosas, debido a que para su ejecución se requiere la plena voluntad del agente, es claro que no cabe la realización culposa, por tanto únicamente se presenta por dolo directo.

F) PUNIBILIDAD.- La punibilidad del delito de violación así como su equiparable se encuentra albergada en el párrafo primero del ordinal 174 del

Nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal; el cual establece: "al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de seis a diecisiete años."

Siendo que en el caso se la violación equiparada aún y cuando se encuentra tipificada en el artículo 175 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, éste para efecto de penalidad nos remite al ordinal 174 en su párrafo primero al indicar "...Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena..."

No soslayamos la existencia de un incremento en la pena por la comisión del delito de Violación y su equiparable, bajo ciertas hipótesis; sin embargo éste punto se analizará en el capítulo siguiente.

OTROS ASPECTOS DEL DELITO.- El delito de violación se puede *consumar*, cuando el sujeto activo efectúa por medio de la violencia física o moral la cópula normal o anormal; pero además cuando existe la introducción vía vaginal o anal de instrumento, objeto o cualquier parte del cuerpo distinta al pene en contra de una persona. En el caso de la violación impropia cuando el sujeto activo impone la cópula normal o anormal o la introducción vía vaginal o anal de instrumento, objeto o cualquier parte del cuerpo distinta al pene en contra de una persona menor de doce años de edad o con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; *o bien su realización puede quedarse en grado de tentativa* ya sea acabada o inacabada.

PARTICIPACIÓN.- El delito de violación o su equiparable se puede realizar a título de:

AUTOR MATERIAL.- cuando el activo sea el que ejecute directamente la violación.

COAUTOR.- es quien actúa en la misma proporción que el agente del ilícito.

AUTOR INTELECTUAL.- es quien determina a otra persona a cometer el delito de violación.

CÓMPLICE.- es quien realiza actos de cooperación en la perpetración de la violación.

ENCUBRIDOR.- es quien oculta al agente que ha cometido la violación.

CONCURSO DE DELITOS.-

IDEAL.- El delito de violación acepta el concurso de delitos, es decir, con la ejecución de la acción ilícita de violación, pero produce además otro resultado; en este caso podríamos señalar como ejemplo el hecho de que un sujeto viole a una persona y origine la muerte de su víctima.

REAL.- Se presenta cuando con diversas acciones se producen diversos resultados ilícitos, por ejemplo, cuando un sujeto roba a una persona, pero una vez ejecutado éste, decide violarla.

3.1.2 ELEMENTOS NEGATIVOS.

A) LA AUSENCIA DE CONDUCTA.- En el delito de violación y su equiparable excepcionalmente se presenta, cuando el sujeto activo se encuentra colocado en un estado de letargo, quedando su voluntad sujeta al albedrío de un tercero, quien le indica ejecutar la violación de alguna persona, pero dicha situación debe ser plenamente probada científicamente. Sin embargo resulta muy difícil que este delito se presente por bajo esta causa.

B) ATIPICIDAD.- En este caso, la atipicidad se presentará cuando la conducta se realice en ausencia de los medios comisivos específicamente señalados por la ley, en el caso de la violación y su equiparable cuando el sujeto activo obtenga la cópula sin la utilización de la violencia física o moral o bien cuando no se realice la cópula, ni la introducción vía vaginal o anal de cualquier otro elemento o instrumento u otra parte del cuerpo distinta al pene.

Y por lo que hace a la violación impropia la atipicidad se presentará, cuando el sujeto activo no realice la cópula, ni la introducción vía vaginal o anal de cualquier otro elemento o instrumento u otra parte del cuerpo distinta al pene sobre una persona menor de doce años de edad o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo. O bien cuando se realice la cópula, o la introducción vía vaginal o anal de cualquier otro elemento o instrumento u otra parte del cuerpo distinta al pene sobre la persona sea mayor de 12 años, si tenga la capacidad de comprender el significado del hecho y no se encuentre impedida.

C) CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.- Es evidente que en la comisión del delito de violación no opera ninguna de las causas de justificación que marca la ley como lo sería la legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, impedimento legítimo, consentimiento del titular del bien jurídico tutelado, error invencible; pues como se puede observar lo que impera en este delito es la falta de consentimiento en la parte ofendida, por tanto imponerle la cópula en ausencia de su consentimiento o introducirle algún instrumento objeto o parte del cuerpo distinto al pene, es decir, vía vaginal o anal, trae aparejado la vulneración de su libertad sexual o en el normal desarrollo psicosexual de la víctima, aún y cuando se trate de los esposos, pues esa calidad no le da derecho a violar a su cónyuge; y si bien hay juristas como Porte Petit que son partidarios que aseveran que la violación entre cónyuges no es factible tomando en cuenta que al realizar la cópula se ejercita un derecho, también lo es, que en la ley no se establece tal distinción, por ende para nosotros la violación entre cónyuges si existe y por tanto no existe una causa que justifique tal proceder delictivo.

D) INIMPUTABILIDAD.- La imputabilidad es la falta de capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal, así pues cuando el sujeto activo se encuentre en esta situación será inimputable, en este rubro se encuentran las personas que tienen algún trastorno mental, o desarrollo intelectual retardado.

E) INCULPABILIDAD.- Tratándose del delito de violación y violación equiparada no se presenta.

F) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.- Al igual que la inculpabilidad éstas no se presentan.

3.1.3 CLASIFICACIÓN.

El delito de violación puede clasificarse de la siguiente forma:

En función a su gravedad.-

La violación es considerada dentro de la clasificación Bipartita, tomando en cuenta que su sanción va a estar a cargo de la autoridad judicial y no una autoridad administrativa.

En orden a la conducta.-

Se trata de un delito de acción, toda vez que su ejecución requiere necesariamente la realización de movimientos corporales.

En orden al resultado.-

Es un delito de resultado material, porque en su realización se produce un resultado material, el cual es la cópula obtenida mediante violencia física o moral.

Por el daño que causa.-

Se trata de un delito de lesión ya que causa un menoscabo al bien jurídico tutelado el cual es la libertad sexual que posemos todos los individuos.

Por su duración.-

Es de realización Instantánea, ya que en el mismo momento de su ejecución se consuma el acto delictivo, es decir se realiza mediante la realización de una sola acción única, o bien, de una compuesta por diversos

actos que entrelazados producen el resultado, atendiéndose esencialmente a la unidad de la acción.

Por el elemento interno.-

Se trata de un delito doloso, porque aquí el agente tiene plena voluntad de realizarlo, es decir, al efectuar la cópula por medio de la violencia física o moral es evidente que desea el resultado del hecho delictivo.

En función a su estructura.-

Se trata de un delito simple, pues el único bien que tutela es la libertad sexual, en el caso del delito de violación, sin embargo en el delito de violación equiparada el bien que se tutela es el normal desarrollo psicosexual de la pasivo.

En relación al número de actos.-

Se trata de un delito unisubsistente, debido a que se ejecuta en un solo acto, al realizar la cópula por medio de la violencia física o moral.

En relación al número de sujetos.-

Es unisubjetivo, porque el texto legal solo exige la participación de un sujeto.

Por su forma de persecución.-

Es un delito de oficio, por lo cual la autoridad tiene la obligación de perseguirlo aún en contra de la voluntad del ofendido, no opera el perdón del agraviado.

Su clasificación legal.-

Se encuentra estipulado en el Título Quinto. Delitos contra la libertad y la Seguridad Sexual y el Normal Desarrollo Psicosexual. Capítulo I.

3.2 ABUSO SEXUAL

CONCEPTO.- Antes de analizar propiamente los elementos del delito de Abuso sexual, debe decirse que este delito tuvo diversas denominaciones, por ello para poder definirlo, debemos hacer alusión a su inicial denominación como lo era el de abuso deshonesto; así pues tenemos que abuso significa usar mal injusta, impropia o indebidamente una cosa; y deshonesto es equivalente a impúdico o a lo falto de honestidad, o a lo que no esta conforme a la razón, ni a las ideas recibidas por buenas.¹¹⁶

Algunos autores señalan que “la vaga expresión de abuso deshonesto es menos imprecisa que la de relaciones inmorales y atentado al pudor, pero la de actos libidinosos violentos no solo traza mas claramente los limites del territorio legal del delito, sino que también refleja de modo mas adecuado el contenido del bien jurídico protegido. Lo que da fisonomía propia al delito, es la violencia, afectiva o presunta en la comisión de actos lúbricos enderezados a la satisfacción del instinto sexual fuera del concúbiteo”.¹¹⁷

El maestro González de la Vega, al referirse a este delito o tipo penal indica que “en términos esenciales, se entiende por delito de atentado al pudor, cualquiera que sea el sexo de sus protagonistas activo o pasivo los actos corporales de lubricidad, distintos a la cópula y que no tienden directamente a ella, ejecutados en impúberes o con consentimiento de personas púberes.”¹¹⁸

El jurista Muñoz Conde nos explica que, gramaticalmente el término “honestidad” equivale a decencia o reputación; y en este sentido es demasiado amplio para la rúbrica de los delitos que nos ocupan, pues exceden en mucho

¹¹⁶ REYNOSO DAVILA, Roberto. Ob cit. pág. 33.

¹¹⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, Ed Bibliográficas Omeba S.R.L. Buenos Aires Argentina, pág 136

¹¹⁸ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob cit. pág 338

del ámbito de lo sexual, así puede hablarse de un honesto funcionario o de un comerciante deshonesto, etc.¹¹⁹

La denominación del delito ha sido muy variada, así tenemos que en Código Penal Argentino, a este delito se le denomina como abuso deshonesto, en tanto que en el Código Penal Francés se le conoce como atentados al pudor y en el Italiano como actos libidinosos violentos. En Nuestra Legislación inicialmente se le denominaba delito de atentado siguiendo el Código Francés, sin embargo por decreto de 20 de diciembre del 1990 publicado en el Diario Oficial de 21 de enero de 1991, se cambió la denominación al delito de "atentados al pudor", por la de "abuso sexual" al cambiar la denominación del Capítulo de "delitos sexuales", por el de Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

Para el Catedrático Díaz de León "el abuso sexual se comete por quien sin intención de llegar a la cópula realiza un acto sexual u obliga a realizarlo, en una persona (varón o mujer) sin mediar la voluntad de ésta para ello".¹²⁰

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ABUSO SEXUAL.- El atentado al pudor, ahora Abuso Sexual, ha sido contemplado con diversas denominaciones en nuestro país, así tenemos que en el artículo 789 del Código Penal de 1871, dentro del Título denominado a los Delitos Contra el Orden de las Familias, la Moral Pública o las Buenas Costumbres, se definía como: "todo acto impúdico que ofenda al pudor sin llegar a la cópula ejecutando contra una persona sin su voluntad cualquiera que fuere su sexo"; aludiendo a su comisión con o sin violencia; el Código Penal de Almaraz (1929) lo insertó dentro del Título relativo a los Delitos contra la Libertad Sexual, considerando "atentado al pudor todo acto erótico- sexual que, sin llegar a la cópula, fuere ejecutado en persona

¹¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal, Parte especial, 6ª edición, Ed. Publicaciones Universidad de Sevilla, Sevilla 1985, pág 241 y 242.

¹²⁰ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Ob cit, pág 886.

púber sin su consentimiento, agravando la pena por la concurrencia de la violencia física o moral".¹²¹

El Código Penal de 1931 lo ubico en el Título relativo a los Delitos Sexuales y lo definió de la siguiente manera: "al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de ésta última, ejecute en ella un acto erótico sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula se aplicara de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos. Si se ejecutaba con violencia física o moral, la pena era de seis meses a cuatro años de prisión y multa de cincuenta a mil pesos. Asimismo, el atentado contra el pudor sólo se castigaba cuando se hubiera consumado, lo relevante de este ordenamiento es que ya no estipula en un artículo el atentado al pudor cometido con violencia física o moral y en otro el ejecutado sin ésta, sino que en uno solo se indican ambas hipótesis, únicamente especificando la agravación de la pena para el realizado con violencia. En el Código Penal de 1991 el delito de atentado al pudor cambia de nombre, denominándosele abuso sexual y el artículo 260 del Ordenamiento citado, no se modifica en gran parte quedando: "al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión. Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentara hasta en una mitad.

Sin embargo el artículo 261 del Código Penal si se modifica por completo para quedar de la siguiente manera: "Al que sin el propósito de llegar a la cópula ejecute un acto sexual en una persona menor de 12 años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo, se le aplicara una pena de seis meses a tres años de prisión. En libertad o semilibertad por el mismo tiempo. Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la pena será de dos a siete años de prisión"; con esta reforma se estatuye una nueva hipótesis en el artículo 261 del Código Penal a efecto de

¹²¹ PAVON VASCONCELOS, Francisco y VARGAS LÓPEZ, Gilberto. Ob. cit. pág 346, 347.

proteger a las personas menores de doce años o que no tengan la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo.

En cuanto a las anteriores reformas indica Reynoso Davila se observaron las siguientes modificaciones:

Se suprime la alusión a la calidad de púber e impúber del sujeto pasivo, previéndose respecto de éste que la conducta se lleve a cabo sin su consentimiento o "en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo"; se cambia la alusión de "acto erótico sexual" por la de "acto sexual" excluyendo la cópula; y originalmente se establecía que el acto constitutivo debía ejecutarse en la víctima (ejecute en "ella"), con las reformas se amplía, comprendiéndose también, que a la víctima se "le obliguen a ejecutarlo". Nuevamente este precepto fue reformado mediante Decreto de 26 de diciembre de 1997 y publicado el 30 de diciembre del mismo año, a fin de aumentar la sanción penal, en un cien por ciento al sujeto activo, estableciendo ahora una sanción de seis meses a cuatro años, cuando anteriormente se encontraba sancionado con pena de tres meses a dos años de prisión.¹²²

Finalmente tenemos la creación del Nuevo Código Penal de 2002 mismo que vino a abrogar el Código Penal para el Distrito Federal, el cual contempla el delito de Abuso Sexual dentro del Título Quinto Delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y el Normal Desarrollo Psicosexual en su Capítulo II para quedar como sigue:

ARTÍCULO 176. Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo, se le impondrá de **uno a seis años de prisión.**

¹²² REYNOSO DAVILA, Roberto. Delitos Sexuales, 2ª edición, Ed Porrúa, México 2001, pág 49.

Si se hiciera uso de violencia física o moral, **la pena prevista se aumentará en una mitad.**

Este delito se perseguirá por querrela, salvo que concurra violencia.

ARTÍCULO 177. Al que sin el propósito de llegar a la cópula ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue a observar o ejecutar dicho acto, se le impondrá de dos a siete años de prisión.

Si se hiciera uso de violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.

Observando que el texto se conserva en igualdad de circunstancias al de 1997, sin embargo existe un incremento en la penalidad.

3.2.1 ELEMENTOS POSITIVOS

A) CONDUCTA.- Como se puede observar en el párrafo primero del numeral 176 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se establece el primer elemento del delito de Abuso Sexual, denominado ya sea acto, acción o conducta: "al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo".

A este respecto, el Maestro Pavón Vasconcelos indica que, de la descripción dada por el artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal, (actualmente regulado en el numeral 176 del nuevo Código Penal) se desprenden los siguientes elementos:

- Ejecutar en otra persona un acto sexual;
- Obligar a otra persona a observar un acto sexual;
- Hacer ejecutar a otro un acto sexual.

En este sentido el Maestro advierte que es conveniente aclarar que los actos sexuales son diversos a la cópula, es decir, son de índole estrictamente sexual, pues se trata de maniobras, manejos o acciones lúbricas u obscenas ejecutadas sobre un cuerpo de una persona para satisfacción de la libido del autor de ellas, o bien obtener dicho placer obligando a una persona observar o presenciar dichos actos u obligarla a ejecutarlos en la persona del agente o de un tercero, actividades cuyo coeficiente psíquico radica en la voluntad, aquí el agente quiere ejecutar el acto sexual, mas no el acceso, en otro u obligar a éste a presenciarlo o a ejecutarlo en él mismo o en el cuerpo de otro. Como bien lo aclara Fontan Balestra el acto sexual constitutivo de la acción delictiva "tiene lugar sobre la persona de la víctima, sobre tercero o aún sobre el mismo actor, que obliga al sujeto pasivo a que lo realice, tal es el caso de quien obliga a su víctima a presenciar actos de lujuria practicados por él con un tercero, o entre terceros y el del actor que impone a la víctima que lo masturbe, o realice sobre su persona actos lesbicos, y en este caso indica el citado autor, no quiere decir que el acto delictuoso se realizó sobre tercero, o sobre el actor, pues en sí lo que realizó sobre éstos, es el acto libidinoso; sin embargo cuando se ejerce violencia para obligar a otro a presenciarlo, soportarlo o realizarlo, es ejercida sobre el sujeto pasivo.¹²³

A este respecto Marco Antonio Díaz de León indica que ejecutar un acto sexual significa, realizar físicamente un contacto erótico en el cuerpo de la víctima, es decir, el agente debe efectuar materialmente una maniobra libidinosa que puede consistir en tocar, frotar, rozar, tentar o acariciar con sentido lascivo alguna parte del cuerpo de la persona ofendida, como por ejemplo en una mujer el pubis, los senos, los glúteos, o cualquier otra parte de contenido sexual de su físico, faltando el consentimiento de ésta. En esta misma tesitura la conducta consistente en obligar a la agraviada a ejecutar un acto sexual sin el propósito de llegar a la cópula, si bien puede interpretarse como impulsar o compeler a aquella obviamente sin su voluntad un acto erótico, tal conducta se enfoca también y acaso con mayor lógica respecto de la

¹²³ PAVON VASCONCELOS Francisco y VARGAS LÓPEZ Gilberto. Ob. cit. pág. 350.

hipótesis donde se hace uso de la violencia física o moral, aludidas en el párrafo segundo.¹²⁴

Así tenemos que por las diversas acciones típicas que se desprenden del numeral anteriormente citado, constituye evidentemente un delito de acción, que repudia o rechaza a la omisión como forma comisiva, es el abuso sexual un delito esencialmente unisubsistente, dado que el tipo no requiere una necesaria pluralidad de actos para perfeccionar la acción: un solo tocamiento lúbrico integra los elementos de tipo, con independencia de que en la ejecución del delito el agente multiplique los movimientos corporales voluntarios de la acción descrita en la ley.

Además de los elementos anteriormente señalados, se observa un elemento subjetivo en el abuso sexual el cual es según el Maestro Marco Antonio Diaz de León consiste en la intención lasciva, es decir el agente debe querer únicamente abusar sexualmente, sin tener en mente llegar a la cópula, dado que se limita a buscar un desahogo lúbrico, sin aspirar a tener acceso carnal en ello estriba la diferencia con la tentativa de violación, pues en esta, la voluntad del activo va dirigida a la cópula.¹²⁵

La violencia en el abuso sexual puede ser real y efectiva, desde el punto de vista objetivo o material, o traducirse en amenaza capaz de intimidar a la parte ofendida. El uso de la violencia agrava la penalidad señalada para el abuso sexual situación que se justifica, ya que la violencia es, sin duda una forma de actuar contraria a toda norma moral por constituir un medio para imponer una voluntad sobre la otra y cuando la utilicen los particulares es comúnmente una forma de coacción para obtener una ventaja ilícita, o para cometer un delito, como ocurre en la especie.

¹²⁴ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Ob cit. 1ª edición México 2004, pág 887.

¹²⁵ Idem. pág 889

SUJETOS.-

ACTIVO.- el sujeto activo en la comisión del delito de Abuso sexual, es aquella persona que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo, de lo que se desprende que la ley no hace referencia al sexo del sujeto, por tanto el delito puede cometerse por un hombre contra una mujer, una mujer contra un hombre, un hombre contra otro hombre y una mujer contra una mujer, en nuestra legislación existe un tipo agravado complementado de abuso sexual cuando se comete en persona menor de doce años y que no tenga capacidad de comprensión sobre el significado el hecho o no lo pudiere resistir por cualquier causa. Por lo anterior se puede concluir que el delito de abuso sexual constituye un tipo de sujeto común o indiferente; de tal suerte que el pariente consanguíneo en tercer grado como lo es el tío puede ser el sujeto activo en la comisión del delito de Abuso Sexual, así como en su equiparable.

PASIVO.- el sujeto pasivo en la comisión del delito de Abuso Sexual, es la persona titular del bien jurídico en este caso, puede ser hombre o mujer y en los casos de Abuso Sexual complementado agravado, son las personas menores de doce años de edad o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue a observar o ejecutar dicho acto. En este caso el sobrino (a), también puede tener la calidad de sujeto pasivo en el delito de abuso sexual y su tipo complementado agravado.

EL OBJETO JURÍDICO.- Es el bien jurídicamente tutelado, sobre este aspecto existen diferentes opiniones pues mientras unos autores consideran que el bien jurídico que se tutela en este delito es la honestidad de la persona apoyándose en el título bajo el cual se comprende en la ley positiva, otro señalan que dicho delito también recae en personas deshonestas por lo que no excluye su punición. Otra corriente señala que el bien jurídico es el pudor de la

persona, sin embargo nosotros nos adherimos a la postura adoptada por los Juristas PAVON VASCONCELOS Francisco y VARGAS LÓPEZ Gilberto, quienes señalan que el criterio más generalizador es aquel que ve en el abuso sexual, como en otros delitos propiamente sexuales, un ataque a la libertad de la persona y específicamente a su libertad sexual, pero también contra el normal desarrollo psicosexual como ocurre en nuestro derecho al incluir el delito en el título relativo a aquellos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, ya que si bien el desarrollo normal de referencia no se afecta tratándose de personas que han rebasado la pubertad, si la puede afectar en sujetos sexualmente inmaduros por su minoría de edad, ya que la ley contempla la conducta ilícita desplegada sobre persona menores de doce años y que no tenga capacidad de comprensión sobre el significado el hecho o no lo pudiere resistir por cualquier causa, o la obliguen a observar o ejecutar dicho acto.

OBJETO MATERIAL.- Es el cuerpo de la personas ofendidas y aún el del agresor (en la hipótesis de "obligar a observarlo").

Se puede concluir, que al igual que en el delito de violación, el Abuso sexual puede ser cometido por el pariente consanguíneo colateral en tercer grado (tío) respecto su sobrino (a).

B) TIPICIDAD.- La tipicidad como ya lo analizamos en el capítulo anterior es la adecuación de la conducta al tipo penal, en este caso el tipo penal del delito de Abuso Sexual es el establecido en el numeral 176 del Nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal.

ARTÍCULO 176. Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo, se le impondrá de uno a seis años de prisión.

Si se hiciere uso de violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.

Este delito se perseguirá por querrela, salvo que concurra violencia.

En tanto que el tipo penal del delito de Abuso Sexual complementado agravado es el establecido en el numeral 177 del Nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal mismo que contempla lo siguiente:

ARTÍCULO 177. Al que sin el propósito de llegar a la cópula ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue a observar o ejecutar dicho acto, se le impondrán de dos a siete años de prisión.

Si se hiciere uso de violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.

Así pues, la tipicidad se presentara, cuando el sujeto activo sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo, o bien cuando dichas conductas se ejecuten sobre persona menor de doce años y que no tenga capacidad de comprensión sobre el significado el hecho o no lo pudiere resistir por cualquier causa.

Clasificación del tipo penal en el delito de abusos sexual:

1.- por su composición, es un tipo normal, ya que la descripción efectuada por nuestro legislados se encuentra conformada por elementos objetivos.

2.- por su ordenación metodológica, es fundamental o básico, por que tienen plena independencia, se encuentra formado con una conducta ilícita sobre un bien jurídico tutelado.

3.- por su autonomía es autónomo en virtud a que tiene vida propia no necesita de la realización de otro ilícito para su configuración o sanción.

4.- por su formulación es un tipo amplio, debido a que contiene en su descripción una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, es decir, se colma el tipo penal con la lesión causada al bien jurídicamente

tutelado independientemente de los medios empleados para la realización del ilícito.

5.- Por el daño que causa es de lesión, porque requiere de un daño inminente al bien jurídicamente tutelado.

C) ANTIJURICIDAD.- La antijuricidad para que la conducta del agente sea considerada como delito debe ser antijurídica es decir contraria derecho, se presenta la antijuricidad material, como formal.

D) IMPUTABILIDAD.- Es la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal; en el caso de los menores de edad, aunque algunos juristas los consideren como inimputables la legislación si los sanciona pero sometiéndolos a un régimen especial y ante una autoridad diversa como lo es el Consejo Tutelar de menores.

Acciones libres en su causa.- son aquellas circunstancias en las que el agente activo, se coloca voluntariamente, en nuestro caso para abusar sexual de cierta persona, como lo sería: algún estado de inimputabilidad, empero a pesar de esta circunstancia, el agente es imputable completamente porque dolosa o culposamente se ha puesto bajo este estado.

E) CULPABILIDAD.- La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto. El delito de abuso sexual es de realización dolosa, pues para la ejecución del mismo se requiere de la plena voluntad del agente, para realizar el acto sexual sobre su víctima por ende no cabe la realización culposa, por tanto únicamente se presenta por dolo directo.

F) PUNIBILIDAD.- La punibilidad del delito de Abuso Sexual se encuentra albergada en el ordinal 176 párrafo primero el cual establece:

“Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo, se le impondrá de uno a seis años de prisión”.

Si se hiciera uso de violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.

Siendo que en el caso del abuso sexual complementado agravado se encuentra tipificada en el artículo 177 del Código Penal y en el mismo se establece: "Al que sin el propósito de llegar a la cópula ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue a observar o ejecutar dicho acto, se le impondrán de dos a siete años de prisión.

Si se hiciera uso de violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.

No soslayamos la existencia de las circunstancias agravantes que tienen como fin incrementar la pena, sin embargo este tema se analizará en el capítulo siguiente.

OTROS ASPECTOS DEL DELITO.- El delito de abuso sexual se consuma, en el momento mismo en que el agente ejecuta un acto sexual en otra persona, sin su consentimiento, o la obligue a ejecutarlo.

TENTATIVA.- se presenta la tentativa acabada, es decir, cuando el agente realiza todos los actos o elementos para la ejecución del delito, pero por una causa ajena a él, no se ejecuta el ilícito. p. ejemplo. Cuando el agente ha preparado todos los medios para la ejecución del delito, pero al momento de querer ejecutar un acto sexual en otra persona sin su consentimiento, esta huye.

PARTICIPACIÓN.- El delito de abuso sexual se puede realizarse a título de:

AUTOR MATERIAL.- será quien ejecute directamente el acto sexual sobre el sujeto pasivo sin su consentimiento.

COAUTOR.- es quien actúa en la misma proporción que el agente del ilícito.

AUTOR INTELECTUAL.- es quien instiga a otra persona a cometer el delito de abuso sexual.

CÓMPLICE.- es quien realiza actos de cooperación en la realización del abuso sexual.

ENCUBRIDOR.- es quien oculta al agente que ha cometido el abuso sexual.

CONCURSO DE DELITOS.-

IDEAL.- es cuando el agente con una sola conducta realiza el delito de abuso sexual, además una diverso como lo sería el Robo.

MATERIAL O REAL.- es cuando el agente además de producir las lesiones efectúa otras acciones produciendo otros delitos.

3.2.2 ELEMENTOS NEGATIVOS.

A) AUSENCIA DE CONDUCTA O ACCIÓN.- Los jurisconsultos Pavon Vasconcelos y Vargas López consideran que, en el delito de abuso sexual cabe la posibilidad de que concurran la vis absoluta o fuerza física irresistible, y la vis compulsiva, en el primer caso no existe voluntad en el movimiento corporal del sujeto y el delito sería inexistente por falta de acción, en tanto que en la vis compulsiva se daría cuando el sujeto realice la acción prohibida en la ley, impulsado por la amenaza de un mal grave e inminente que lo intimide y le impida resistirse.¹²⁶

B) ATIPICIDAD.- En este delito se presenta cuando la conducta se realiza en ausencia de cualquiera de los elementos que exige la norma penal como lo sería el consentimiento de la otra persona, la intención lasciva.

C) CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.- No opera ninguna de las causas de justificación que marca la ley como lo sería la Legítima defensa, Estado de

¹²⁶ PAVON VASCONCELOS Francisco y VARGAS LÓPEZ, Gilberto. Ob. cit. pág. 358.

necesidad, Ejercicio de un Derecho, Cumplimiento de un Deber, Impedimento legítimo.

D) INIMPUTABILIDAD.- Es la falta de capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal, así pues cuando el sujeto activo se encuentre en esta situación será inimputable, en este rubro se encuentran las personas que por su reducida edad no comprendan el carácter de su acción o en virtud de padecer algún trastorno mental, o desarrollo intelectual retardado. Trastorno mental transitorio, este se presenta en los casos en los que el agente sufre de un cambio eventual en su psique, el cual lo lleva actuar en una forma distinta a como lo haría en condiciones normales, es decir que por su alteración o trastorno mental transitorio abusa sexualmente de otra persona, lo cual comete sin la voluntad de hacerlo. La falta de salud mental se presenta cuando se considera a un individuo inimputable, en consecuencia de mente enferma.

E) INCULPABILIDAD.- Es el aspecto negativo de la culpabilidad, es la falta del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.

Error.- nuestra norma penal solo acepta el error invencible cuando humanamente no es posible evitar el hecho, por la falsa concepción de la realidad que se tiene en cuanto a éste, por lo cual no se puede proveer el resulta antijurídico.

Temor fundado.- se presente cuando el agente actúe bajo circunstancias objetivas que le puedan ocasionar algún daño.

F) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.- No se presentan.

3.2.3 CLASIFICACIÓN.

El delito de abuso sexual se puede clasificarse de la siguiente forma:

EN FUNCIÓN A SU GRAVEDAD.-

El delito de abuso sexual considerada dentro de la clasificación Bipartita, lo consideramos un delito, por estar sancionado por la autoridad judicial.

EN ORDEN A LA CONDUCTA.-

Se trata de un delito de acción, debido a que el agente el la realización del hecho delictivo ejecuta movimientos corporales o materiales para lograr su objetivo, es decir, ejecuta en otra persona un acto sexual u obliga a ejecutarlo. Existe la posibilidad de efectuar tanto la violencia física como la moral.

EN ORDEN AL RESULTADO.-

El abuso sexual es un tipo de realización material, debido a que se produce un resultado, en la ejecución del mismo se necesita de un hecho cierto el cual consiste en ejecutar un acto sexual en otra persona u obligarla a realizarlo.

POR EL DAÑO QUE CAUSA.-

Es un delito de lesión, ya que esta afectando el bien jurídicamente tutelado de la otra persona el cual es la libertad sexual o en su caso el normal desarrollo psicosexual (tratándose de persona menor de doce años y que no tenga capacidad de comprensión sobre el significado el hecho o no lo pudiere resistir por cualquier causa).

POR SU DURACIÓN.

Es un tipo de consumación instantánea, pues se colma la hipótesis plasmada en el Código, en el momento mismo de su ejecución.

POR EL ELEMENTO INTERNO.-

El abuso sexual es de carácter doloso, porque para su ejecución, el agente tiene la voluntad de realizar la conducta antijurídica deseando el resultado de la misma.

EN RELACIÓN AL NÚMERO DE ACTOS.

Este delito es unisubsistente, porque se requiere de un solo acto para que se colme el tipo penal, esto es, se configure el tipo con el acto sexual ejecutado en otra persona sin su consentimiento o el hecho de obligar a esta última a ejecutarlo.

EN RELACIÓN AL NÚMERO DE SUJETOS.-

Es unisubjetivo, ya que en la descripción legislativa se menciona "al que..." lo cual nos lleva a entender como necesaria la participación de un solo sujeto para la configuración.

EN FUNCIÓN DE SU MATERIA.-

FEDERAL.- será federal, en cuanto a su tipificación dentro del Código Penal Federal.

COMÚN.- el abuso sexual es un ilícito con mayor presencia en el ámbito común, es decir, dentro de la jurisdicción de cada uno de los Estados, siendo sancionado por cada una de las autoridades de los mismos.

SU CLASIFICACIÓN LEGAL.-

Se encuentra clasificado en el Título Quinto Delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual Capítulo II.

Hasta aquí, hemos logrado ubicar a la figura del Tío, dentro del seno familiar y establecimos cual era el parentesco que guarda dentro de la misma; también analizamos como cuestión previa algunos aspectos de la teoría del delito a efecto de examinar en concreto los elementos o aspectos positivos y negativos de los delitos de Violación y Abuso Sexual, de tal manera, que en el siguiente capítulo nos resta exponer concretamente nuestra propuesta; empero no sin antes establecer cuales son los delitos cualificados en razón de parentesco, así como las atenuantes y agravantes en razón del parentesco, pues ello nos servirá para analizar entender el planteamiento que se realiza.

CAPITULO IV

ADICIÓN A LA AGRAVANTE DEL DELITO DE VIOLACIÓN Y ABUSO SEXUAL EN RAZÓN DE PARENTESCO.

4.1 DELITOS CUALIFICADOS EN RAZÓN DE PARENTESCO.

Para poder establecer cuales son los delitos que se encuentran cualificados en razón de parentesco, resulta loable indicar que el término cualificante se ha considerado indistintamente como sinónimo de calificativa, toda vez que el efecto que produce se ve reflejado en la alteración de pena a imponer.

Tal es el caso del Jurista argentino Sebastián Soler quien define a los delitos cualificados como: "aquellos delitos normales que al agregárseles alguna circunstancia no delictiva en si misma, tiene por efecto alterar la escala penal, con relación al delito simple, ya sea aumentando o disminuyendo la misma".¹²⁷

Esta característica determina la admisibilidad también de la nominación de delito circunstanciado, que algunos autores le dan a este tipo de delitos.

La existencia de estos delitos, viene a ser, el resultado de la teoría de los grados de los delitos que también fuera señalada por el distinguido Jurista Francisco Carrara cuando hablaba de la teoría de las fuerzas, indiciado que ésta ultima es la característica o elemento del delito que conduce a atenuarlo o agravarlo, coligiéndose que el grado sirve para atenuar o agravar el delito, pero sin cambiar la especie del mismo.

De tal manera, debemos entender que, las cualificantes son aquellas circunstancias que se agregan a una figura delictiva, y determinan su agravación o atenuación, de tal manera que cuando se trate de una agravante

¹²⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo VI, Ed Bibliográficas Omeba S.R.L. Buenos Aires Argentina, pág 271.

lugar, tiempo y modo, especifica nos encontramos ante un delito calificado, y si la circunstancia específica fuera atenuante se trata de un delito privilegiado.

De lo anterior se colige, que las cualificantes, o calificativas son circunstancias, pero, ¿qué debemos entender por éstas?; las circunstancias son accidentes de lugar, tiempo modo u ocasión etc., unidos a la sustancia de algún hecho, dentro del derecho debe entenderse como aquellas variantes accidentales, no necesarias de un delito, que altera la gravedad del mismo, y lo agrava o atenúa.¹²⁸

De tal manera se puede observar que éstas circunstancias modificativas constituyen elementos objetivos o subjetivos que en relación con el delito son susceptibles de afectar la sanción, agravándola o atenuándola.

Para el Derecho Penal las circunstancias modificativas que resienten los hechos u omisiones delictivas tienen extraordinaria importancia, dado que pueden determinar el aumento de la pena (agravantes), su disminución (atenuantes) e incluso la impunidad (eximentes).¹²⁹

A este respecto, el maestro Celestino Porte Petit nos indica que: "las circunstancias modificativas de la culpabilidad penal, por su naturaleza, pueden ser subjetivas y objetivas, y el efecto que producen es agravar o atenuar la culpabilidad penal y por ende la sanción correspondiente al sujeto activo de un determinado delito".¹³⁰

A mayor abundamiento, nos aclara el jurista Pavón Vasconcelos que "las circunstancias constitutivas del delito se concretan a aquellas exclusivas del

¹²⁸ PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas, Tomo I, primera edición en 1984, Ed. Porrúa, México 2000, pág 304.

¹²⁹ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal, Tomo I. 3ª edición, Ed. Porrúa México 1997 pág 384.

¹³⁰ PORTE PETIT, Candaudap Celestino. Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal, 1ª edición, Ed Porrúa, México 1986, pág 279.

fenómeno fáctico, con independencia de las subjetivas. En cuanto a las personales, son las que tiene influencia para determinar la apreciación del hecho, por requerirse en la ley alguna condición específica atribuible a la persona del autor (vgr. La calidad de funcionario en los delitos de funcionarios), o bien para hacer operar una agravación de pena, una disminución de ésta o una excusa absolutoria.¹³¹

De lo anterior se advierte, que las circunstancias que pueden alterar la escala penal de una conducta injusta, ya sea agravando o atenuando, incluso eximiendo de una pena, atienden a diversos aspectos que recaer en la forma de comisión de un delito ya sea de lugar, tiempo, modo y ocasión; o bien sobre alguna característica personal del activo, así como los vínculos de parentesco, amistad o de tipo social con la víctima, y es aquí, en donde encuentra cabida nuestro trabajo de investigación, es decir la circunstancia cualificante en razón de parentesco.

En efecto, la relación de parentesco cobra gran importancia dentro del derecho penal, desde el momento en que la misma se hace presente a través del sujeto activo y pasivo de un delito, ya que esa calidad, logra alterar la escala penal de su conducta, ya sea agravándola o en su caso atenuándola y por ende su penalidad corre la misma suerte.

De lo anterior se desprende que la relación parental al no tener señalado en concreto el efecto de agravar o atenuar la sanción; pues en algunos casos la existencia de un mínimo carácter o vínculo entre el agente y la víctima, así como la forma de presentarse el hecho explican la agravación, pero en otros casos su atenuación, por tanto es considera como una circunstancia mixta, entendiendo esta como: "aquella que por el carácter personal de los agentes o por la naturaleza del propio hecho no tiene señalado el efecto de agravar o

¹³¹ PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, 3ª edición, Ed. Porrúa, México, pág 513.

atenuar la sanción, sino que en algunos casos se logra a gravar y en otros atenuar”¹³²

De esta forma, observamos que el parentesco como circunstancia mixta dentro del Derecho penal ha estado presente en todo momento. En Nuestra Legislación no fue la excepción, ya que al retomar el Código Penal Español quien desde 1870 lo contempla, fue aplicado, sin embargo, como veremos a continuación en un principio solo era una circunstancia agravante.

En efecto, el origen histórico de la circunstancia mixta del parentesco se concebía exclusivamente como agravante de la responsabilidad penal, y con justificación última de respaldar la vigencia del principio de autoridad en la estructura social.

Así tenemos, que en el Quintano Ripollés (comentarios al Código Penal Español pág. 249 y 250) se destacaba que la agravante del parentesco ya figuraba en el Digesto para todos los parientes que atentaren unos contra otros (incluso para quien lo hiciera contra sus patronos, amos o superiores jerárquicos dentro del amplísimo concepto de familia que abarcaba el derecho romano); igualmente constituían agravación genérica.¹³³

Así que para guardar coherencia con éstos orígenes los Códigos de 1848 y 1850 otorgaron al parentesco solo efectos agravantes. En el Código de 1870 y a raíz de una fuerte crítica doctrinal, paso a tener efectos atenuantes y agravantes, según la naturaleza, accidentes y efectos de los delitos, y en 1932 se sustituyó, como criterio determinante de la aplicación de la circunstancia, el término accidentes por el técnico de motivos del delito.

¹³² Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, 13ª edición, Ed Porrúa México, 1999. pág 467.

¹³³ DELGADO MESTRE, Esteban. La Atenuante y Agravante del Parentesco. Col. Jurisprudencia Practica, 1ª edición, Ed. Tecnos, Madrid 1995, pág 12 y 13.

No obstante y pese a que hasta 1983, la Legislación española contempló un numeral específico relativo a la circunstancia mixta del parentesco, ésta todavía presentaba algunas cuestiones que se fueron modificando, pues el enunciado original era imperativo y no permitía a los Jueces o tribunales margen alguno de ponderación de la irrelevancia que en un delito concreto, pudieren tener los lazos familiares que existían entre el agresor y la víctima, sosteniéndose que el parentesco allí definido, era una circunstancia que atenuaba o agravaba la responsabilidad, luego de las reformas que sufre dicho ordenamiento legal, ésta cuestión se fue debilitando, ello aunado al desarrollo de una doctrina jurisprudencial restrictiva en la aplicación de la circunstancia agravante del parentesco. Este proceso ha culminado en la actualidad en una situación de práctica inaplicación de esta agravante, de tal manera que en la práctica española se aplica, por lo común tan solo como atenuante, siendo así como que se produjo una total inversión de los términos históricos en que se concibió la agravante de parentesco.

La circunstancia mixta del parentesco en Nuestra Legislación Penal no se encuentra regulada en un artículo específico, sin embargo si se ha tomado en cuenta para la comisión de tipos penales específicos, en donde el parentesco logra atenuar o agravar la sanción que le corresponde al autor por el delito básico, y aunque existe la tendencia a considerar que el parentesco agrava los delitos contra las personas y atenúa los delitos contra la propiedad, pero ese criterio resulta relativo, pues basta remitirnos al Capítulo I del Nuevo Código Penal titulado Delitos contra la vida y la Integridad Corporal, respecto a los delitos de Homicidio y Lesiones para comprobar que la circunstancia mixta del parentesco juega una función tanto atenuante como agravante dentro de un mismo delito, y por ende se confirma que el parentesco es una circunstancia mixta, así tenemos que en el artículo 123 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, se establece que quien comete el delito de homicidio se hace acreedor a una pena de ocho a veinte años de prisión. (Homicidio simple).¹³⁴

¹³⁴ Legislación Penal para el Distrito Federal. Ed. Sexta, México 2005, pág. 52.

En tanto, en el artículo 125 del Ordenamiento Legal citado, a quien prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, cónyuge, concubina o concubinario u otra relación de pareja permanente, con conocimiento de esa relación, se hace acreedor a prisión de diez a treinta años y pérdida de los derechos que tenga con respecto a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio.¹³⁵

Sin embargo, en el artículo 216 del multialudido ordenamiento se establece la hipótesis de: "cuando la madre prive de la vida a su hijo dentro de las veinticuatro horas siguientes a su nacimiento, se le impondrá de tres a diez años de prisión"; observando que en dicha hipótesis el Juzgador tomará en cuenta las circunstancias del embarazo, las condiciones personales de la madre y los móviles de su conducta.

De igual forma, podemos observar respecto al delito de lesiones en donde se establece en el numeral 131 del Código Penal vigente para el Distrito Federal que: "...A quien cause lesiones a un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, pareja permanente, adoptante o adoptado, se le aumentará en una mitad la pena que corresponda, según las lesiones inferidas..."

Pese a ello, en el artículo 139 del citado ordenamiento se establece que: "...**No se impondrá pena** alguna a quien **por culpa** ocasione lesiones u homicidio en agravio de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, cónyuge, concubina, concubinario o cuando entre el agente y el pasivo exista relación de pareja permanente, amistad o de familia, salvo que el agente se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que se diere a la fuga y no auxiliare a la víctima..."

Ahora bien, dentro de los delitos de índole patrimonial en donde existe relación de parentesco entre el activo y el pasivo, solo se hace exigible la querrela para su persecución.

¹³⁵ Idem. Pág. 52.

De los anteriores ejemplos, es claro que el parentesco, así como el matrimonio, y las relaciones afectivas análogas a las conyugales se configuran como circunstancias mixtas, que pueden generar indistintamente, efectos atenuatorios, y agravatorios de la responsabilidad penal, sin embargo dichos efectos en algunos casos ya se encuentran contemplados en tipos penales especiales, y no queda al arbitrio del Juzgador como en otras legislaciones, (España) en donde esta circunstancia aún se hacen valer con independencia.

Es evidente que cuando la circunstancia mixta del parentesco produce sus efectos ya sea atenuando o agravando una conducta, se toma en consideración además otros criterios como la naturaleza, motivos y efectos del delito. La naturaleza del delito atiende al ataque al bien jurídico protegido, los efectos del delito, aluden a toda consecuencia derivada del delito que afecte al pariente o a la propia relación familiar, y los motivos del delito que en este caso son los móviles de la conducta en su más amplio sentido; resultando así, que los fundamentos de la circunstancia mixta del parentesco se hacen valer mediante criterios objetivos (la naturaleza, efectos del delito) y subjetivos (los motivos del delincuente y la mayor o menor culpabilidad del autor).

4.1.1. ATENUANTES EN RAZÓN DE PARENTESCO.

Las circunstancias que logran modificar la responsabilidad penal, disminuyendo la gravedad de un delito serán precisamente las circunstancias atenuantes. A este respecto el maestro Marco Antonio Díaz de León, advierte que son las que benefician al reo respecto de su responsabilidad penal, es decir son hechos que autorizan y aún obligan al Juez a pronunciar una pena inferior a la establecida como sanción normal de la infracción, y son elementos del tipo penal básico, que se debe probar en el caso concreto.¹³⁶

A este respecto el maestro Carranca y Trujillo indica que, las circunstancias atenuantes tiene como efecto disminuir la criminalidad y por tanto, la culpabilidad y la pena. Como atenuante suele considerarse, el no

¹³⁶ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal, Tomo I, 3ª edición, Ed. Porrúa México 1997 pág 387.

haber querido la gravedad que resulto del hecho incriminado, el arrepentimiento espontáneo.¹³⁷

En efecto, las circunstancias atenuantes son las que contienen una pequeña dosis de peligrosidad en el agente del delito, lo que mide su responsabilidad penal y origina a su vez, una distinción en la pena con respecto al delito simple, en este caso el arbitrio judicial entra en acción para valorar tales circunstancias y en virtud de ello, se le impone la sanción mas ajustada a la realidad del comportamiento.¹³⁸

Y si nos remitimos a los antecedentes de la circunstancia del parentesco aplicada como atenuante, veremos que en el proyecto Italiano de 1921 o Proyecto de Ferri se observaba que las hipótesis de atenuación contemplaban entre otras cosas: la honradez del sujeto activo del delito, el obrar por motivos excusables de interés público, el actuar por un estado de pasión excusable, de emoción, por intenso dolor, el haber pugnado, espontáneamente, la disminución de las consecuencias del delito o procurado resarcir el daño, el haber confesado por arrepentimiento el delito aún no descubierto, pero antes de ser interrogado por el Juez.

En tanto que, en el proyecto Argentino de 1866 entre los motivos de atenuación se contemplaba que el culpable del ilícito no estuviera en posibilidad de comprender la gravedad del mismo, que el agente actuara a consecuencia de una amenaza, que el activo obrara impedido por miseria, que el delito se produjera por un arrebató personal o que el activo se entregara por si mismo a la justicia.¹³⁹

Como se ha venido indicando, las circunstancias atenuantes logran aminorar la responsabilidad y la consiguiente sanción del autor, en nuestro

¹³⁷ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 1ª edición, Ed. Porrúa, México 1986, pág 483.

¹³⁸ Instituto de Investigaciones Jurídica. Ob. cit. pág 464.

¹³⁹ Idem. pág 465.

Ordenamiento Penal, existen diversas circunstancias atenuantes, así por ejemplo dentro de los delitos patrimoniales en el artículo 248 del Código Penal del Distrito Federal se establece: No se impondrá sanción alguna por los delitos previstos en los artículos 220, en cualquiera de las modalidades a que se refieren las fracciones I, III y IX del artículo 224, 228, 229, 230, 232 y 234; cuando el monto o valor del objeto, lucro, daño o perjuicio no exceda de cincuenta veces el salario mínimo; despojo a que se refiere el artículo 237 fracciones I y II, siempre y cuando no se cometan con violencia física o moral y no intervengan dos o más personas y 239, todos ellos cuando el agente sea primo-delincuente, si este restituye el objeto del delito o satisface los daños y perjuicios o, si no es posible la restitución, cubra el valor del objeto y los daños y perjuicios, antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal, salvo que se trate de delitos cometidos con violencia por personas armadas o medie privación de la libertad o extorsión. En los mismos supuestos considerados en el párrafo anterior, se reducirá en una mitad la sanción que corresponda al delito cometido, si antes de dictarse sentencia en segunda instancia, el agente restituye la cosa o entrega su valor y satisface los daños y perjuicios causados; empero y tomando en cuenta que en el presente trabajo de investigación los delitos atenuados que resultan de gran relevancia son aquellos que se atenúan precisamente en razón del parentesco, enunciaremos los delitos de homicidio y lesiones mismos que contemplan como circunstancias atenuantes entre otras: la riña, la emoción violenta. Pero aún mas en el artículo 139 del multialudido ordenamiento legal señala que: "... No se impondrá pena alguna a quien por culpa ocasione lesiones u homicidio en agravio de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, cónyuge, concubina, concubinario o cuando entre el agente y el pasivo exista relación de pareja permanente, amistad o de familia, salvo que el agente se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que se diere a la fuga y no auxiliare a la víctima..."

Y en el caso del homicidio, en su artículo 216 del mismo ordenamiento legal se establece la hipótesis de cuando la madre prive de la vida a su hijo dentro de las veinticuatro horas siguientes a su nacimiento, se le impondrá de tres a diez años de prisión, y en dicha hipótesis el Juzgador tomará en cuenta las circunstancias del embarazo, las condiciones personales de la madre y los móviles de su conducta.

En estos casos, se observa que la circunstancia atenuante en razón del parentesco opera disminuyendo considerablemente la sanción que realmente le correspondía al activo del delito y en un momento dado lo exime de la pena a que se hacía acreedor, atendiendo precisamente a la circunstancia de parentesco que guarda frente a su víctima, pero además tomando en cuenta otras situaciones como lo es la forma de comisión del delito (forma culposa).

4.1.2. AGRAVANTES EN RAZÓN DE PARENTESCO.

Las circunstancias agravantes son las llamadas calificativas que empeoran la responsabilidad penal del inculcado por un delito. Hechos previstos subsidiariamente como elementos del tipo penal básico, respecto de los cuales el Juez esta obligado a pronunciar una pena más severa que la prevista como sanción normal de la infracción, por tratarse de un delito calificado.¹⁴⁰

A este respecto resulta conveniente indicar, que los autores manejan indistintamente el término de agravante y calificativa sin embargo técnicamente nuestro Código Penal establece calificativas para los delitos de lesiones y homicidio, en tanto que los delitos agravado son las demás hipótesis que no se encuentren consideradas como calificativas y que recaegan situaciones objetivas.

¹⁴⁰ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Ob. cit. pág. 384.

Justamente las agravantes se fundan en situaciones objetivas como lo son a decir de Carranca y Trujillo: "el precio o recompensa, la inundación, o el incendio, el delinquir de noche, en despoblado o, con violencia, en contra del cónyuge o ascendiente, o con publicidad o escándalo innecesario etc."¹⁴¹

Las circunstancias agravantes nos ubican en el principio general de que la medida de la sanción destinada a un obrar delictivo deriva de la gravedad del hecho, la que se valora conforme a diversos criterios, el primero de ellos se refiere al daño social (representada por Beccaria), el segundo, la spinta criminosa (representada por Romagnosi) y tercero el deber violado (representada por Rossi). Para saber como se llevó a cabo la conducta delictuosa, es importante tomar en cuenta las circunstancias del propio obrar y que el arbitrio judicial haga su aparición para individualizar en forma correcta la sanción destinada al infractor, porque concluir que alguien obró en el extremo de una agravante; y que es merecedor de mayor penalidad sólo redundaría en perjuicio de él y en nada afecta a la sociedad.¹⁴²

En este sentido, las agravantes se clasifican en función de la intencionalidad, (ventaja, traición, alevosía, retribución en los delitos de homicidio y lesiones), de la persona (si la persona es menor de edad, anciana o incapaz, sujeto a patria potestad, tutela o custodia del agente), (en los delitos de lesiones, privación ilegal de la libertad, uso indebido de atribuciones y facultades), o bien en razón de los medios utilizados (por el medio empleado, violencia, saña o en estado de alteración voluntaria); lo anterior justamente porque dichas circunstancias revelan más culpabilidad moral, que un delincuente ordinario y debe ser castigado con más severidad.¹⁴³

De lo anterior se colige que las calificativas solo aquellas que recaen en los delitos de homicidio y lesiones y se encuentran albergadas en el numeral

¹⁴¹ Idem. pág 98.

¹⁴² Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Ob cit.* pág 463.

¹⁴³ CÁRDENAS F. Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, Parte especial, Delitos contra la vida y la Integridad corporal, 1ª edición, Ed Porrúa, México 1982, pág 114.

138 del Código Penal vigente el cual en este sentido establece: "...El homicidio y las lesiones son calificados cuando se cometan con: ventaja, traición, alevosía, retribución, por el medio empleado, saña o en estado de alteración voluntaria.

I. Existe ventaja:

a) Cuando el agente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se halla armado;

b) Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que intervengan con él;

c) Cuando el agente se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido; o

d) Cuando éste se halla inerte o caído y aquél armado o de pie.

La ventaja no se tomará en consideración en los tres primeros casos, si el que la tiene obrase en defensa legítima, ni en el cuarto, si el que se halla armado o de pie fuere el agredido y además hubiere corrido peligro su vida por no aprovechar esa circunstancia.

II. Existe traición: Cuando el agente realiza el hecho quebrantando la confianza o seguridad que expresamente le había prometido al ofendido, o las mismas que en forma tácita debía éste esperar de aquél por las relaciones de confianza real y actual que existen entre ambos;

III. Existe alevosía: Cuando el agente realiza el hecho sorprendiendo intencionalmente a alguien de improviso, o empleando acechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer;

IV. Existe retribución: Cuando el agente lo cometa por pago o prestación prometida o dada;

V. Por los medios empleados: Se causen por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos, o bien por envenenamiento, asfixia, tormento o por medio de cualquier otra sustancia nociva para la salud;

VI. Existe saña: Cuando el agente actúe con crueldad o con fines depravados; y

VII. Existe estado de alteración voluntaria: Cuando el agente lo comete en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares.

Sin embargo, además de las circunstancias que contempla el numeral anterior, para la comisión de los delitos de homicidio y lesiones, existen otras que de igual forma tiene como resultado el incremento la sanción atendiendo precisamente aquellas que se agravan en razón del parentesco, y en este sentido tenemos nuevamente en primer términos a los delitos albergado en el título primero Delitos contra la vida y la integridad, como lo son el delito de homicidio y lesiones, en donde en el artículo 125 se establece:

Artículo 125. Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, cónyuge, concubina o concubinario u otra relación de pareja permanente, con conocimiento de esa relación, **se le impondrán prisión de diez a treinta años y pérdida de los derechos que tenga con respecto a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio.** Si faltare el conocimiento de la relación, se estará a la punibilidad prevista para el homicidio simple.

Penalidad que evidentemente se impone en virtud de la relación de parentesco, pues en el mismo numeral se contempla la falta de conocimiento respecto la relación parental, en donde la sanción a que se hace acreedor el activo corresponde a un homicidio simple (de ocho a veinte años de prisión), lo que nos permite afirmar fundadamente que su penalidad si obedece a la razón de parentesco, porque dicha circunstancia revela más culpabilidad moral, que la desplegada sobre una persona desconocida, por ende debe ser castigado con mas severidad.

De la misma forma y por cuanto hace al delito de Lesiones el ordinal 131 del multialudido Ordenamiento Legal contempla que: Artículo 131. A quien cause lesiones a un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, pareja permanente, adoptante o adoptado, se le aumentará en una mitad la pena que corresponda, según las lesiones inferidas.

Finalmente, observamos que en el Código Penal vigente para el Distrito Federal dentro del Título Quinto Delitos contra la Libertad y la Seguridad Sexual y el Normal Desarrollo Psicosexual se establecen diversas circunstancias agravantes en la comisión de los delitos de Violación y Abuso Sexual, empero sobresale la consagrada en la fracción II del Código Penal vigente, toda vez que la misma hace referencia a una circunstancia agravante en razón del parentesco señalando lo siguiente:

Artículo 178. Las penas previstas para la violación y el abuso sexual, se aumentarán en dos terceras partes, cuando fueren cometidos:

"...II. Por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, el padrastro o la madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquellos. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima, así como los derechos sucesorios con respecto del ofendido..."

Ésta circunstancia agravante se encuentra por demás justificada, precisamente tomando en cuenta la perversión moral que supone satisfacer los deseos sexuales con una persona con la que se guarda una relación familiar, olvidado totalmente los deberes inherentes a su condición (de ascendiente o descendiente, hermano, hermana, el tutor, pupilo, padrastro, madrastra, hijastro, amasio de la madre o del padre o hijo de esto) el cual se encuentra obligado a velar por la tranquilidad y formación de la familia a la que pertenece, por tanto, es evidente que la comisión de estos delitos con la agravante

anteriormente citada (en razón de parentesco) implica un abuso de confianza y autoridad aprovechando la facilidad de convivencia, todo lo cual aumenta la odiosidad del hecho y justamente agrava el delito, es por ello que nosotros consideramos que su regulación como circunstancia agravante se justifica por la perversión que dicha acción representa pues quien la comete evidencia el completo olvido y menosprecio de mas elemental respeto que merecen los vínculos de la sangre; sin embargo nosotros consideramos que la circunstancia del parentesco en la comisión de cualquier delito doloso que atenta contra la libertad sexual, o el normal desarrollo psicosexual debe extender el campo de protección a los que integran dicho núcleo familiar no solo hasta los parientes en segundo grado, sino también hasta un tercer grado ya que implica el mismo reproche.

4.1.3. ANALISIS DEL ARTÍCULO 178 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal regula en el Capítulo Quinto Delitos contra la Libertad y la Seguridad Sexual y el Normal Desarrollo Psicosexual las conductas constitutivas de los delitos de Violación y Abuso Sexual, mismos que se estudiaron en el capítulo tercero del presente trabajo de investigación, delitos para los cuales el legislador contemplo diversas circunstancias que evidentemente agravan la pena a imponer, mismas que la propia ley enlista en su ordinal 178, dentro del Capítulo II en donde establece: Artículo 178.- Las penas previstas para la violación y el abuso sexual, se aumentarán en dos terceras partes, cuando fueren cometidos:

I. Con intervención directa o inmediata de dos o más personas;

II. Por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, el padrastro o la madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquellos. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos

en que la ejerciere sobre la víctima, así como los derechos sucesorios con respecto del ofendido;

III. Por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancia que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión, el sentenciado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión;

IV. Por la persona que tenga al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en ella depositada;

V. Fuere cometido al encontrarse la víctima a bordo de un vehículo particular o de servicio público; o

VI. Fuere cometido en despoblado o lugar solitario.

La inserción de éste numeral dentro de Nuestro Código Penal fue con motivo de la reforma de 12 de diciembre del 1966 mediante la cual se exaltan algunas agravantes específicas para el delito de violación.

En efecto, el Código Penal de 1931 erradicó por completo de su articulado las circunstancias atenuantes y agravantes que establecían los artículos 39 a 47 del Código Penal de Martínez de Castro y 56 a 63 del Código de Almaraz, de tal manera que se le concedía al Juzgador un mayor margen para imponer la pena dentro de los límites legales, tomando en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente a las que genéricamente hacía referencia el artículo 51 y las específicas mencionadas en el artículo 52, entre las que se encontraban la naturaleza de la acción y los medios empleados, las condiciones en las que se encontraba (el sujeto activo) en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales, así como de sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidas de otras relaciones sociales y las circunstancias de ocasión que demostraban su mayor o menor temibilidad. Pero fue evidente que el legislador mostró su escasa fe en tan importante reforma que venía a innovar el sistema clásico y tradicional, de tal manera que una gran parte de las circunstancias

agravantes a las que dio salida por la puerta grande de su parte general, les dio después entrada por la ventana típica de los delitos de homicidio y lesiones en donde tomó en consideración especial para agravar estos delitos la naturaleza de la acción (premeditada, alevosa o traicionera de la acción homicida o lesiva) y los medios empleados, ello precisamente previendo que los Juzgadores no supieran hacer uso del Nuevo Sistema introducidos en los artículos 51 y 52.¹⁴⁴

De esta forma los años demostraron efectivamente el fracaso del nuevo sistema (introducción de los artículos 51 y 52) pues era evidente que los Juzgadores al momento de imponer la sanción correspondiente se limitaban a repetir formalmente lo establecido en los artículos 51 y 52 fijando una pena según sus simpatías o con las tensiones en ellas creadas durante el proceso.

El fracaso del sistema adoptado en el Código Penal de 1931 fue implícitamente reconocido, pero fue corregido legislativamente a través de las reformas posteriores en las que se siguió el sistema de agravantes específicas.

Es así como, por decreto de 31 de diciembre de 1941 se incluye una agravante específica para el delito de Despojo posteriormente dicha tendencia se sigue en el decreto de 12 de diciembre de 1966 creando de esta forma el artículo 266 bis el cual viene a aplicar las circunstancias marcadas en los artículos 51 y 52 del Código Penal de 1931 respecto al delito de Violación en donde considera como agravante en específica el cometer el delito de violación "con intervención directa e inmediata de dos o más personas" lo cual implicó un retorno a la agravante cuarta del artículo 47 del Código Penal de Martínez de Castro; y la incluida en el párrafo segundo consistente en el parentesco de consanguinidad en línea recta habido entre el sujeto activo y su víctima, lo que represento un regreso a la agravante número 14 del artículo 46 y la número 15 del artículo 47 del viejo Código Penal de Martínez de Castro.¹⁴⁵

¹⁴⁴ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, 6ª edición, Ed Porrúa, México 2000, pág 282.

¹⁴⁵ Idem pág 283.

Como se puede observar, las agravantes específicas han sido implementadas en las reformas posteriores, a fin de tomar en cuenta ciertas circunstancias que al momento de la imposición de la pena representan efectivamente un reproche mayor, tal y como ocurrió precisamente con los delitos de Violación y Abuso Sexual, los cuales a través del tiempo se fueron adicionando a efecto de no dejar fuera aspectos o circunstancias que alteraran aún mas la conducta injusta de su autor.

El Código Penal en la actualidad contempla como agravantes para la comisión de los delitos de Violación y Abuso sexual las siguientes:

I.- Con intervención directa o inmediata de dos o más personas;

esta hipótesis como señala el maestro González de la Vega, se establece por la mayor indefensión en que queda la víctima, que ante el ataque plural difícilmente puede defenderse. Es evidente que el motivo de la referida fracción es precisamente tomando en cuenta el número de los participantes, como lo es el hecho de que la comisión de los delitos antes aludidos, se cometan con intervención directa o inmediata de dos o más personas, sin embargo, dicha circunstancia excluye a todas luces la posibilidad de que subsista también la hipótesis de pandilla, dado que se recalificaría el delito pues la figura de pandilla precisamente incrementa la pena de un determinado delito atendiendo al número de sujetos que intervienen en la comisión del mismo.¹⁴⁶

En esta tesitura el estudioso Marco Antonio Díaz de León señala que: "...De esta manera la hipótesis que se plantea en esta fracción excluye la posibilidad de que se aplique lo previsto en el artículo 252, donde se señala que el delito se cometa por tres o más personas, por lo que se refiere al delito cometido en pandilla. Es decir, en comento, al señalar el agravamiento de la pena cuando el delito se cometa "con intervención directa o inmediata de dos o mas personas", establece el mismo supuesto de la intervención de tres o mas personas en el delito, lo cual impide la existencia de un concurso entre ambas

¹⁴⁶ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit. pág. 400.

situaciones agravantes, como lo es el delito cometido en pandilla y la fracción en cuestión, pues, de lo contrario se recalificaría el delito y se estaría frente a una clara violación constitucional al considerar dos veces un mismo hecho para imponerle dos sanciones.¹⁴⁷

Una vez establecido lo anterior, resulta pertinente señalar que en cuanto al elemento normativo consistente en la "intervención directa", ello alude a la concurrencia de autores en la violación, es decir, no se está refiriendo aquí a la intervención de partícipes, v. gr. cómplices, sino que, la ratio legis de este elemento normativo, se ubica en la fracción II del artículo 22, es decir, tomando como base a los autores y, más bien, a coautores que realicen conjunta y materialmente el delito de Violación o de Abuso Sexual que nos ocupa. En cuanto al elemento normativo "...intervención inmediata", es evidente hace referencia al aspecto temporal o al momento en que se realiza la conducta típica, respecto del cual, no se debe suspender el desplazamiento de las conductas o solución de continuidad, es decir debe ser presente y sin que en ningún lapso se deje de actuar, pues esto implica la inmediatez, o sea la interrupción en la acción, aunado a ello debe estar presente en la ejecución de la misma, inmediatamente en la comisión del evento delictivo. Y finalmente el elemento objetivo "...dos o más personas", señala la necesidad de que intervengan varias personas en la comisión del ilícito, o sea que el agente aquí es plurisubjetivo, debiendo tener una coautoría mínima de dos personas, aunque pueden ser más sin que el tipo limite el número máximo de intervinientes, pues así lo denota este elemento "dos o más personas".

Es claro que agravación del delito que se comete bajo la anterior hipótesis se ve plenamente justificada, pues si la comisión de los delitos de Violación y Abuso Sexual por si solos representan repugnancia, resulta aún mas que dicho delito se cometan con la intervención directa o inmediata de dos o

¹⁴⁷ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Código Penal Federal con comentarios, 6ª edición, Ed. Porrúa, México 2001, pág 522.

más sujetos dado, pues deja a la víctima en total indefensión y oportunidad de defensa.

II.- Por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, el padrastro o la madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquellos. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima, así como los derechos sucesorios con respecto del ofendido.

A este respecto de igual forma se pronuncia el Maestro González de la Vega aseverando que "la violación incestuosa o el padrastro o amasio de la madre de la persona ofendida, es por desgracia, caso ligado frecuentemente con los dramas de la promiscuidad en familias que viven por su miseria aglomerados en pequeños tugurios".¹⁴⁸

En efecto, la agravación de la pena en este apartado se refiere a la calidad del sujeto activo frente al pasivo, y no del número de agentes que intervengan en la comisión del ilícito, y precisamente la posición de dicho sujeto activo justifica el agravamiento de la pena, por la relación que media con la víctima como, v. gr. de familiaridad, o simplemente las derivadas de la lealtad y respeto que deben de privar entre parientes cercanos, es decir entre personas que se encuentran ligadas por ciertos vínculos además de parentesco, pero también de cierta relación afectiva y con quien guarda lazos originados en deberes no solo legales sino de orden social. Desde luego esta agravante también impide la posibilidad de un concurso entre ella y la derivada del delito de incesto, por lo que hace entre ascendientes y descendientes o de hermano contra su colateral, siendo ello por consanguinidad, pues no podría legalmente existir concurso entre dichos delitos cuando se encuentren en esta calidad los sujetos activos, ya que se estaría frente a la ilicitud de tomar ambas hipótesis o

¹⁴⁸ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit. pág. 400.

sea dos veces el hecho para aplicarle dos penas por la misma circunstancia, lo cual sería retipificar una conducta, pues se estaría ampliando la pena en base a la fracción II del delito de Violación, además debe considerarse, que la agravación de pena establecida en esta fracción II, considera, por tratarse de violación o de abuso sexual, sólo al sujeto activo sin la intervención del pasivo lo que no ocurre en el incesto en donde se considera a los dos sujetos.

Es claro, que la comisión de los delitos de violación o abuso sexual se cometen por los parientes aquí enlistados, y por desgracia, se comenten frecuentemente en los hogares con los dramas de la promiscuidad en familias que viven por su miseria aglomerados en pequeños lugares, es por ello que como no es posible acabar con dicha situación de miseria, y mucho menos de promiscuidad pues esta fuera de nuestras manos, resulta necesario ampliar el marco de protección para los integrantes de estas familias, aún más al establecido en esta fracción, en concreto que se incluya a la figura del tío como más adelante lo analizaremos.

III.- Por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancia que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión, el sentenciado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión.

El agravamiento deriva, precisamente porque el sujeto activo se aprovecha de su calidad de servidor público, en el desempeño de su cargo, o bien en el desempeño de una profesión, para cometer el injusto penal en cita.

En esta fracción el elemento normativo se refiere al hecho de: "...utilizar los medios...", es decir, obedece a una cuestión objetiva de la que se vale el agente para realizar la conducta y que deriven del cargo público, o bien del ejercicio profesional, como podría ser, por ejemplo, la utilización del vehículo

con el cual presta su función, y en el cual se cometiera el delito. Si no se emplean dichos medios, no se acreditará este elemento ni, tampoco, el tipo.¹⁴⁹

IV.- Por la persona que tenga al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en ella depositada.

Ésta agravante obedece a la calidad del sujeto activo, por la confianza o lealtad derivada de sus relaciones con la víctima, plurales son las causa que originan el deber de custodia o guarda que tiene una persona con relación a otra, o el de educarla y que hacen surgir confianza y trato entre ellos. Así pues la ley sanciona mas gravemente el abuso sexual y la violación cometido por tales sujetos en la relación a quienes se encuentran bajo su custodia, guarda y educación, o bien aproveche la confianza en él depositada, porque no solo infringen o violan la libertad sexual de la persona ofendida sino que a la par vulneran el deber que les compete. Cabe señalar con respecto a la hipótesis de "aproveche la confianza en él depositada", la misma para algunos estudiosos resulta redundante, argumentando que quien viola o infringe el deber impuesto y aceptado de custodiar, guardar o educar, está aprovechando la confianza que ha sido previamente depositada en él, violentando así el fin que perseguía quien le había otorgado la obligación respectiva en el depositada.¹⁵⁰

Sin embargo, nosotros consideramos que aun y cuando custodiar y cuidar son términos similares, tomando en cuenta que "custodiar" gramaticalmente es, igual a guardar con cuidado y vigilar alguna cosa, "cuidado" no es otra cosa que asistir, guardar, conservar; en tanto que educar significa, dirigir encaminar doctrinar, desarrollar y perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño, joven por medio de preceptos, ejercicios, ejemplos etc.; sin embargo, cada hipótesis corresponde, e impone deberes de diversa índole y significación.

Finalmente por lo que hace a las fracciones **V.- Fuere cometido al encontrarse la víctima a bordo de un vehículo particular o de servicio**

¹⁴⁹ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Ob. cit. pág. 523

¹⁵⁰ PAVON VASCONCELOS, Francisco. Ob. cit. pág 321.

público; y VI.- Fuere cometido en despoblado o lugar solitario, es evidente que su agravación frente a los delitos de Violación y Abuso Sexual obedece a una circunstancia de lugar, que impide a la víctima libertad de movimiento a efecto de pedir el auxilio, al verse precisamente limitada.

4.1.4. ADICIÓN DE LA FIGURA DEL TIO COMO AGRAVANTE EN LA COMISIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN Y ABUSO SEXUAL.

La palabra adición gramaticalmente refleja una acción y efecto de agregar, o añadir, en su acepción general y de acuerdo a su etimología, addition (onis) del Latin, lo que bien implica el acto de añadir y también indica una accesión.¹⁵¹

En efecto, el objetivo del presente trabajo de investigación, radica básicamente, en adicionar a la fracción II del artículo 178 del Código Penal vigente para el Distrito Federal misma que actualmente establece:

“...ARTÍCULO 178. Las penas previstas para la violación y el abuso sexual, se aumentarán en **dos terceras partes**, cuando fueren cometidos:

II.- Por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, el padrastro o la madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquellos. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima, así como los derechos sucesorios con respecto del ofendido...”¹⁵²

¹⁵¹ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, Ed. Bibliográficas Omeba S.R.L. Buenos Aires Argentina, pág 470.

¹⁵² Agenda penal Federal y del Distrito Federal 2005, Ed. Raúl Juárez Carro, México 2005, pág 26.

Es evidente que las diversas circunstancias agravantes implican el incremento de la gravedad objetiva de un hecho y un mayor reproche al autor empero como se puede colegir la fracción II del citado ordinal, alberga una circunstancia agravante para quien comete el delito de violación y abuso sexual en atención a la relación de parentesco (entendido éste como la relación, vínculo, nexo jurídico, lazo que existe entre personas ya sea por consanguinidad, afinidad o civil) entre el sujeto activo y pasivo, situación que efectivamente compartimos, tomando en cuenta precisamente la relación que media con la víctima y además por la vulneración al deber de cuidado o simplemente las derivadas de la lealtad y respeto que se otorgan personas que están ligadas por vínculos de parentesco.

Y si bien es cierto, que el legislador marca el incremento de dos terceras partes de la pena contemplada para el delito básico, cuando la comisión de los delitos de violación y abuso sexual fuere cometido por los ascendientes contra sus descendientes es decir entre parientes consanguíneos en línea recta sin limitación de grados, en segundo término el hermano contra su colateral es decir entre parientes consanguíneos en línea colateral, en un tercer rubro se hace mención al tutor contra su pupilo, posteriormente al padrastro (a) contra su hijastro (a), y éstos contra cualquiera de ellos, y finalmente al amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquellos, entonces, ¿por qué no se considero que la comisión de estos delitos cometida por el pariente consanguíneo colateral en línea desigual, es decir de tercer grado (tío), reviste el mismo reproche, ¿que a caso la perversión moral que supone satisfacer los deseos sexuales con una persona con la que se guarda una relación familiar, olvidado totalmente los deberes inherentes a su condición parental como en el caso del ascendiente o descendiente, hermano, hermana, el tutor, pupilo, padrastro, madrastra, hijastro, amasio de la madre o del padre o hijo de esto, el cual se encuentra obligado a velar por la tranquilidad y formación de la familia a la que pertenece, no se ve dañada?; nosotros consideramos que si, pues la figura del tío aún y cuando parezca un familiar lejano (tercer grado) en relación al núcleo principal, es un personaje

que en todo momento juega un papel muy importante y con frecuencia se ve inmiscuido en este tipo de conducta ilícitas, aprovechando su relación con los miembros del núcleo familiar, de ahí que resulte necesaria agregar la figura del tío dentro del catálogo de parientes o de sujetos a efecto de incrementar la pena cuando el mismo cometa éstos delitos, pues el mismo también forma parte del núcleo familiar.

La figura del tío, fue ubicada dentro de los parientes consanguíneos, por tanto, aún y cuando la ley lo ubique entre los parientes consanguíneos colaterales en línea desigual, es decir, de tercer grado, es evidente que el mismo si forma parte de los parientes cercanos que integran una familia, circunstancia ésta que el legislador debió considerar al momento que decidió incrementar la penalidad para los parientes consanguíneos en línea recta, sin limitación de grado (ascendiente o descendiente) y en la línea colateral (hermanos), que cometen el delito de violación y abuso sexual, pues si considero éste acto reprochable, es claro, que el mismo reproche debió exigirle a los parientes colaterales en grado desigual, pues ellos también forman parte del núcleo familiar y más aún porque ellos también comparten lazos de sangre, y por ende con su actuar delictivo también se vulneran la confianza y autoridad que en un momento dado la relación parental les confiere de manera intrínseca. Además que éste hecho implica un trascendente desprecio al ordenamiento jurídico, a la libertad sexual, o normal desarrollo psicosexual de un semejante, pero en particular de un familiar.

No obstante lo anterior, y aún cuando el legislador de alguna manera abre la posibilidad de sancionar más severamente la conducta desplegada por el tío en los delitos de Violación y Abuso Sexual, dentro de la fracción **IV del artículo 178 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en la que dispone :**

Las penas previstas para la violación y el abuso sexual, se aumentarán en **dos terceras partes**, cuando fueren cometidos:

"...IV.- Por la persona que tenga al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en ella depositada..."¹⁵³

También lo es, que dicha fracción para su integración exige que se acredite precisamente una circunstancia extra, es decir adicional, en este caso que la víctima este bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada"; **sin embargo resulta cuestionable que se tenga la necesidad de acreditar alguna de estas calidades, para poder incrementar la pena, cuando por el simple hecho de ser un pariente consanguíneo (en tercer grado) su conducta merece un mayor reproche, y por tanto una pena mayor;** pudiera en un momento dado, pensarse que la figura del tío, puede adecuarse dentro de cualquiera de las hipótesis marcadas en la fracción IV del citado numeral, sin embargo lo relevante es precisamente cuando no es posible acreditar alguna de estas calidades, es decir, cuando al activo (tío) no se le puede comprobar su calidad es decir, cuando no se le deja a la víctima bajo su custodia, guarda o educación o más aún cuando por algún motivo aún y cuando guarda una relación de parentesco frente al pasivo, no se le tenga la suficiente confianza, es aquí en donde nos encontramos ante una verdadera injusticia, pues a pesar de que su conducta sea repugnante la misma no logra sancionarse con un grado mayor como debería; situación que a todas luces genera un escudo de impunidad y por tanto genera una conducta cíclica, al no recibir el castigo adecuado, alejada de los fines de justicia, como lo son prevención general y prevención especial, entendiendo la prevención general como la amenaza que hace el estado a los gobernados para prevenir el delito por la imposición de una pena en caso de su realización, con la finalidad de restablecer el orden social vulnerado por la conducta disvaliosa, asimismo, la prevención especial como aquella que tiene como finalidad lograr la resocialización del infractor, destruyendo todo aquello que lo inclinó a delinquir con miras a prevenir la repetición del hecho dañoso, lo cual en el presente caso debe ser ejemplar por la calidad de activo (tío), así como de la comisión del evento delictivo, de tal suerte que, de nos ser así, es

¹⁵³ Idem. Pág. 26.

muy probable que esta conducta se siga repitiendo al no recibir una pena ejemplar.

El problema, no queda ahí, pues aún y cuando pudiera parecer una problema alejado de la realidad, ocurre con mayor frecuencia de la que uno se imagina, basta acudir a las Unidades Investigadoras del Ministerio Público Especializadas en Delitos Sexuales para corroborarlo, pues según datos extraoficiales proporcionados por la Fiscalía de Delitos Sexuales dependiente de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, aproximadamente de cada 100 Averiguaciones Iniciadas por los delitos de violación y Abuso sexual aproximadamente en el 60% por ciento, la víctima guarda alguna relación parental frente a su agresor y de este 60% el 20% lo configuran los tíos, cifras que aún y cuando pudieran parecer mínimas, en realidad no lo son, porque no debemos olvidar que éstos porcentajes están por debajo de la realidad, ya que muchas de las personas que son víctimas de estos delitos y más aún si el agresor pertenece a su núcleo familiar, prefieren no denunciar, entonces estamos en el entendido que la cifra reportada por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, esta por debajo de lo que impera en la realidad, es por ello que, nosotros consideramos inadecuado seguir beneficiando a los parientes consanguíneos (en tercer grado) que cometen delitos de índole sexual (violación y abuso sexual) imponiéndoles únicamente la sanción por el delito básico, sin tomar en cuenta su relación parental, cuando como ya se indicó se encuentran en igualdad de posición que los parientes consanguíneos de primer y segundo grado.

De ahí, que consideremos pertinente adicionar a la fracción II del artículo 178 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, la figura del TIO, a fin de que éste, al adecuar su conducta al tipo penal de Violación o Abuso Sexual teniendo precisamente una relación de parentesco consanguíneo colateral desigual (tercer grado) frente a su víctima, se le incremente la pena por ese simple hecho, al igual que al ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral colaterales, el tutor contra su pupilo, el

padrastra o la madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquellos.

De tal manera que el artículo 178 del Nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal deberá establecer:

ARTÍCULO 178. Las penas previstas para la violación y el abuso sexual, se aumentarán en **dos terceras partes**, cuando fueren cometidos:

I.-...

II.- Por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, **el tío contra el sobrino y éste contra aquel**, el tutor contra su pupilo, el padrastra o la madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquellos. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima, así como los derechos sucesorios con respecto del ofendido.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La familia debe ser entendida como el conjunto de personas, que tienen un vínculo jurídico entre sí por razón de matrimonio, parentesco (consanguíneo, afinidad, civil) y concubinato.

SEGUNDA.- La familia, al igual que el Estado son Instituciones naturales necesarias para la ordenada convivencia humana, sin que el estado haya creado a la familia, ni ésta a aquel, dado que cada uno cuenta con funciones y finalidades diferentes y aún que no se contraponen si resulta conveniente destacar que la familia tiene prioridades sobre el estado, pues los valores que persigue son superiores a los de éste, ya que mientras el Estado busca el bien común, en sus aspectos sociales y políticos, la familia pretende la felicidad integral de sus miembros, desde los niveles mas profundos de la intimidad personal hasta la preparación de todos para la vida política y social, siendo por tanto la finalidad de la familia el proveer a sus miembros de bienes corporales, espirituales, educativos, y culturales, fines que por su misma naturaleza son superiores a cualquier fin que se proponga el Estado, de ahí que se deba concluir que la naturaleza de la familia resulta ser de una Institución social natural la cual se coloca bajo el imperio del derecho para su protección por ende quien irrumpa dicha finalidad deberá ser sancionado mas severamente.

TERCERA.- La característica de las relaciones jurídico familiares es que genera derechos, obligaciones y deberes, éstos son *recíprocos*, el derecho que nace de éstas siempre se ejercita *en interés del sometido*, y no en interés del titular de dicha potestad, además genera una limitación de la autonomía de la voluntad, cuenta con una gran *rigidez*, ya que mucho de los derechos-deberes son irrenunciables, intransferibles, y se deben ejercitar personalmente, las disposiciones legales aplicables a la familia, tienen como finalidad proteger el interés del individuo como miembro del grupo familiar; de esta forma se puede observar que las relaciones jurídico familiares establecen vinculos entre los componentes del grupo familiar, de diverso orden en intensidad ya sea de

carácter (sentimental, morales, jurídicos, económicos y de auxilio o ayuda reciproca) que no permanecen ajenos al derecho objetivo sino por el contrario, se afinan reafirma y consolida, asignando a dichos vinculos el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos que se manifiestan en su naturaleza especial y presentan caracteres fundamentales distintos en muchos aspectos a otras relaciones jurídicas.

CUARTA- El parentesco dentro de la rama penal es entendido en un sentido amplio como el conjunto de personas, (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil) y por ende solo comprende a los padres y ascendientes en la línea recta y en la colateral, hasta el cuarto grado (padres, abuelos, hermanos, tíos, primos, sobrinos).

QUINTA.- El parentesco tiene dos funciones por un lado vincula a los miembros de la familia, pero por otro limita el círculo familiar, dado que los derechos y deberes que se originan entre éstos parientes parten de un supuesto previo: la existencia del parentesco, de tal manera que el parentesco, resulta ser la adscripción de una persona a una familia.

SEXTA.- Gracias a las nuevas reformas, el parentesco consanguíneo abarca lazo existente entre personas que proceden una de otra o tienen un autor común, es decir lazo permanente que existe entre dos o más personas por razón de tener una misma sangre, pero también en razón de un acto que imita al del engendramiento y cuya similitud con este se haya reconocida por la ley, ello trae como consecuencia que si bien, anteriormente la adopción daba nacimiento al parentesco civil que creaba una relación paterno filial entre el adoptante y el adoptado, ahora dicho vínculo se extiende ya no solo entre ellos sino aún entre los parientes del adoptante y los descendientes de adoptado dándole así un trato de un hijo consanguíneo.

SÉPTIMA.- Es importante destacar que actualmente y a fin de tratar de proteger en núcleo familiar nuestras leyes han sufrido una serie de reformas en donde se equiparan figuras tal y como lo fue el hecho de equipar la adopción con el parentesco consanguíneo para crear de esta forma lazos de parentesco con los parientes del adoptante como si fuera hijo consanguíneo, entrando de esta forma a la familia de quien lo adoptó, y por otro lado el hecho de equiparar el concubinato con el matrimonio a efecto de extender el lazo parental entre el concubino o concubina y sus parientes consanguíneos, situación que resulta correcta, dado que en estricto sentido dentro de ambas figuras se crean derecho y obligaciones inherentes como en una familia por tanto resulta válido reconocer la existencia de un parentesco entre parientes del concubino con los parientes de la concubina y viceversa. Los efectos que produce el parentesco dentro del ámbito penal tienen como principal propósito atenuar o agravar la pena.

OCTAVA.- Legalmente la violación se encuentra definida en el ordinal 174 del Código Penal vigente para el Distrito Federal mismo que establece: "al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo". La conducta típica del delito de violación consiste en la cópula con persona de cualquier sexo que se realiza mediante el uso de la violencia física o moral. Nuestro Nuevo Código Penal sanciona en igualdad de circunstancia la conducta consistente en la introducción por vía vaginal o anal de cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano distinto al pene por medio de la violencia física, de esta forma el legislador trata de proteger a toda costa la libertad sexual o el normal desarrollo psicosexual de las personas que pueda ser irrumpida precisamente mediante una acción similar a la cópula como en este caso lo sería un objeto diverso a este órgano pero que éstos seña introducidos en la vagina o ano.

NOVENA - El delito de abuso sexual ha sufrido diversas reformas, unas en aras de determinar su denominación, otras en cuanto a su contenido y finalmente sobre la penalidad. De este modo tenemos que el delito de abuso

sexual en la actualidad cobra vida cuando alguna persona se adecue a las siguientes hipótesis: "Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo, se le impondrá de uno a seis años de prisión." Si se hiciera uso de violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad. Además "Al que sin el propósito de llegar a la cópula ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue a observar o ejecutar dicho acto, se le impondrán de dos a siete años de prisión". Si se hiciera uso de violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.

DECIMA - La relación de parentesco cobra gran importancia dentro del derecho penal, desde el momento en que la misma se hace presente a través del sujeto activo y pasivo de un delito, ya que esa calidad logra alterar la escala penal de su conducta, ya sea agravándola o en su caso atenuándola y por ende su penalidad correrá con la misma suerte, en algunos casos esa calidad ya se encuentra contemplada en tipos penales especiales. Es evidente que cuando el parentesco produce sus efectos ya sea atenuando o agravando una conducta, también se toma en consideración criterios objetivos (la naturaleza y efectos del delito) y subjetivos (motivos del delincuente y la mayor o menor culpabilidad del autor).

DECIMA PRIMERA- La circunstancia atenuante en razón del parentesco opera disminuyendo considerablemente la sanción que realmente le correspondía al activo del delito y en un momento dado eximiéndolo de la pena a que se hacia acreedor, atendiendo precisamente a la circunstancia de parentesco que guarda frente a su víctima, pero además tomando en cuenta cuestiones meramente subjetivas como lo podría ser la mayor o menor culpabilidad del autor.

DECIMA SEGUNDA.- Las circunstancias agravantes son aquellas que empeoran la responsabilidad penal del inculpado por un delito, y resultan ser hechos previstos subsidiariamente como elementos del tipo penal básico, respecto de los cuales el Juez esta obligado a pronunciar una pena mas severa que la prevista como sanción normal de la infracción, por tratarse en el caso de un delito calificado. Pero tratándose de la circunstancia del parentesco como agravante en la comisión de cualquier delito doloso que atenta contra la libertad sexual, o el normal desarrollo psicosexual resulta por demás reprochable y por tanto resulta preciso extender el campo de protección a los que integran dicho núcleo familiar.

DECIMO TERCERA.- Si el legislador marca que el incremento de dos terceras partes de la pena contemplada para el delito básico cuando la comisión de los delitos de violación y abuso sexual es cometido por los ascendientes contra sus descendientes es decir entre parientes consanguíneos en línea recta sin limitación de grados, en segundo término contempla al hermano contra su colateral es decir entre parientes consanguíneos en línea colateral, en un tercer rubro se hace mención al tutor contra su pupilo, posteriormente al padrastro (a) contra su hijastro (a), y éstos contra cualquiera de ellos, y finalmente al amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquellos, tomando en cuenta la perversión moral que supone satisfacer los deseos sexuales con una persona con la que se guarda una relación familiar, olvidado totalmente los deberes inherentes a su condición (de ascendiente o descendiente, hermano, hermana, el tutor, pupilo, padrastro, madrastra, hijastro, amasio de la madre o del padre o hijo de esto) el cual se encuentra obligado a velar por la tranquilidad y formación de la familia a la que pertenece, es evidente que la comisión de estos delitos con la agravante anteriormente citada (en razón de parentesco) debe aplicarse de igual forma a la figura del tío pues el mismo también forma parte de ese núcleo familiar.

DECIMA CUARTA.- La figura del tío al ubicarse dentro de los parientes consanguíneos colaterales en línea desigual, es decir, de tercer grado, el mismo

también forma parte de los parientes cercanos que integran una familia, circunstancia que el legislador debe a fin de incluirlo dentro de su listado a fin de que le sea incrementada la penalidad cuando cometa el delito de violación y abuso sexual, pues si en un momento dado dicha conducta se consideró reprochable, es evidente que el mismo reproche merece la conducta que realice el pariente colaterales en grado desigual pues ellos también forman parte del núcleo familiar y más aún porque el también comparte lazos de sangre, y por ende con su actuar delictivo también vulnera la confianza y autoridad que en un momento dado la relación parental le confiere intrínsecamente.

DECIMO QUINTA.- Es por ello que resulta necesario adicionar la fracción II del artículo 178 del Nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal en el sentido que el mismo contemple la figura del tío de tal manera que el mismo señale:

ARTÍCULO 178. Las penas previstas para la violación y el abuso sexual, se aumentarán en **dos terceras partes**, cuando fueren cometidos:

I.-...

II.- Por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, **el tío contra el sobrino y éste contra aquel**, el tutor contra su pupilo, el padrastro o la madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquellos. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima, así como los derechos sucesorios con respecto del ofendido.

PROPUESTA

A través del presente trabajo de investigación propongo la adición a la fracción II del artículo 178 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, a fin de incluir a los parientes consanguíneos colaterales en línea desigual, es decir de TERCER GRADO, (tios), ello en aras de aumentar la penalidad en la comisión de los delitos de Violación y Abuso Sexual cuando fuere cometida precisamente por éstos parientes consanguíneos colaterales en línea desigual, tomando en cuenta los lazos de sangre existente entre el sujeto activo frente al pasivo, porque con su conducta no solo atentan contra la libertad sexual o en su caso el normal desarrollo psicosexual de su víctima, sino porque también vulneran la confianza y autoridad que en un momento dado la propia relación parental les confiere de manera intrínseca.

La propuesta también obedece al hecho, de que los parientes consanguíneos colaterales en tercer grado (tios) al no ser sancionados mas severamente por la comisión de estos delitos en contra de sus sobrinos, en muchas ocasiones acarrea la repetición de la conducta y por ende la vulneración de los bienes jurídicos protegidos; y más aún, porque la Autoridad en estos casos se ve imposibilitada para acreditar un requisito, u exigencia adicional a la del simple parentesco, y por ende su conducta no es sancionada como debiera, resultando en todo momento beneficiados con una pena mínima.

Es por lo anterior, que propongo la adición a la fracción II del artículo 178 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, a fin de que los parientes consanguíneos colaterales en tercer grado (tios) que adecuen su conducta a la hipótesis normativa de Violación o Abuso Sexual, les sea incrementada la pena por esa sola calidad, y no sea necesaria la acreditación de una circunstancia adicional.

De tal manera que la fracción II del artículo 178 del Nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal deberá contemplar la figura del tío de la siguiente manera:

ARTÍCULO 178. Las penas previstas para la violación y el abuso sexual, se aumentarán en **dos terceras partes**, cuando fueren cometidos:

I.-...

II.- Por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, **el tío contra el sobrino y éste contra aquel**, el tutor contra su pupilo, el padrastro o la madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquellos. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima, así como los derechos sucesorios con respecto del ofendido.

B I B L I O G R A F Í A.

1. BONFANTE Pietro. Historia del Derecho Romano, Vol I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994.
2. CÁRDENAS F. Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte especial, Delitos contra la vida y la Integridad Corporal, 1ª edición, Ed Porrúa, México 1982.
3. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 13ª edición, Ed. Porrúa, México 1980.
4. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 1ª edición, Ed. Porrúa México 1986.
5. CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal, 40ª edición, Ed. Porrúa, México 2002.
6. CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal, Tomo I, 18ª edición, Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A de C.V, Barcelona, 1980.
7. CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal Parte Especial, Tomo II Vol Segundo, 14ª edición, Ed. Bosch S.A, México 1980.
8. DE IBARROLA, Antonio. Derecho de la Familia, 2ª edición, Ed. Porrúa, México 1981.
9. DE LA VEGA GONZÁLEZ, Francisco. Derecho Penal Mexicano, 32ª edición, Porrúa, México 2000.
10. DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. I, 16ª edición, Porrúa México 1999.
11. DELGADO MESTRE, Esteban. La Atenuante y Agravante del Parentesco, Col. Jurisprudencia Practica Madrid, 1ª edición, Ed. Tecnos, Madrid 1995.
12. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil, 4ª edición, Ed. Porrúa, México 1994.
13. GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Los delitos, Tomo II, 25ª edición, Ed. Porrúa. México 1994.
14. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La Ley y el Delito, 1ª edición en México, Ed. Hermes Sudamérica México, 1986.
15. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Principios de Derecho. La Ley y el Delito, Ed. Sudamericana, 3ª edición, Buenos Aires, 1990.

16. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, 4ª edición actualizada, Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.
17. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, 6ª edición, Ed. Porrúa, México 2000.
18. JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo III La Tutela Penal del honor y la Libertad, 6ª edición, Ed. Porrúa. México 2000.
19. K. Dittmer. "Etnología General" Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1960.
20. LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del delito, 11ª edición, Ed. Porrúa, México 2003.
21. LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos en Particular, Tomo II. 5ª edición, Ed. Porrúa, México 2000.
22. M. FERRER, Francisco A. Derecho de la Familia, Tomo I, Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, 1982.
23. MAGALLON IBARRA, Jorge. Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Derecho de Familia, 1ª edición, Ed. Porrúa. México 1988.
24. MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal, Vol I, 2ª edición, Ed. Temis, Bogota, 1989.
25. MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Derecho Penal, parte general, 1ª edición, Ed. Trillas, México 1986.
26. MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal, Parte especial, 6ª edición, Ed. Publicaciones Universidad de Sevilla, Sevilla, 1985.
27. MUÑOZ CONDE Francisco, Teoría General del Delito, 2ª edición, Ed. Temis, 1999.
28. OSORIO Y NIETO, César Augusto. Obra Jurídica Mexicana, Evolución Histórica del Derecho Penal Familiar Tomo IV, PGR México, 1987.
29. PACHECO E. Alberto, La Familia en el derecho Civil Mexicano, 1ª edición, Ed. Panorama, México 1984.
30. PAVON VASCONCELOS Francisco y VARGAS LÓPEZ, Gilberto. Derecho Penal Mexicano, Parte especial Vol II, 1ª edición, Ed. Porrúa, México 2000.
31. PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, 15 edición, Ed. Porrúa, México 2000.

32. PORTE PETIT Candaudap, Celestino. Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal, 1ª edición, Ed. Porrúa, México 1986.
33. REYNOSO DAVILA, Roberto. Delitos Sexuales, 2ª edición, Ed. Porrúa, México 2001.
34. ROGINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Vol. I, 10ª edición, Ed. Porrúa, México 1975.
35. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, De la Familia, Tomo II, 7ª edición, Ed. Porrúa, México 1987.
36. SOHM, Rodolfo. Instituciones de Derecho Romano, Historia y Sistema, 1ª edición, Ed Graficas Panamericanos S de R L, México 1951.
37. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General, 2ª edición, Ed. Cadenas Editor y Distribuidor, México 1991.
38. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal, Tomo IV Parte General, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1986.

LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, Ed. Porrúa, México 2006.
2. Agenda Penal Federal 2005 y del Distrito Federal, Raúl Juárez Carro editorial, México 2006.
3. Código Civil del Distrito Federal, 3ª edición, Ed. GMG, México 2006.
4. Legislación Penal para el Distrito Federal, Ed. Sixta, México 2006.
5. Leyes para el Distrito Federal, Ed. Sixta México 2006.
6. Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, Ed. Sixta, México 2006.
7. DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Código Penal Federal Con Comentarios, 4ª edición, Ed. Porrúa México 1999.
8. DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Nuevo Código Penal para el Distrito Federal con comentarios, 1ª edición, Ed. Porrúa, México 2004.

9. DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Código Penal Federal con comentarios, 6ª edición, Ed. Porrúa, México 2001.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

1. DE MIGUEL, Juan Palomar. Diccionario para Juristas, Tomo I, Ed Porrúa, México, 1981.
2. DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho, Ed Porrúa, México 1992.
3. DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal, Tomo I, 3ª edición, Ed. Porrúa. México 1997.
4. Diccionario Enciclopédico Larousse, 10ª edición. Ediciones Larousse S.A Barcelona, 2004.
5. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, VI, XII Ed Bibliográficas Omeba S.R.L. Buenos Aires Argentina.
6. Instituto de Investigaciones Jurídica. Diccionario Jurídico Mexicano, Vol I, IV, VIII, 2ª edición, Ed. Porrúa. México 1988.
7. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario jurídico Mexicano, Tomo V, 1ª edición, Ed. Porrúa, México 1985.
8. J. COUTURE, Eduardo. Vocabulario Jurídico, 5ª edición, Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina 1993.
9. OSORIO. Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Ed. Heliasta S.R.L Argentina, 1978.
10. PRATT Fairchild, Henry. "Diccionario de Sociología", Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1984.

R E V I S T A S

1. RAMOS PEDRUEZA, Antonio. Derecho Penal XXVIII Algunas notas sobre la Historia del Derecho Penal y sobre la aplicación de circunstancias atenuantes y agravantes, Criminalía Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales Vol.27, no 1 (enero 1961), Ed. Botas México 1961.