



OPINIÓN

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES LEGISLATIVAS

**INICIATIVA DE REFORMA QUE PROPONE DEROGAR EL
ARTÍCULO 219 (INCESTO EQUIPARADO) DEL CÓDIGO PENAL DEL
ESTADO DE GUANAJUATO.**

**FORMULADA POR LA DIPUTADA ARCELIA MARÍA GONZÁLEZ
GONZÁLEZ, A NOMBRE DEL GRUPO PARLAMENTARIO DEL
PARTIDO REVOLUCIONARIO INSTITUCIONAL DE LA SEXAGÉSIMA
TERCERA LEGISLATURA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE
GUANAJUATO**

Guanajuato, Gto., a 16 de junio de 2017

OPINIÓN QUE RINDE EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES LEGISLATIVAS CON RELACIÓN A LA INICIATIVA DE REFORMA QUE PROPONE DEROGAR EL ARTÍCULO 219 (INCESTO EQUIPARADO) DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO, FORMULADA POR LA DIPUTADA ARCELIA MARÍA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A NOMBRE DEL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PARTIDO REVOLUCIONARIO INSTITUCIONAL DE LA SEXAGÉSIMA TERCERA LEGISLATURA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE GUANAJUATO

La Comisión de Justicia de la Sexagésima Tercera Legislatura del Congreso del Estado, solicitó al Instituto de Investigaciones Legislativas, en lo subsecuente Inileg, a efecto de que se genere opinión en relación a la iniciativa formulada por la Diputada Arcelia María González González, a nombre del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional de la Sexagésima Tercera Legislatura del Congreso del Estado de Guanajuato, que propone derogar el artículo 219 del Código Penal del Estado de Guanajuato, que es identificado dentro del texto de la iniciante como «Incesto Equiparado».

INTRODUCCIÓN

A fin de generar un estudio cercano a todas las implicaciones de la propuesta de determinación legislativa para derogar de nuestro ordenamiento jurídico penal estatal el delito de «Incesto Equiparado», es oportuno vincular los ámbitos de la relación familiar o de todos los integrantes de una familia como partes sustanciales del estrato y del constructo social, pues es indispensable poder contar con las pautas históricas, jurídicas y legítimas de atribución para que nuestro Poder Estatal pudiera determinar que era necesario el contar con la normativa.

En virtud de ello, se establecerá en la presente opinión un apartado de marco teórico, seguido de una breve referencia de normativas internacionales, nacionales e incluso de criterios jurisdiccionales en el orden nacional, que reconocen el derecho humano

a la familia y la necesidad de que el Estado brinde las garantías para que goce de estabilidad y desarrollo en lo social.

Posteriormente se aportará una explicación histórica y jurídica que puede pautar las líneas generales que dan fundamento para que el Estado sancione el incesto. Después de ello, se desarrollan propiamente los análisis general y específico de la iniciativa.

I. CONTEXTO TEÓRICO

Con la finalidad de analizar la legitimidad sobre el objeto de la criminalización del incesto –entendido, en amplio sentido, como el mantenimiento de relaciones sexuales entre ciertos parientes adultos que consienten sostener las mismas–, tenemos que en su estricta conceptualización quedan expresamente excluidas las relaciones sexuales en las que al menos una de las partes no consiente llevarlas a cabo (por cualquier motivo), sea porque se trate de menores de edad o personas incapaces de resistir la conducta, o bien, aquellas relaciones mantenidas contra la voluntad de una de las partes; en cuyos casos se atendería a la violación.

Antes que nada, debemos entender que en la historia de la humanidad el incesto se ha constituido como un tópico necesario o bien, en su evolución, como recurrente, o alternativo, dependiendo del entorno social y cultural. Puesto que a lo largo de la historia, se ha establecido como una prevención normativa que debe estar vigente para sancionar su comprobación, con bases de apoyo de diferentes aspectos sociales, como las creencias de cada comunidad o entidad social; su génesis y su conformación organizada (en lo social), como su estructuración en bases científicas y sus avances (aceptadas por la sociedad), y en lo específico, la literatura jurídica, denotan el constante interés de diferentes sectores de la población y en diferentes épocas, para motivar jurídicamente para la penalización del incesto.

También, debemos exponer que a la par de esa constante de tipificación de la conducta, existe una idea general que acompaña la ausencia de explicaciones satisfactorias para todos los supuestos y válidas para todas las culturas, sobre la necesidad de penalización del incesto.

II. NORMATIVA

NORMATIVA INTERNACIONAL ENTORNO AL RECONOCIMIENTO DE LA FAMILIA

Por mencionar sólo dos instrumentos internacionales en los que se encuentra reconocido el derecho humano a una familia, así como aspectos que se integran como formas de protección para que pueda desarrollarse como un ente de dinámica social, nos referiremos en esta ocasión a la **«Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre»**, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948, de Bogotá, Colombia. Instrumento internacional derivado de la Organización de los Estados Americanos, que en el artículo V, del capítulo primero¹, establece el derecho a la protección de la vida familiar, y en el artículo VI, se vincula el mismo derecho a tener una protección familiar, con base de estructura fundamental de la sociedad.

¹ «CAPÍTULO PRIMERO

Derechos

[...]

Artículo V. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

Derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar.

Artículo VI. Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.»

Derecho a la constitución y a la protección de la familia.

De igual forma, el 22 de diciembre de 1995, se expide el **«Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo De San Salvador»**, adoptado en la Ciudad de San Salvador, el Diecisiete de Noviembre de Mil Novecientos Ochenta y Ocho», publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1995, cuya última reforma adoptada se remonta a la publicada en el mismo Diario Oficial el 1 de septiembre de 1998. En el artículo 15 de dicho instrumento internacional², se reconoce la necesidad de protección de la familia, desde lo social y, por supuesto, con obligaciones que debe de garantizar el Estado, con aspectos de protección al grupo familiar, a las madres, niños y adolescentes que la conforman, pues en el mismo artículo se describen condiciones que ameritan protección relacionadas con circunstancias entorno al embarazo y en específico durante el parto, así como en la lactancia y durante el desenvolvimiento de la adolescencia.

² «Artículo 15

Derecho a la constitución y protección de la familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.
2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.
3. Los Estados Partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:
 - a. Conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto;
 - b. Garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;
 - c. Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;
 - d. Ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.»

NORMATIVA NACIONAL

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Por lo corresponde al ámbito nacional, el artículo 4^o. de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos³, postula una abierta declaración de igualdad ante

3

«CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Título Primero

Capítulo I De los Derechos Humanos y sus Garantías

[...]

Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. **Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.**

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

la ley, sin distinción de sexos, y en seguida, se consagra un concepto fundamental que tiene implicaciones que versarán sobre aspectos de necesidad de una garantía social, con obvias cargas hacia el Estado, para proteger mediante diferentes leyes, la organización y el desarrollo de la familia.

Está por demás claro, que con dicho reconocimiento en el texto del artículo 4º. de la Constitución Política federal, se declara públicamente por parte de la autoridad constituyente que se busca preservar a la familia como el vínculo básico de la sociedad o de los grupos familiares que conforman nuestra sociedad, más aún, nuestra nación. De igual forma, cabe hacer una precisión sobre este rubro, pues la norma constitucional no autoriza o posibilita el que una autoridad pueda interferir o irrumpir en la vida íntima de la familia o de los integrantes de la familia, correspondiéndole únicamente, el brindar la asistencia, colaboración, ayuda, para impulsar el que pueda fortalecerse y conservarse.

A la par de lo anterior, no se puede omitir que si en el núcleo familiar o los conceptos y acepciones que pueden reflejar manifestaciones de un grupo o asociación familiar, tanto la mujer como el hombre pueden ser protegidos en derechos, potestades y

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte. Corresponde al Estado su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia.»

dignidad, desde lo individual, lo que se manifiesta desde la protección genérica del artículo 1º. constitucional, como poder ser sujetos de protección familiar en igualdad de condiciones –se reitera–, por lo que el Estado puede protegerles a cada uno de ellos como personas que originaron e integran una familia, incluyendo los roles de padres, ascendientes de éstos o su descendencia.

Constitución Política para el Estado de Guanajuato

La Constitución Política del Estado de Guanajuato también desarrolla los contenidos de los artículos 1º. y 4º. de la Constitución Política federal, así como la protección de derechos humanos con el carácter de igualdad y la que debe corresponderle al grupo familiar; lo que se prevé en el «**TÍTULO PRIMERO**», denominado «**DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS**» y, en lo específico, en el «**CAPÍTULO PRIMERO**», que corresponde a los apartados de «**DERECHOS CIVILES, POLÍTICOS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES**».

Así es como en el párrafo sexto del artículo 1º. de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato⁴, se protege la organización y el desarrollo de la familia.

⁴ «**CONSTITUCIÓN POLÍTICA PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO**

**TÍTULO PRIMERO
DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS**

**CAPÍTULO PRIMERO
DERECHOS CIVILES, POLÍTICOS, ECONÓMICOS,
SOCIALES Y CULTURALES**

Artículo 1. En el Estado de Guanajuato todas las personas gozan de los derechos humanos y de las garantías para su protección reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como en los consagrados por esta Constitución y sus Leyes Reglamentarias, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas.

Interpretaciones jurisdiccionales en México sobre el concepto y formas de familia

Si bien, se ha identificado al matrimonio y al concubinato como formas jurídicas y, por lo tanto, sociales, para poder concluir que se está en presencia de un grupo familiar; hoy en día, a través de distintos criterios jurisdiccionales, se han reconocido diferentes relaciones que no son ni determinadas en matrimonio, ni en el mencionado concubinato, pero que se constituyen como situaciones de reconocimiento expreso y formal de familia, al gozar de características de estabilidad que las hagan tanto relevantes como compatibles con la normativa constitucional federal (artículos 1º. y 4º.); dando apertura a situaciones de facto que encuadran en un concepto amplio de familia, que genera el salvaguardar de posibles injusticias dichas situaciones de

Todas las autoridades del estado y de los municipios, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y restituir las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Para los efectos de esta Constitución y de las leyes que de ella emanen, persona es todo ser humano desde su concepción hasta su muerte natural. El Estado le garantizará el pleno goce y ejercicio de todos sus derechos.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

La ley protegerá la organización y desarrollo de la familia, dentro de la cual tendrá preferencia la atención del menor y del anciano.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación del Gobierno del Estado y de los municipios, así como la de la ciudadanía para la consecución de dichos fines, priorizando la cultura del agua.

Toda persona tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.»

hecho, sobre aquellas categorías estrictas o sospechosas –según su perspectiva– de familia, en atención a postulados meramente legales o que de atenderse, distinguirían al grado de discriminar; como se refiere a continuación en las tesis aisladas:

«CONCUBINATO. SU RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO MEXICANO SE DERIVA DEL MANDATO DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PUES LO QUE SE PRETENDE ES RECONOCER Y PROTEGER A AQUELLAS FAMILIAS QUE NO SE CONFORMAN EN UN CONTEXTO MATRIMONIAL. Esta Primera Sala advierte que el legislador mexicano ha optado por regular a las parejas de hecho, es decir, aquellas parejas que mantienen una relación estable y continuada pero que han preferido no sujetarse a un régimen matrimonial, bajo la figura del concubinato. Por tanto, es claro que la legislación civil y familiar de nuestro país se ha decantado por reconocer efectos jurídicos concretos a una relación en la que no existe una declaración expresa y formal de voluntad para formar una vida en común -como la que existe en el matrimonio-, pero que ***en la realidad constituye una unión fáctica de dos personas que en última instancia conforma una familia en el sentido más amplio de la palabra.*** Ahora bien, es importante destacar que el hecho de que el legislador haya reconocido efectos jurídicos a este tipo de uniones de hecho, caracterizadas principalmente por un grado de ***estabilidad relevante, se deriva de un mandato constitucional establecido en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consistente en la protección de la organización y desarrollo de la familia, pues lo que se busca evitar son situaciones de injusticia o desprotección sobre aquellas personas que si bien conforman una familia, no lo hacen en un esquema matrimonial. Así, es claro que el concepto constitucional de familia no puede ser interpretado desde un punto de vista restrictivo y centrado exclusivamente en familias formadas en un contexto matrimonial, sino que dicho concepto debe ser entendido desde una perspectiva más amplia, debiéndose incluir en él las situaciones de convivencia ajenas al matrimonio que desarrollan los mismos fines que éste y que, por lo tanto, deben recibir los mismos niveles de protección.***»⁵ [Lo destacado es nuestro]

«PAREJA ESTABLE COEXISTENTE CON EL MATRIMONIO. EL ARTÍCULO 233 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS, CONTIENE UNA DISTINCIÓN CON BASE EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. El artículo 233 del Código Civil para el Estado de Veracruz, al establecer que los cónyuges y los concubinos deben darse alimentos, prevé una distinción con base en una categoría sospechosa, al hacer una clasificación de las clases o tipos de parejas que tienen derecho a recibir alimentos, pues ***implícitamente excluye a otras relaciones de hecho, como lo son las parejas estables coexistentes con el matrimonio, lo***

⁵ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis aislada número: 1a. VI/2015 (10a.), Décima Época, materia constitucional, amparo directo en revisión 230/2014. 19 de noviembre de 2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 14, Enero de 2015, tomo I, página 749.

cual, no constituye una razón válida para negar la existencia del derecho a reclamar y la obligación de pagar alimentos a quien como mujer tiene esa relación de solidaridad y ayuda con el deudor alimentista, con independencia de que coexista un matrimonio que impida configurar el concubinato o alguna otra institución de familia, porque no se discute la titularidad de un derecho patrimonial que derive de ese régimen a favor de uno de los cónyuges o del concubino, como es una donación, la herencia o la administración de la sociedad conyugal, que son derechos personalísimos en su goce y ejercicio por los cónyuges y concubinos, sino ***el cumplimiento de un mínimo deber de solidaridad entre personas que guardan un nexo estable que debe ser tutelado por la ley y por la autoridad judicial***. Entonces, la condición de mujer no casada o no concubina, no puede servir de base para excluirla del reconocimiento a una prestación familiar, como los alimentos, porque implica una discriminación por razón de sexo y estado civil proscrita por el artículo 1o., in fine, de la Constitución Federal y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ***pues, nuestro derecho obliga a equiparar a muchos efectos a las familias articuladas en torno al matrimonio, con aquellas en las que el eje de vinculación es de una naturaleza distinta, y evoluciona de este modo hacia un concepto de familia fundado esencialmente en la afectividad, el consentimiento y la solidaridad libremente aceptados con la finalidad de llevar a efecto una convivencia estable. Los artículos 1o. y 4o. de la Carta Magna cierran el paso a la imposición apriorística de un concepto jurídico sectario, estrecho o "predominante" de familia y obligan a interpretar de la manera más amplia lo que cabe dentro de esa noción cuando lo que está en juego son derechos y necesidades básicas de los individuos. Aunque la Constitución no prohíba cualquier distinción legislativa basada en un criterio como el matrimonio, sus imperativos hacen que éstas deban ser analizadas siempre con mucho cuidado, y las vedan cuando afectan derechos fundamentales de las personas***. Al hilo de la apelación que hemos hecho del contenido de los invocados artículos 1o. y 4o. constitucionales, este tribunal jurisdiccional, en ejercicio del control convencional, considera que la interpretación más armónica de los artículos 233 y 1568 del Código Civil para el Estado de Veracruz, en relación con aquellos preceptos constitucionales, es que ***debe extenderse el derecho de recibir los alimentos a todo tipo de familia, cuando se acredite que esté fundado en la afectividad, el consentimiento y la solidaridad libremente aceptada, con la finalidad de llevar una convivencia estable, aunque concurren, con respecto al deudor alimentista, diversas formas de convivencia como el concubinato o el matrimonio.***»⁶ [Lo destacado es nuestro]

«SEGURIDAD SOCIAL. TIENEN LA CALIDAD DE DERECHOHABIENTES DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO EL CÓNYUGE DEL TRABAJADOR O TRABAJADORA ASEGURADOS, AUN CUANDO SE TRATE DE MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO (INTERPRETACIÓN CONFORME DE LOS ARTÍCULOS 6, 39, 40, 41, 131 Y 135 DE LA LEY DEL ISSSTE). Si bien de la interpretación gramatical de los artículos 6, 39, 40, 41, 131 y 135 de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios

⁶ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, tesis aislada número: VII.2o.C.75 C (10a.), Décima Época, materias constitucional y civil, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 10, septiembre de 2014, tomo III, página 2512. Amparo directo 68/2014, del 12 de junio de 2014.

Sociales de los Trabajadores del Estado, **se aprecia que en el caso del matrimonio se reconocen expresamente** como derechohabientes de los seguros, servicios y prestaciones, al varón en relación con la trabajadora o pensionada, y a la mujer respecto del trabajador o pensionado, es decir, **entre personas de distinto sexo y no del mismo; sin embargo, de su interpretación conforme a la luz del artículo 1o., párrafos tercero y quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece la obligación de todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, además, prohíbe la discriminación de las personas en razón de su orientación sexual; así como, con el diverso numeral 4o. de la propia Constitución, éste interpretado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que no debe restringirse el concepto de familia, a la conformada por "padre, madre e hijos", pues dicho precepto no se refiere exclusivamente a ese tipo específico de familia, sino también a aquella que denote un vínculo similar.** Sobre todo, si la seguridad social regulada por la ley del instituto respectivo, se organiza sobre la base de prestación de servicios para los trabajadores y sus familiares, de acuerdo con el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso d), de la Ley Suprema, dentro de los cuales están sus cónyuges, independientemente de que sean de un mismo sexo, o bien, de uno diverso, **debe considerarse "derechohabiente" a la esposa o esposo del trabajador o trabajadora, aun cuando se trate de matrimonio entre personas del mismo sexo;** por consiguiente, en esa hipótesis cabe la inclusión de este cónyuge en el régimen de seguridad social que imparte el instituto relativo.»⁷ **[Lo destacado es nuestro]**

Las anteriores acepciones o aceptación de hecho por parte de las autoridades jurisdiccionales, desde la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como los tribunales colegiados de Circuito, están considerando abiertamente el reconocimiento jurídico y por ello formal, de las familias que pueden referirse como compuestas y las denominadas ensambladas o reconstruidas⁸.

⁷ Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, tesis aislada número: I.3o.T.21 L (10a.), Décima Época, amparo en revisión 116/2013, materias constitucional y laboral, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 6, mayo de 2014, tomo III, página 2127.

⁸ Tipos de familias:

«Familia nuclear: compuesta por padres e hijos que viven en común.

- Familia extendida: incluye padres, hijos, nietos, abuelos, aun cuando no vivan bajo el mismo techo.
- Familia compuesta: derivada del matrimonio plural, sucesiva (divorcio(s) y nuevo(s) matrimonio(s)); o simultánea (poligamia o poliandria).
- Familia monoparental: se establece entre uno solo de los progenitores.
- Familia ensamblada o reconstruida: vínculos procedentes de dos o más uniones conyugales.»

Bernal Ballesteros, María José y Bernal Suárez, José Benjamín, «Una proyección del derecho humano a la familia», Dignitas, núm. 29, septiembre 2015, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (CODHEM), p. 50.

ASPECTOS HISTÓRICOS Y TEÓRICOS PARA LA TIPIFICACIÓN DEL INCESTO

Una breve referencia sobre los aspectos históricos que confluyen en la tipificación del incesto, están detalladamente citados por Víctor Manuel Macías Caro, quien nos comenta:

«En tiempos de Justiniano el Derecho romano castigaba a la mujer que contrajese matrimonio incestuoso con la confiscación de sus bienes, incluida la dote, y con el destierro. Los hijos habidos no sólo no eran considerados hijos legítimos, sino siquiera hijos naturales, siendo excluidos de cualquier derecho sucesorio.

Más preciso fue el Derecho visigodo: se definía el incesto como el matrimonio entre un hombre y una mujer parientes dentro del sexto grado. La sanción, además de la nulidad del matrimonio, era el internamiento de ambos en monasterios separados y, ulteriormente, la preferencia de los hijos anteriores al matrimonio anulado en la herencia de los bienes.

Ya en el siglo XIII fue añadido un elemento sustancial de la conducta tal y como la conocemos hoy en día: la acción del delito no consistía solo en «*casar con su parienta nin con su cuñada fasta el grado que manda santa yglesia*», **sino también en yacer con ella aunque no hubiese matrimonio, con lo que los posibles medios comisivos se extendían de la celebración de un matrimonio a la mera relación sexual**⁹. Así mismo se contemplaba el desconocimiento del parentesco como circunstancia eximente y, como circunstancias agravantes, el yacimiento con la mujer del padre —castigando con la pena de muerte al “traidor”— y con la barragana del padre, del hijo o del hermano —sancionando al culpable con el destierro y la confiscación de los bienes—.

Así mismo, el texto de las Partidas, que tras la conquista sería parte importante del Derecho indiano aplicable a la “República de los españoles”, concibe el incesto como yacimiento con parienta o cuñada dentro del cuarto grado, distinguiendo en la sanción si existió matrimonio, aun sin la dispensa del papa —dado que ésta hacía desaparecer el incesto— o no. En el primer caso, la pena dependía de la calidad del autor: destierro, confiscación de bienes y pérdida de honra para el hombre honrado, y azotes y destierro para el hombre vil. En el segundo caso, la pena era la muerte en ambos casos.»¹⁰ **[Lo destacado es propio]**

⁹ En esta parte el propio autor Macías Caro reflexiona sobre la posibilidad de que en la época en la que se desarrolla la prevención normativa, el mantener relaciones sexuales con una persona de tales características, implicaba los mismos alcances que el matrimonio o un matrimonio de facto, que obviaba las formalidades que le son esenciales a un enlace matrimonial.

¹⁰ Macías Caro, Víctor Manuel, «El delito de incesto en Colombia: razones para su despenalización», Revista

Como puede observarse, las razones para introducir las aducidas prohibiciones, giran desde la antigüedad hasta hoy en día, desde la necesidad de evitación de la desorganización familiar y la estabilidad social, como aspectos que demandan las propias personas para su seguridad, así como las consecuencias desastrosas (o posiblemente dañinas) para la especie, si se aceptara la posibilidad de mantener relaciones sexuales con miembros del grupo endogámico.

Constantes para penalización del incesto:

- Bajo el análisis de la Antropología social y cultural se puede demostrar que el matrimonio entre los miembros del mismo grupo doméstico está ampliamente prohibido en todas las sociedades humanas: las personas deben casarse fuera de su grupo, pues como regla general se prescribe la exogamia y se prohíbe la endogamia.
- Ciertas modalidades de endogamia, como el matrimonio entre padre e hija o madre e hijo, están prohibidas universalmente.
- También está extensamente prohibido el matrimonio entre hermano y hermana.¹¹

Conformación típica y bienes jurídicos protegidos

Por la conformación de la exigencia típica atendiendo a las diferentes épocas arroja, para Macías Caro, «un tipo de delito doloso, bilateral y de mera actividad».¹²

Nuevo Foro Penal, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, vol. 7, núm. 76, enero-junio 2011, p. 103-104.

¹¹ *Ibíd*em, p. 117.

¹² *Ibíd*em, p. 105.

En relación a su estudio sobre el incesto, el mismo Macías Caro al referirse al panorama general en derecho comparado como apartado de su investigación, con el estudio de distintos ordenamientos jurídicos en el mundo, nos parece importante resaltar un extracto de dicho apartado en el artículo del autor («2.2 *En particular, Alemania, Italia y España*»):

«No es extraño que, frente a un tipo así construido, la doctrina alemana admita que no está claro qué bien jurídico se protege: por supuesto, no desconoce las razones que históricamente se han dado para la prohibición del incesto, desde el tabú cultural a las razones eugenésicas, pasando por la dañosidad social y familiar ínsita en la conducta o la promoción de la exogamia.

Sin embargo, una reciente sentencia del Tribunal constitucional federal (*Bundesverfassungsgericht*) ha confirmado la legitimidad constitucional de la penalización de incesto. El Alto Tribunal alemán realiza en primer lugar un estudio histórico y de Derecho comparado para tejer un fondo de supuesta universalidad de la prohibición del incesto. Interesante es que se recuerde cómo el incesto sobrevivió a la «despenalización del Derecho penal sexual» operada sobre todo en 1969 con la desaparición de los delitos de adulterio, homosexualidad entre adultos, fornicación con animales, etc.

En su argumentación, el Tribunal establece expresamente que la penalización del incesto no entra en contradicción con la dignidad humana (§ 1.1 de la Constitución alemana) ni con el libre desarrollo de la personalidad (§ 2.1 Const. alemana). Y que sin embargo, la norma penal recurrida sí que materializa el mandato de protección del matrimonio y la familia (§ 6.6 Const. alemana) y además está apoyada por razones eugenésicas.

Es reseñable que Hassemer, el único penalista que componía el Tribunal, emitiese un voto particular sobre la sentencia. En el mismo, se critica la remisión, como base para legitimar constitucionalmente una norma penal, a la historia y al Derecho comparado; o a posibles riesgos para la posible descendencia, debido a que el riesgo no se da siquiera en todos los casos y a que equivaldría a considerar la vida de una persona con defectos congénitos como algo indeseable; o a **la protección del honor y la familia, puesto que castiga sólo a hermanos biológicos, mientras que otras conductas que lesionarían por igual la estabilidad familiar, como las relaciones entre hermanos adoptivos, son atípicas.** El voto particular introduce además argumentos que se basan en la inidoneidad de la pena, puesto que según un informe con el que trabajó el Tribunal, el incesto se da en familias que ya están previamente desestructuradas.

Este caso, la sentencia y el voto particular, demuestran que el debate sobre el incesto, pese a que la norma penal se aplica en pocos casos, no es meramente teórico. Además de tener consecuencias para la libertad, potencial o actual, de un cierto número de ciudadanos, se trata

también de una cuestión que atañe al propio concepto y fin del Derecho penal.» **[Lo destacado y subrayado es nuestro]**

Como se observa, sostener las bases generales para establecer una tipificación de incesto, desde el respeto de los fines de la ciencia penal y hacerla compaginar con las estructuras sociales, atendiendo a lo sustancialmente aceptado como benéfico para el origen, estabilidad y desarrollo de la familia, dependerá de cada sociedad – según el país o región–, el ejercer a través de su órgano facultado, sobre cada supuesto que valore considerarse como incesto, el establecer normativamente la atribución de sanción a cargo del Estado.

Esto, porque dependiendo de cada sociedad pueden contrastarse o ser contrarias las posturas teóricas y científicas para sostener la necesidad de sancionar penalmente el incesto,

II. ANÁLISIS DE LA INICIATIVA DE REFORMA QUE PROPONE DEROGAR EL ARTÍCULO 219 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO, IDENTIFICADO COMO «INCESTO EQUIPARADO».

PARTE EXPOSITIVA DE LA INICIATIVA

La Diputada Arcelia María González González, como integrante del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional de la Sexagésima Tercera Legislatura del Congreso del Estado de Guanajuato, presenta la iniciativa que propone derogar el artículo 219 del Código Penal del Estado de Guanajuato, que es identificado como «Incesto Equiparado», por lo que dentro de los hechos y datos que considera para la derogación del incesto en su identificación de equiparado, son los siguientes, de acuerdo a la parte expositiva de su iniciativa:

«EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Primero. Como es sabido, y siguiendo al doctor Raúl Carnevali Rodríguez (artículo *DERECHO PENAL COMO ULTIMA RATIO. HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL RACIONAL*, consultable en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100002), la misión fundamental del Derecho penal es la protección de aquellos intereses que son estimados esenciales para la sociedad y que permiten mantener la paz social. Sin embargo, la cuestión es de qué forma el Estado orienta dicha misión, de manera que pueda sostenerse en pilares que le brinden legitimidad a su actuación.

Para alcanzar dicha legitimidad no debemos perder de vista que el Derecho penal también interviene cuando no se imponen ni penas ni medidas de seguridad, es decir, también le corresponde al Derecho penal resolver en qué casos no debe intervenir, como también precisar cuándo debe reducir la violencia estatal que va implícita en su ejercicio, tal como sucede por la propia naturaleza del sistema procesal acusatorio, que introduce mecanismos de solución de conflictos que no suponen la imposición de una pena sino acuerdos reparatorios, aunque el hecho históricamente sí sea un delito.

Por tanto, el Derecho penal se legitima cuando sus mecanismos corresponden a lo que la ciudadanía espera de su Derecho penal. En este orden, el Estado debe apreciar y valorar si el *quantum* de violencia que emplea se relaciona con la necesaria eficacia disuasiva en su actuación. Si conforme a este autoanálisis se aprecia que se puede ser igualmente eficiente en la prevención de los delitos y de las reacciones informales reduciendo o eliminando el exceso de violencia, entonces debe hacerse.

Además, la dimensión política que contiene el principio de *ultima ratio*, sirve de orientación al legislador para que el Derecho penal intervenga sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general; por lo que un empleo especialmente intenso del instrumento punitivo, permitiría afirmar que ya no es posible siquiera hablar de *ultima ratio* sino de *prima ratio*, esto es, se emplea el recurso punitivo para prevenir ciertos comportamientos sin examinar siquiera cuan eficiente y necesario pueda ser éste.

Ahora bien, es indudable que debe tenerse en consideración y valorarse cuan eficiente puede ser el Derecho penal para que no termine castigando conductas que perfectamente pueden ser comprendidas en otra esfera sancionatoria, incluso meta legales, así como para no estar frente a manifestaciones legislativas poco reflexivas.

En contexto de un Estado democrático de Derecho, la cuestión a resolver es por qué el Estado debe limitar su intervención punitiva. Dicho en otros términos, por qué la legitimidad del Derecho penal debe pasar por renunciar, en algunos casos, a la pena o disminuir ésta. Bajo esta óptica, no cabe duda que principios como el de *ultima ratio* tienen un indudable basamento de carácter político, pues, en definitiva, la decisión de intervenir constituye una exigencia político-jurídica

dirigida al legislador, donde la norma penal constituye en cierto modo la *ultima ratio* en el instrumental del legislador.

No pocas veces el incremento punitivo, a veces irreflexivo, y que ponen en entredicho el carácter de *ultima ratio* que se espera del instrumento penal, obliga a preguntarnos cómo podemos racionalizar su empleo para no atribuirle a la ley penal funciones que no le corresponden o al menos, no de manera exclusiva. Es así, que frente al descrédito de otras instancias de control social le atribuyen el rol de sostenedor de los valores éticos de la sociedad, con el riesgo cierto de confundir el contenido del Derecho penal con determinadas proposiciones valorativas, convirtiéndose así, en una especie de *orientador moral*, en desmedro de otras instancias a las que sí les corresponden tales funciones.

Finalmente, y continuando con el doctor Raúl Carnevali, resulta esencial suponer como criterio legitimador de intervención, que el Derecho penal actúa sólo para proteger los bienes jurídicos más relevantes para una sociedad, teniendo en consideración cuestiones referidas al merecimiento (justicia) de pena y a la necesidad (utilidad) de pena, que si bien no pueden imponer como criterios al legislador, pues éste dispone de un espacio de libertad en sus decisiones político criminales, tampoco se puede dejar de reconocer que éstos, en la medida que respondan a un determinado horizonte jurídico, político y cultural común, sí pudieran estimarse como exigibles o al menos vinculatorios.

Segundo. Hoy tal vez nuestra sociedad se afecte por el incesto equiparado, pero igual tal vez lo que principalmente produzca esa idea sea rubor porque así lo establecen las costumbres y los principios que rigen nuestra moral social actual, más no es razón suficiente para que la ley deba darle carácter delictivo y establecer sanciones en su contra.

Lo anterior halla razón al encontrar que, según la Clasificación Estadística de Delitos (CED) 2012 del INEGI, el estado de Guanajuato es el único de todas las entidades federativas del país que contempla en su legislación penal el delito de Incesto Equiparado, es decir, castigar a quien tenga relaciones sexuales con los descendientes de su pareja, claro está, sin la existencia de parentesco consanguíneo y por supuesto sin involucrar a menores de edad ya que este caso se [sic] estaríamos frente a una conducta típica diversa.

Desde el punto de vista constitucional, el legislador está en la posibilidad de determinar qué conductas pueden ser consideradas o no como delitos. Esto depende en últimas de la evaluación que se haga en un determinado momento de las circunstancias y costumbres que respete la sociedad.

En este tenor, de conformidad con la información proporcionada por la Unidad de Acceso a la Información Pública del Poder Judicial del Estado de Guanajuato, del periodo del 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2016, es decir en un periodo de 5 años, en los juzgados de oralidad penal del estado de Guanajuato, la cantidad de sentencias dictadas por el delito de incesto equiparado es solo una, en el año 2013.

Tercero. De aprobarse la iniciativa, estimo se tendrían los siguientes impactos:

- 1) **Jurídico:** Derogación del artículo 219 del Código Penal del Estado de Guanajuato.
- 2) **Administrativo:** Reducción de los procesos de procuración y administración de justicia, al no ser necesario iniciar la investigación sobre este delito, ni accionar el proceso judicial correspondiente.
- 3) **Presupuestario:** Optimización de los recursos estatales destinados a la procuración y administración de justicia, al no ser necesario iniciar la investigación sobre este delito, ni accionar el proceso judicial correspondiente, aprovechando los mismos y el capital intelectual disponible a la atención y resolución de asuntos de mayor interés y reprochabilidad social.
- 4) **Social:** Racionalizar el empleo de la violencia social legítima para no atribuirle a la ley penal funciones que no le corresponden o al menos, no de manera exclusiva, amén de que el Derecho penal no intervenga salvo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general para proteger los bienes jurídicos más relevantes de la colectividad.

Por lo antes expuesto, me permito someter a la consideración de la Asamblea, el siguiente proyecto de:

DECRETO

Artículo Único.- Se deroga el artículo 219 del Código Penal del Estado, para quedar como sigue:

TÍTULO PRIMERO DE LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN FAMILIAR

Capítulo IV Incesto

ARTÍCULO 218...

ARTÍCULO 219. **Derogado**

[...].»

COMENTARIOS A LA INICIATIVA Y AL DELITO QUE IMPACTA

A continuación, presentamos el planteamiento de la iniciativa a manera de comparativa con la legislación vigente, en el siguiente cuadro, para su mejor comprensión, haciendo la aclaración que se incluye en el apartado de texto vigente la tipificación que corresponde al «Incesto» previsto en forma general dentro del artículo 218 del Código Penal del Estado de Guanajuato, aun cuando no se incluya para reforma en la propuesta de la iniciante, porque se considera que se encuentra relacionado con la figura equiparada que se pretende derogar con base en los términos de la iniciativa.

Código Penal del Estado de Guanajuato	
Texto Vigente	Iniciativa
«LIBRO SEGUNDO PARTE ESPECIAL»	
«SECCIÓN SEGUNDA DELITOS CONTRA LA FAMILIA	
TÍTULO PRIMERO DE LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN FAMILIAR»	
«Capítulo IV Incesto	Capítulo IV Incesto
ARTÍCULO 218. Al ascendiente consanguíneo, afin en primer grado o civil que tenga relaciones sexuales con su descendiente, se le impondrá de uno a cuatro años de prisión y de diez a cuarenta días multa La pena aplicable a los descendientes será de seis meses a dos años de prisión y de cinco a veinte días multa. Se aplicará esta última sanción en caso de incesto entre hermanos.	ARTÍCULO 218. ...

En el caso previsto en el primer párrafo, además, se privará a los ascendientes de los derechos de patria potestad

ARTÍCULO 219. Se equipara al incesto y se castigará de uno a cuatro años de prisión y de diez a cuarenta días multa, a quien tenga relaciones sexuales con los descendientes de su pareja, a quienes se aplicará la mitad de estas sanciones.» **ARTÍCULO 219. Derogado**

De acuerdo con los términos de la iniciativa, para derogar el tipo penal de «incesto equiparado», contemplado en el artículo 219 del Código Penal del Estado de Guanajuato, se toman como base los estudios del Doctor Raúl Carnevali Rodríguez para la parte dogmática y la puntualización de lo que deberían constituirse en límites y alcances del derecho penal, así como la política criminal que le precede a la instauración de la norma vigente en cualquier Estado-nación o en su caso, en las entidades federativas con autonomía y competencia de regulación sobre la materia.

De igual forma, se refiere la formalización que tiene el Estado de Guanajuato con la tipificación del incesto equiparado, como lo ha identificado el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), por lo que corresponde al año 2012, de acuerdo a la Clasificación Estadística de Delitos (CED) de ese organismo federal, donde el Estado de Guanajuato es el único de todas las entidades federativas de nuestro país, que tiene un delito con dicha prevención típica. Asimismo, se toma en cuenta la información que corresponde a una solicitud de acceso a la información, que atendió la Unidad de Acceso a la Información Pública del Poder Judicial del Estado de Guanajuato, donde durante un periodo integro de 5 años (dentro de los años 2012 al 2016), solamente se ha dictado una sentencia por el delito de incesto equiparado.¹³

¹³ Poder Judicial del Estado de Guanajuato, Solicitudes registradas en la Plataforma Nacional de Transparencia, solicitud de información que corresponde al folio 00658217, información disponible en internet: <https://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/pnt/2017/Respuesta%20folio%20658217.pdf>

Al respecto, esto es, en cuanto a los aspectos y conceptos que circundan el derecho penal y por ende, la política criminal, el Inileg ya ha emitido diversas opiniones ante esta Comisión de Justicia, por lo que a grandes rasgos y en alcances, prácticamente son similares a la parte expositiva desarrollada por la iniciante en su apartado «Primero»; así mismo, compartimos las pautas que se refieren a los postulados de un *quantum* que sea necesario para determinar con eficacia la prescripción penal, dando una vinculación con la violencia (legítima o legítimamente) ejercida por el Estado, dentro de las pautas de la política criminal y de los cánones del derecho penal y los mecanismos que la hacen dimensionarla como *ultima ratio*.

Aspectos generales del incesto previsto en el 218 del Código Penal del Estado de Guanajuato

Como se ha mencionado anteriormente, el delito que está previsto en el artículo 219 del Código Penal del Estado de Guanajuato y que es en el que recaería la reforma que consiste en la derogación de ese dispositivo, está relacionado con la prevención del artículo 218 del mismo Código Penal, pues en éste último se considera la prevención de control social «DE LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN FAMILIAR», que se encuentra en la «SECCIÓN SEGUNDA», en la que se prevén los «DELITOS CONTRA LA FAMILIA». Todas estas prevenciones corresponden al Libro Segundo que contiene la «PARTE ESPECIAL» en la que se encuentran los delitos en particular.

Primordialmente, la figura típica del incesto, como su identificación titular lo comenta («TÍTULO PRIMERO»; «DELITOS CONTRA LA FAMILIA»), está destinado a sancionar los actos ilícitos que atentan contra el orden familiar. En ese sentido, la prescripción positiva está encausada para establecer un núcleo de protección aparentemente sobre la familia¹⁴ «endogámica», pues establece sanciones tanto a

¹⁴ «CÓNYUGES Y CONCUBINOS. AL SER PARTE DE UN GRUPO FAMILIAR ESENCIALMENTE IGUAL, CUALQUIER DISTINCIÓN JURÍDICA ENTRE ELLOS DEBE SER OBJETIVA, RAZONABLE Y ESTAR DEBIDAMENTE JUSTIFICADA.

los ascendientes como a los descendientes que se encuentran en el caso y, adicional a ello, los casos donde la relación incestuosa se da entre los descendientes en idéntico grado (hermanos o hermanas).

Para el caso de los descendientes o cuando las personas involucradas se encuentran en un mismo grado y deciden acceder a una relación incestuosa, es necesario que cuenten con una edad igual o mayor a los catorce años, pues de lo contrario, aun cuando existiera voluntad de ambas partes (ascendiente y descendiente, o las personas en hermandad), la falta de este requisito viciaría la voluntad de la persona menor de los catorce años, imposibilitando el considerar la acción dentro del supuesto de incesto, pasando inmediatamente al supuesto jurídico de violación.

Se considera con una mayor punibilidad las posibilidades de sanción para el ascendiente que para el descendiente, pues se parte de la idea que al ascendiente le corresponde una figura de «autoridad» y, además, es a él a quien le concierne el establecer las condiciones de armonía, desarrollo y en general, todos los factores de estabilidad que debe procurar el ascendiente en el seno familiar. De esta forma la sanción que el Estado considera le corresponde al descendiente, debe ser menor y por ello el rango de punibilidad es menor.

Cuando el acto se constata entre hermanos, la sanción es considerada como de menor antisocialidad, pues teóricamente, a ninguno de ellos les corresponde una posición de «autoridad».

La familia, más que un concepto jurídico constituye uno sociológico, cuya protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones. De ahí que tanto los cónyuges como los concubinos son parte de un grupo familiar esencialmente igual, en el que ***sus integrantes se proporcionan cariño, ayuda, lealtad y solidaridad. Así, cualquier distinción jurídica entre cónyuges y concubinos deberá ser objetiva, razonable y estar debidamente justificada, ya que de lo contrario, estaría violando el derecho fundamental a la igualdad, reconocido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.***» Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis aislada número: 1a. CXXXVIII/2014 (10a.), Décima Época, contradicción de tesis 148/2012, materia constitucional, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 5, abril de 2014, tomo I, página 795. **[Lo destacado es nuestro]**

No obstante, lo expuesto, esto es, que el incesto protege desde su concepción histórica y «científica» a la familia «endogámica», lo cierto es que la conformación de la prohibición se ha extendido a una protección de familia ampliada (incluso desde la perspectiva de una familia tradicional), porque se proscriben las relaciones con las personas vinculadas por parentesco de afinidad y civil¹⁵; en cuyo supuesto no se generarían las consecuencias de tipo biológico que se supone se trata de evitar.

Aspectos específicos del «incesto equiparado» previsto en el 219 del Código Penal del Estado de Guanajuato

Por lo que hace al delito que se encuentra previsto en el artículo 219 del Código Penal del Estado de Guanajuato, al que se le ha identificado no solo en la iniciativa, sino en la práctica forense de nuestra localidad como «incesto equiparado»; además, en la misma composición de la descripción típica refiere: «*Se equipara al incesto...*». En virtud de ello, fácilmente se pudo establecer como una figura de incesto equiparado o incesto por equiparación de configuración de conducta.

¹⁵ «**TÍTULO SEXTO**
DEL PARENTESCO Y DE LOS ALIMENTOS

Capítulo Primero
Del Parentesco

ARTÍCULO 346. La ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y el civil.

ARTÍCULO 347. El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

ARTÍCULO 348. El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón

ARTÍCULO 349. El parentesco civil es el que nace de la adopción plena o de la adopción simple.

En la adopción simple el parentesco, existe entre el adoptante y el adoptado.

En la adopción plena, el parentesco confiere los mismos derechos y obligaciones que los derivados del parentesco consanguíneo.

ARTÍCULO 350. Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco.»

Al respecto, el incesto equiparado incrementa los supuestos para sancionar conductas que la autoridad estatal ha considerado necesarias de reacción penal, independientemente de que no existiera un ligamen de parentesco que esta positivamente determinado en la legislación civil, previendo situaciones de hecho, en las que puede existir una relación de pareja o una relación familiar que no pueda ubicarse ni en matrimonio, incluso ni en concubinato, porque la legislación penal sustantiva no establece esa exigencia.

Lo anterior no lo hace, *per se*, incompatible con las posibilidades que históricamente se han establecido para reconocer que es posible el llegar a establecer ilícitos penales que tutelan bienes jurídicos que tienen como finalidad la protección del orden familiar; esto es, desde la conformación o identificación de los ascendientes, quienes fungen o pueden fungir como responsables de un hogar –sin ser necesariamente progenitores de los descendientes-; porque, como se señaló en líneas previas, la figura o tipo penal de incesto –ordinario– en nuestro Estado, actualmente no sólo protege a los descendientes de sus progenitores, sino también a quienes sin tener ese origen de parentesco, se encuentran vinculados con el «ascendiente» por lazos sociales, reconocidos legalmente en un supuesto, y estrictamente jurídicos, en otros.

Desde esta perspectiva, el tipo penal de incesto equiparado, no constituye, en sí, propiamente una excepción o modalidad del tipo base, sino en todo caso una extensión consecuente, en la aceptación de que la proscripción de relaciones sexuales entre parientes consanguíneos debe ampliarse a aquellos que, sin tener un vínculo biológico, han decidido crear un nexo «familiar», es decir, una relación sancionada por la ley sin importar el origen genético.

En estas condiciones, el llamado «incesto equiparado», lo único que acoge es la misma prohibición del incesto genérico, tutelando a las relaciones familiares de facto, como acontece entre quienes cohabitan, o contribuyen con situaciones que de hecho hacen compatibles las cargas sociales y filiales del parentesco.

Lo anterior es así, porque si bien, la persona que funge como equiparado al ascendiente, es posible que no tenga un vínculo de matrimonio o concubinato, pero tiene una relación que en un sentido amplio puede establecerse como del tipo familiar, atendiendo a las actuales interpretaciones de los juzgadores.

De ahí que debe de considerarse que tiene un ámbito de responsabilidad que le es atribuible en razón de su decisión de vincularse como pareja de una persona. Así pues, quienes han decidido convivir o incluso vivir bajo un mismo techo, han generado lazos que estrechan la confianza del grupo social o de las personas que sostienen la relación, configurándose como un grupo social digno de protección dentro de las estructuras sociales y formalizadas encargadas al Estado, como familia «compuesta» y «ensamblada» o «reconstruida», entre otras posibilidades.

Con esta perspectiva, la violentación prevista en el artículo 219 tiende a proteger los escenarios primarios de convivencia o relación social que tiene el grupo familiar en la dimensión colectiva de la sociedad, como escenario secundario, pero determinante, pues al desenvolvemos en uno lo hacemos necesariamente en el otro, con aspectos de dualidad hacia cada una de las personas, como con el grupo (familiar-social), del que se espera reciprocidad como agente constante de una relación de confianza y certidumbre de la actual «organización familiar» y, por ende, social.

Con estos detalles, la circunstancia de que la confianza o condición de familiaridad desatendida por la pareja que se equipara al ascendiente, se excluye la posibilidad de una protección punitiva por parte del Estado, al derogar el delito de incesto equiparado, implica aceptar como válidos escenarios de intranquilidad, desorden familiar-social y posible tragedia en las familias.

En atención a las condiciones expuestas a lo largo de la presente opinión, se considera que si bien en principio la propia figura de incesto –base– se encuentra actualmente fuertemente cuestionada en diversos ámbitos, en tanto que para alguno

no es claro el valor que tutela; para otros, la fórmula que lo conforma, deja fuera conductas similarmente reprochables¹⁶ y para otros, es limitante de los derechos sexuales¹⁷; en tanto subsisten razones del incesto –base– para prevenir las

¹⁶ Por ejemplo:

El extremo que pondría en duda las finalidades del tipo de incesto –base– y su quantum determinado para las personas que son sujetos activos, sería un caso límite, en donde el ascendiente en una relación de familia contara con una edad superior, por decir un rango, más de 50 años, y su descendiente contara con una edad de 30 (dependiendo de la edad I de las múltiples posibilidades que existen entre el primer rango mencionado para contar con descendencia), y la persona que fungiera como pareja del primero, que sería con quien la persona descendiente tendría relaciones sexuales, contara con una edad de 19 años.

En este caso, atendiendo a los supuestos genéricos de la determinación típica del 219 en el Código Penal Estatal, al descendiente (persona entre de más de 30 años, de acuerdo al ejemplo mencionado), le correspondería menos sanción (la mitad de entre uno a cuatro años de prisión y de diez a cuarenta días multa, es decir, entre seis meses a dos años de prisión, y de cinco a veinte días multa). En tanto que a la persona que desempeña el carácter de pareja (persona de 19 años en el ejemplo), le podría corresponder una sanción mayor, que puede ser en el rango de uno a cuatro años de prisión y de diez a cuarenta días multa.

Lo anterior, se puede establecer como inconsistente, pues atendiendo al grado del desarrollo de la vida, las experiencias de cada persona y el grado de posible respuesta social con relación a las pautas de familiaridad, entre cada una de ellas, se le estaría exigiendo un comportamiento de mayor madurez y estabilidad a una persona menor (pareja de 19 años) que en este caso al descendiente que pudiera tener mayor edad, por lo que sería factible determinar algunas limitantes que rondarían entre el quantum de la sanción y atendiendo a las circunstancias de algunos casos en concreto. Por lo que con ello, se revele que en el fondo existe una protección similar a la que antes tutelaba el adulterio, ya superado de la dogmática penal, a partir de la se derivaba la protección familiar, pues se trata de supuesto en el que la vinculación no es de ascendencia y descendencia biológica.

¹⁷ Desde esta óptica, se señala que la descripción típica del incesto –entre parientes por afinidad– pudiera considerarse con la finalidad de atender los casos donde el «padrastró» tiene relaciones sexuales con el hijo o hija de su pareja (de manera consentida y consiente legalmente), pues dentro del ámbito familiar del descendiente existe una relación de subordinación ante el padrastró, donde a pesar de que la hija o hijo tiene la capacidad de ejercer su libertad sexual, está en desventaja ante el padrastró por esa figura de superioridad familiar en la cual se encuentra inmersa; sin embargo, se ha señalado, que el propio tipo penal no recaba esa idea, pues impone sanciones para ambas personas (padrastró e hija o hijo).

En esta idea, se puede sostener de la descripción típica del incesto en un parentesco por afinidad y el equiparado, es la prohibición para que una persona con plena capacidad de ejercer su sexualidad (según el propio código) se le limite a tener relaciones con aquella persona que tengan un vínculo con su ascendiente, sin importar que la misma relación haya sido consentida, por ello, se le puede considera una limitante al ejercicio de la libertad sexual de las personas.

En conclusión, el sostener el delito de incesto entre parientes por afinidad, así como el equiparado, constituiría una protección a la idea de «pareja» monógama (sólo una pareja durante toda la vida), que limita la idea de ejercicio de libertad sexual (consiente y legal) entre dos personas que carecen de un vínculo biológico. Sin embargo, el derecho penal, tiene la obligación de respetar los derechos fundamentales de las personas y permitirles su ejercicio. Dentro del mundo del derecho se ha evolucionado en reconocer la existencia de familias

relaciones sexuales entre el ascendiente por afinidad con el descendiente de su cónyuge, se carecerá de bases igualitarias para que pueda dejar de operar el «incesto equiparado».

Esto porque del análisis de la perspectiva histórica y teórica desde lo jurídico, el tipo de «incesto equiparado» se materializa y puede observarse como una prevención que lleva implícita un reconocimiento extensivo de las nuevas formas de vinculación familiar, buscando proteger de manera ampliada los valores y estabilidad del núcleo familiar.

De ahí, que es difícil tratar de desligar el acto de relación sexual entre la persona que funge como ascendiente –o si prefiere decir, que se equipara al ascendiente– con el descendiente de su paraje, de forma separada a la relación que sostiene con el progenitor involucrado pasivamente. Por lo que, en nuestra perspectiva, es imposible, desde la conformación de relación de pareja o de familiaridad, considerar que dichos actos constituyen escenarios separados, que al estudiar la individualidad volitiva de las personas, haya cabida para no vincular el acceso carnal de la relación dentro de la «familia» que conforman.

No omitimos mencionar, como fue solicitado por la Comisión de Justicia de este Congreso del Estado de Guanajuato, que se acompaña a la presente opinión, el estudio comparativo de la iniciativa de reforma al Código Penal en el tema de Incesto Equiparado, contemplado en el artículo 219 del ordenamiento estatal, en concordancia con la diferente normatividad sustantiva penal que existe en las diferentes entidades federativas de nuestro país, de las que podemos destacar que si bien no se localizó otra legislación que proscriba la relación que contempla el citado precepto local, se observa que todas las entidades previenen las relaciones sexuales

diferentes a la idea de papá, mamá e hijos. También existen familias donde pueden coexistir varios papas y varias mamas (derivados de divorcios previos de ambos) y ellos pudiera surgir una relación afectuosa que termine en relación sexual, consiente, de libre ejercicio de sexualidad de las personas, e inclusive en un nuevo matrimonio, pues no existe ningún impedimento biológico, pues carecen de un vínculo de sangre.

entre parientes consanguíneos, en diferentes grados, empero la legislación de Jalisco contempla una figura de incesto (artículo 181) que prevé las sanciones de incestuosas que existen en los sujetos con parentesco por afinidad en primer grado. Mismo supuesto se actualiza en el estado de Coahuila de Zaragoza (artículo 236)

En esa misma línea, se comenta que por lo que hace a la prescripción de la normatividad penal de Nuevo León, el incesto está previsto para aquellas personas que guardan relación de ascendientes y descendientes, derivada por afinidad hasta el segundo grado (artículo 277).

Instituto de Investigaciones Legislativasⁱ

ⁱ Elaboración: Antonio Silverio Martínez Hernández
Colaboración: Alejandro armando Ramírez Zamarripa
Revisión: Plinio Manuel E. Martínez Tafolla