



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"PLANTEL ACATLAN"

"ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO
DE VIOLACION TUMULTUARIA"

(DIFERENCIAS CON LOS DEMAS SUJETOS QUE
ESTABLECE EL ARTICULO 266 BIS)

M-0030112

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JOSE LUIS RAMOS BLANCAS



MEXICO, D. F.

ENEP. ACATLAN
DEPTO. DE CERTIFICACION
Y TITULOS

1981



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.

- T E S I S -

" ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE
VIOLACION TUMULTUARIA "

(Diferencias con los demás sujetos
que establece el artículo 266 Bis)

Alumno:

Ramos Blancas José Luis.

No. de Cta:

7121798-1

A la memoria de mi padre:
SR. EDUARDO RAMOS ARELLANO.

Como un humilde homenaje para
mi madre:

SRA. REMEDIOS BLANCAS VDA. DE
RAMOS.

Con todo mi cariño, respeto y
agradecimiento porque me ha -
dado una vida llena de amor y
comprensión, señalándome el -
camino de la superación.

En reconocimiento a mi tía:
SRTA. APOLOIA RAMOS ARELLANO.
Mi segunda madre.

A mis hermanos:
ABRAHAM, EDUARDO y CONSUELO --
con sincero cariño, y especial
mente a ROBERTO quien hizo de-
mi un hombre de provecho y a -
quien le vivire eternamente a-
gradecido.

Esperando que sirva como
un estímulo en sus estu-
dios, les dedico esta --
Tesis a mis queridos so-
brinos:

LETICIA
MARITZA
MARTHA LAURA
VERONICA
EDUARDO
LUIS ARTURO y
JORGE IVAN.

Con todo mi amor y admiración
a mi compañera y novia:

SRTA. MARIA DE LA PAZ PATRI--
CIA AVILA MILLAN.

Con quien compartí mis días--
de alegría en las aulas y de-
quien recibí el más generoso-
apoyo para llevar a cabo este
trabajo.

Con agradecimiento a mis
MAESTRO:

Por la noble tarea de im-
partir sus conocimientos
en las aulas de nuestra
Escuela Nacional de Estu-
dios Profesionales "Aca-
tlan".

Con mi particular recono-
cimiento al Lic. GILBER-
TO TRINIDAD GUTIERREZ, -
quien con sus consejos y
atinada dirección hizo -
posible la realización -
de esta Tesis.

A mis estimados compañe-
ros de generación:
Por su amistad, su compa-
ñía y disposición para -
lograr mejores objetivos
en la vida.

INDICE

INTRODUCCION.

CAPITULO PRIMERO

I.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

- 1.- Antecedentes del Delito.
- 2.- Derecho Romano.
- 3.- Derecho Español.
- 4.- Derecho Mexicano. pág-13

CAPITULO SEGUNDO

II.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

- 1.- Código Penal de 1871.
- 2.- Código Penal de 1929.
- 3.- Código Penal de 1931. pág-109

CAPITULO TERCERO

III.- ESTUDIO DOGMATICO DEL ARTICULO 266 BIS.

- 1.- Concepto de violación, sus elementos.
- 2.- Clasificación en orden a la conducta y al resultado; ausencia de conducta.
- 3.- Tipicidad y clasificación en orden al tipo, sus -- elementos; atipicidad.
- 4.- Antijuricidad y causas de justificación.
- 5.- Imputabilidad e inimputabilidad.
- 6.- Culpabilidad e inculpabilidad.
- 7.- Punibilidad y su aspecto negativo
- 8.- Tentativa.
- 9.- Participación.
- 10.- Concurso de delitos.
- 11.- Diferencias entre violación e incesto.
- 12.- Jurisprudencia. pág-208

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

M-0030112

INTRODUCCION

Posiblemente uno de los problemas más graves de la humanidad han sido los hechos delictivos, los --
cuales con el transcurso de la vida, han venido toman--
do una importancia tal, que se han convertido en ver--
daderos problemas sociales que aquejan a la mayoría --
de los países del mundo.

En nuestros tiempos existen descritos en los
Códigos o leyes penales de los Estados, una infinidad
de delitos, algunos se cometen en contadas ocasiones, --
otros en cambio se realizan diariamente.

Los países más afectados con este tipo de --
problemas son los llamados Sub-Desarrollados, lógico--
resultado de los problemas que padecen.

Nuestro país, como otros, actualmente pasa--
por una etapa llena de vicisitudes, pues el exagera--
do crecimiento de la población, el desempleo y la --
falta de educación para la población joven, ha traído--
como resultado un aumento alarmante en la actividad de
delictiva, especialmente en los delitos de carácter --

sexual.

Pues bien tratando de cooperar dentro de --
mis posibilidades al mejoramiento de nuestra sociedad
y de la aplicación de la justicia, en una forma sen--
cilla pero con todo el interés y la voluntad con que--
hago este trabajo, he tomado una pequeña parte de nues--
tro Código Penal vigente, para analizar mediante la -
presente Tesis el delito de Violación Tumultuaria, y--
que dejo al juicio y al arbitrio de ustedes con el --
objeto de que pueda aportarnos resultados positivos.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS: 1.- Antecedentes del delito.
 2.- Derecho Romano. 3.- Derecho Español. 4.- Derecho-Mexicano.

Para iniciar este capítulo es necesario referirse a los antecedentes más remotos de que tenemos conocimiento, partiendo del Derecho Romano que es la fuente del derecho moderno.

1.- Antecedentes del delito de violación.

Desde hace tiempo los hombres de las diferentes culturas hablaban en sus códigos o leyes del delito de violación, sancionándolo con ejemplares castigos; así por ejemplo, el maestro Fernando Arilla Bas en su Tesis Doctoral "El Delito de Violación" expresa que, "a la violación, la encontramos sancionada: en Egipto con la castración; entre los hebreos con la pena de muerte o multa, según que la mujer fuera casa

=====

da o soltera; (Deuteronomio 25, XXII); en el Código - de Manú, se aplicaba al violador pena corporal, siempre que la mujer no fuera de su misma clase social, -- ni prestara su consentimiento, pues si se surtían --- esas condiciones, el infractor no era sancionado; en Grecia, se castigaba al violador, con el pago de una - multa y se le obligaba a unirse en matrimonio con la víctima, si ésta consentía y en caso contrario, se le condenaba a muerte; la Ley de los sajones, la castigaba con una multa que era disminuida si la víctima concebía; el Edicto de Teodorico impuso la obligación al culpable de casarse con la mujer y además si era noble y rico, tenía que hacerle entrega de la mitad de sus bienes; en Inglaterra, Guillermo el Conquistador, impuso la pena de ceguera y la de castración; y la Constitución Carolina (Cap. CXXV) la de muerte."(1)

=====

(1) Citado por, González Blanco Alberto. "Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano." 4a. Ed. Porrúa. México. 1979. pp. 136 y 137.

Es notable la severidad de las sanciones -- que se aplicaban en los delitos sexuales, especialmente en el delito de violación, por lo que en aquellos-- tiempos dichas sanciones que en general eran aplica-- das con crueldad, tuvieron probablemente resultados-- positivos, disminuyendo este tipo de delitos.

2.- Derecho Romano.

Algo muy especial sucedió en Roma, porque-- teniendo una organización social y política excelente su gobierno se preocupaba más por conservar su inte-- gridad como tal, y hacía caso omiso de los problemas-- que se suscitaban entre la población, entre los que-- imperaban delitos de índole sexual a los que se les-- daba poca importancia.

La clasificación de algunos delitos care--- cían de claridad en cuanto a su concepto y penalidad--

=====

porque la descripción de una norma abarcaba una extensa variedad de delitos en diferentes ramas del derecho, dejando con esto un amplio margen que hacía prevalecer un gran desorden social de características -- sexuales, al respecto el maestro Francisco González de la Vega dice: "las variadas culturas paganas principalmente las de las ciudades griegas y de la Roma primitiva, guardaban una actitud de elegante indiferencia ante los problemas de la sexualidad desordenada."(2)

A la violación en Roma la encontramos enfocada en los delitos de coacción (vis), que era "el poder, y sobre todo la prepotencia, la fuerza, por medio de la cual una persona, ora constriñe físicamente á otra á que deje realizar un acto contra su propia voluntad mediante la amenaza de un mal ó, lo que es --

=====

(2)"Derecho Penal Mexicano."(Los Delitos).16a.Ed.Porrúa. México.1980.p.313.

lo mismo, por miedo (metus) para determinarla a ejecutar ó a no ejecutar una acción."(3)

El maestro Cuello Calón en su obra de Derecho Penal hace referencia a que "en el Derecho Romano, la unión sexual violenta con cualquier persona fue castigada por la Lex Julia de Vis Pública con pena de -- muerte, según atestigua Marciano."(4)

Cabe señalar que a pesar de las penas aplicadas a este delito, se continuó mostrando indiferencia de parte de los legisladores.

3.- Derecho Español.

Fué el Derecho Español una composición de -- religión y normas jurídicas, las que regularon desde sus inicios la vida social de España.

Influenciados sobre todo por la doctrina re -- ligiosa y en particular la católica, tuvieron desde --

=====

(3) Mommsen Teodoro. "El Derecho Penal Romano." T-II. La España Moderna, calle de Fomento 7. Madrid. p.127.

(4) "Parte Especial." T-II. 12a. Ed. Bosch. Barcelona. 1967. p.533.

un principio normas que contrariamente al Derecho Romano, precisaban los delitos sexuales a través de sus diferentes leyes. Así por ejemplo en el "Fuero Juzgo, Lib.III, Tít. V, se castigaba al forzador si era hombre libre, con cien azotes y la entrega que de él se hacía como esclavo a la mujer a quien forzaba, y si era siervo se le quemaba.

Estaba prohibido al ofensor y a la víctima contraer matrimonio y si esta prohibición se infringía, quedaban en calidad de siervos, con todos sus bienes, de los herederos más próximos.

En el Fuero Viejo de Castilla, se encuentran en el Lib. II, Tít. II, tres leyes de las cuales dos de ellas se refieren a la violación, que castigan al ofensor con la pena de muerte."(5)

En esta época del Derecho Español, la mayo-

=====
 (5)González Blanco Alberto.Ob.Cit.pp.137 y 138.

ría de las leyes eran elaboradas por religiosos, basados fundamentalmente en la moral y en las enseñanzas de Cristo, pero de ninguna manera se caracterizaban por ser normas o leyes con un sentido jurídico.

Otra de las leyes que mencionaban el delito de violación era la Ley del Fuero Real, Lib. IV, Tít, X; De los que furtan, o roban, o Engañan las mujeres, y cuya primera ley decía; "Si algun home llevare muger soltera por fuerza, por faser con ella fornica---ción, é lo ficiere, muera por ello."(6)

También la segunda ley de este libro, mencionaba a la violación con la intervención de varios sujetos activos diciendo: "Quando muchos se ayuntan, é llevan una muger por fuerza, si todos yoguieren con ella, mueran por ello. E si por ventura uno fuere el forzador, é yoguiere con ella, muera por ello: é los-

=====

(6)"Los Códigos Españoles, Concordados y Anotados." Imprenta de la Púbblicidad. Madrid. 1848. pp. 409 y 410.

otros que fueren con él, peche cada uno cincuenta maravedis..."(7)

Es muy probable que esta descripción del -- delito en la cual intervienen varios sujetos, sea el primer antecedente de lo que hoy conocemos como violación tumultuaria.

La Ley de las Siete Partidas también hace -- mención de este delito, asentando la gravedad de la -- consumación del hecho. Algunas de las leyes descritas anteriormente, al referirse al delito de violación, -- tomaban como base esta Ley.

Dentro de los Códigos Españoles, Concordados y Anotados, se encontraba la Septima Partida, la cual también se refería a la violación en su Título -- XX, Ley III. y decía; "Robando algun ome alguna muger biuda de buena fama, o virgen, o casada, o religiosa,

=====

(7) Idem. p. 410.

o yaziendo con alguna dellas por fuerca, si le fuere probado en juycio, deue morir porende; e demas, deuen ser todos sus bienes de la muger que assi ouiesse robada, o forcada."(8)

Esta ley, además de hacer referencia al delito, también señalaba la sanción que se aplicaría al infractor de la norma.

Al hacer una comparación del Derecho Romano con el Derecho Español, nos damos cuenta que existió una gran diferencia en cuanto a la gravedad y la importancia que los españoles daban a los delitos sexuales, siendo esto el resultado de su doctrina cristiana, base de sus principios jurídicos.

4.- Derecho Mexicano.

Al parecer, de este derecho, existen pocos datos, pero los que se han localizado son claros al re

=====
 (8)Ob.Cit.p.422.

ferirse a los delitos sexuales.

Encontramos por ejemplo algunos indicios -- de este derecho en el pueblo Maya, y relacionados --- con los delitos sexuales, apenas se mencionan algunos.

Por ejemplo al hablar de la violación, el-- maestro Guillermo Floris Margadant dice: "Tambiér pa-- ra la violación y estupro existía la pena capital (la pidación)."(9)

Probablemente del Derecho Penal de los Aztecas es del que se tienen más datos. Existe el Código de Texcoco, el cual sancionaba el delito severamente-- pues "los castigos establecidos por Netzahualcóyotl -- llevaban el sello del mayor rigor.

Para la violación había la pena de muerte-- (565); con excepción del caso de ramera (566).

=====
 (9)"Introducción a la Historia del Derecho Mexicano."
 2a.Ed.Esfinge.1976.p.115.

También existía la pena de muerte entre los otomíes (567). En Michoacán, el violador era empalado, después de haberle rasgado la boca hasta las orejas - (568). Un caso semejante a la violación nos es relatado del tiempo del primer rey de México, Acamapichitl (1367 a 1387). Una mujer había robado maíz de un granero, lo que tenía como pena la muerte o la esclavitud, un hombre que la había visto le prometió no denunciarla si se le entregaba, a lo que ella accedió, no obstante lo cual la denunció; la mujer fue perdonada y el hombre esclavizado (569).

Aztecas 8. La crónica del tiempo del tercer rey de México, Chimalpopoca (1415 - 1426), refiere un caso inverso de violación: una mujer que abusó de un hombre ebrio fue lapidada (570)."(10)

"Es de notarse que entre los Aztecas el de-

=====
 (10)"Revista de Derecho Notarial Mexicano."Vol-III.México.1959.p.73.

recho penal fue el primero que en parte se trasladó - de la costumbre al derecho escrito. Sin embargo la tolerancia española frente a ciertas costumbres jurídi- cas precolombinas no se extendió al derecho penal de- los aborígenes. En general puede decirse que el régi- men penal colonial era mucho más leve para el indio mexicano que este duro derecho penal azteca."(11)

Creemos que el derecho colonial fue la eta- pa por la cual los españoles empezaron su dominio y - sirvió también para que los indígenas mexicanos se -- dieran cuenta que los reyes españoles eran los autén- ticos gobernadores de la Nueva España.

Del México Independiente podemos decir que- a causa del movimiento de independencia, y como resul- tado del mismo, el país entero y con él los legislado- res tuvieron un mínimo de atención en solucionar di--

=====
(11) Floris Margadant Guillermo. Ob. Cit. p. 24.

versos problemas sociales entre los cuales estaban -- los delitos de carácter sexual, esto era consecuencia del momento conflictivo en que se encontraba el país -- ya que, lo que se quería conseguir en primer término, era organizar la situación política de nuestro pueblo.

A pesar de toda esta situación hubo un grupo de personas que apoyadas por el gobierno del Sr. -- Licenciado Benito Juárez, comenzaron a realizar un -- proyecto de ley penal en el cual se trataban una gran variedad de delitos.

Este trabajo tuvo que suspenderse al declararse la guerra contra Francia, pero se continuó al -- finalizar este hecho.

=====

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS: 1.- Código Penal de 1871.-
 2.- Código Penal de 1929. 3.- Código Penal de 1931.

"México como nación independiente hereda de España un sistema de legislación anárquico, de leyes aisladas y no de Códigos completos, unas inaplicables y otras de difícil aplicación, pues propias para un gobierno monárquico no lo eran para un sistema republicano.

Durante el período de 1824 a 1835, la actividad legislativa dice Macedo, se concreta casi exclusivamente en el Derecho Político y las otras ramas -- del derecho público relativas a las funciones que más bien habían sido aceptadas por el cambio en el modo -- de ser de la nación, tales como la administración fisucal y la justicia.

La generalidad de ellas tendían a satisfa--

=====

cer necesidades apremiantes en los ramos hacendarios-
y militar, que fueron, por razón de la misma agitación
política, los que hubieron de atraer la atención pre-
ferente a los gobernantes."(12)

"El concepto del delito en la legislación -
española, aun después del Fuero Juzgo, es religioso--
político, pues considerado ya como un acto pecaminoso
que infringe los canones de la religión, ya como una-
infidencia al Estado, o como una agresión perjudicial
a la seguridad y armonía de los individuos asociados.

La penalidad, es una expiación, una vindicta
o una forma de escarmiento según las circunstancias,-
y dentro de estos tres conceptos adolece del espíritu
de barbarie en que se inició la formación de la nacio-
nalidad española, y a la vez, del rigor militar de la
constitución política de ésta y de la desigualdad de-

=====
(12) Ceniceros José Angel y Garrido Luis. "La Ley Penal
Mexicana" Ed. Botas. México. 1934. p. 11.

clases."(13)

"Hasta 1857 no existen bases fundamentales de un derecho penal propiamente mexicano, estando caracterizado el régimen de represión por una verdadera anarquía en cuanto a las disposiciones de fondo, pues la mayor parte de las dictadas se refieren al procedimiento y a la jurisdicción, para activar los procesos y hacer más efectivas las penas ante el creciente aumento de la criminalidad.

Son los constituyentes de 1857, los que establecen en forma sistemática, las bases del derecho penal mexicano, ampliadas en las leyes de 4 de diciembre de 1860 y 14 de diciembre de 1864.

Con toda frecuencia los encargados del Ministerio de Justicia, y aun la misma Suprema Corte en sus informes sobre el estado de la administración de

=====
 (13)Ceniceros José Angel y Garrido Luis.Ob.Cit.pp.11 y 12.

justicia, se quejan de lo inadecuado de las leyes penales, y pugnan por la formación de Códigos, preferentemente del Penal, en que se clasifiquen los delitos y las penas. Gómez Farfías calificaba la empresa de ardua, pero afirmaba que era menester arrostrarla, darle principio, aun cuando correspondiera al futuro su completa realización."(14)

"Vencida la intervención francesa, el Presidente Juárez al ocupar la capital de la República en 1867, al iniciar la organización de su gobierno, después de la terrible lucha armada, llevó a la Secretaría de Justicia e Instrucción Pública, al licenciado Antonio Martínez de Castro, a quien tocó presidir la Comisión encargada de formular el Código Penal."(15)

El pensador Vera Estañol, citado por los --
maestros José Angel Ceniceros y Luis Garrido, expresa

=====

(14) Ceniceros José Angel y Garrido Luis. Ob. Cit. p. 12.

(15) Idem. p. 12.

al referirse a la orientación doctrinaria de éste Código Penal:

"Cuando entre nosotros se emprendió la formación de un Código Penal, que respondiera al sistema político y a la forma de gobierno definitivamente consolidados en 1857, a la nueva concepción de la sociedad y de los derechos del hombre, a los cambios de nuestras instituciones civiles, a la transformación económica de la nación, y a las nuevas ideas y conceptos que había traído la mudanza en las conciencias y en los espíritus de los hombres, que servían de núcleo director del país, la Comisión redactora del proyecto de aquel Código encontró en el mundo especulativo una escuela ya perfectamente caracterizada, que fundaba el derecho de castigar en la correspondencia del bien y del mal con el mal, que fundaba el interés

=====

social de restablecer ese equilibrio ético siempre que fuera perturbado por un ataque a la colectividad; que veía en el delito una acción combinada de la libertad y de la inteligencia, y en la pena un medio de ejemplaridad y de corrección, derivando de aquel concepto los diversos grados de culpabilidad, y de éste último la naturaleza de las penas, y que establecía la conclusión general de la proporcionalidad de las penas con el mal causado, deduciendo de aquí los grados del delito y su diferente gravedad, para obtener la medida de las penas. Y como esta escuela había llegado a servir de criterio a las legislaciones positivas, y era la única que conducía a conclusiones practicables, la Comisión redactora del proyecto aceptó sus principios, sus consecuencias y su desarrollo, y los incorporó en el Código vigente, reduciéndolos a preceptos-

===== : ===== : =====

legales."(16)

"Esta obra legislativa inspirada en las doctrinas de la escuela clásica, respondió satisfactoriamente durante varias décadas a las necesidades de la lucha contra el crimen, y en la historia de la Legislación Mexicana, ocupa un lugar de honor por haber llevado ampliamente sus fines."(17)

1.- Código Penal de 1871.

Este Código surgido en momentos difíciles, tuvo como bases para su elaboración la doctrina de la escuela clásica, pues el licenciado Don Antonio Martínez de Castro, estaba convencido de su aceptación y de su aplicación en nuestro país.

Por su importancia, permítome transcribir textualmente la Exposición de Motivos de este ordenamiento punitivo que es del tenor siguiente:

=====

(16)"La Ley Penal Mexicana."Ob.Cit.pp.12 y 13.

(17)Ceniceros José Angel y Garrido Luis.Ob.Cit.p.13.

"C. Ministro de Justicia.- Cumpliendo la --
 protesta que hice á ud. en mi oficio de 14 de Septiembre
 próximo pasado, tengo la honra de remitirle el --
 libro lo. del Proyecto del Código Penal, cuya forma--
 ción se nos encomendó, y las actas de las sesiones --
 que hemos tenido para discutirlo.

Como en ellas se exponen, aunque sucintamente
 te, los fundamentos en que descansan los artículos de
 dicho libro lo.; excusada parecerá una nueva exposi--
 ción de ellos. Sin embargo, la Comisión ha creído con
 veniente hacer, y hará ahora por mi conducto, algunas
 breves reflexiones: ya para amplificar sus pensamientos
 to, en algunos puntos capitales que lo necesitan; y--
 ya también para que, á un golpe de vista, comprenda --
 el Supremo Gobierno el sistema que hemos adoptado y--
 los principios que hemos seguido.

=====

Nada hay que no sea grave y difícil en un -
 Código Penal; pero lo más delicado de él por su tras-
 cendencia, el trabajo verdaderamente cardinal consis-
 te, sin disputa, en la elección de las penas. Sobre -
 este punto están conformes los criminalistas modernos
 en que la pena por excelencia, y la que necesariamen-
 te debe servir de base á un buen sistema penal, es la
 prisión aplicada con las convenientes condiciones, co-
 mo la única que, á las calidades de divisible, moral,
 revocable y en cierto modo reparable, reúne las de --
 ser aflictiva, ejemplar y correccional.

Las más importantes de todas esas circuns--
 tancias, son sin duda las tres últimas, pues con e---
 llas se alcanza el fin único con que las penas se im-
 ponen, el de evitar que se repitan los delitos que -
 con ellas se castigan. En efecto; por medio de la in-

=====

timidación, se alejará á todos del sendero del crimen; y por medio de la corrección moral del condenado, se afirmará éste en los buenos propósitos que la pena -- le haya hecho formar, y que de otro modo quebrantaría muy fácilmente. Los legisladores antiguos y casi todos los modernos no han empleado, sino el primero de estos dos medios, curándose muy poco ó nada del segundo; á pesar de que, como observa un respetable autor, hace muchos siglos que el jurisconsulto Paulo dijo: - ' pena constituir in emmendationem hominum.'

Pero ¿ se puede alcanzar este gran fin con la pena de prisión ? Sí, en verdad, con tal de que se aplique por un tiempo proporcionado á la naturaleza y gravedad del delito, y en establecimiento adecuado al objeto: que no tengan comunicación alguna los presos entre sí: que se les impongan ciertas privaciones

=====

ó se les concedan ciertas gracias, segun sea mala ó buena la conducta que observen al estar cumpliendo su condena: que durante ella se les ocupe constantemente en un trabajo honesto y lucrativo, y se les forme con una parte de sus productos un pequeño capital, para-- que tengan de que subsistir cuando estén libres: que á los que carezcan de instrucción en un oficio ó arte se les dé, así como también en las primeras letras, en la moral y en la religión; y finalmente, que por un término suficiente de prueba, dén á conocer la siceridad de su arrepentimiento, para que no haya el temor de que recaigan al volver á la sociedad. Hé aquí las-- medidas que aconsejan los criminalistas filósofos, y las que al eminente Livingston inspiraron tal confianza, que se avanzó hasta decir 'Yo creo firmemente que muchos de los condenados cuando vuelvan á la sociedad

=====

serán miembros más dignos de ella, que otros que, por no haber cometido un delito de gravedad, no hayan incurrido en una pena semejante.'

Acaso sea esto suficiente, pero ha hecho to davía más la Comisión; pues ha establecido que tengan un recargo en su pena, hasta de un tercio de ella, -- los reos que al estarla sufriendo se manejen mal; y-- que se haga una rebaja hasta de la mitad, á los que -- hayan dado pruebas irrefragables de su arrepentimiento y enmienda: que el fondo de reserva de los primeros sea menor que el de los segundos; y que se expi-- da á estos un documento fehaciente, no solo de que -- han purgado su delito, sino también de que por su -- buen comportamiento, se les ha juzgado dignos ya de -- volver al seno de la sociedad, sin peligro alguno para ésta; lo cual equivale á una rehabilitación.

=====

Como á pesar de todas esas medidas, á cual-
mas racional y filosófica, podría haber algún peligro
en que, sin preparación alguna se pusiera a los con--
denados en absoluta libertad, entregándoles de impro-
viso á todas las seducciones, á todos los peligros --
dei mundo, después de muchos años de privaciones y --
encierro; la Comisión ha cuidado de que los presos --
estén en comunicación constante con su familia y con-
otras personas capaces de moralizarlos con su ejemplo
y sus consejos, y de proporcionarles trabajo. Además,
ha fijado como período último de prueba, uno de seis-
meses, en que poniéndoles en completa comunicación y-
dándoles alguna libertad, no quede ya duda de que es-
verdadera y sólida su enmienda.

Averiguando esto, se les otorgará una liberta
dad provisional, ha la que se ha dado el nombre de --
=====

preparatoria, y que será revocada en el momento en --
que, las faltas del que la disfrute dén á conocer ---
que salieron fallidas las esperanzas que se habían --
concebido de su regeneración. Más breve: hemos queri-
do y procurado que, para otorgar una libertad comple-
ta y definitiva á los reos, que son unos verdaderos--
convalecientes de un mal moral, se obre con el mismo-
tiento y consideración que se emplean con los que con
valecen de alguna grave enfermedad física. En suma, --
C. Ministro: el plan de esta Comisión se reduce á ---
emplear en el castigo de los delitos, y como medios--
eficaces de impedir que se cometan otros, los dos re-
sortes más poderosos del corazón humano, á saber, el-
temor y la esperanza; haciendo palpar a los reos que-
si tienen una conducta arreglada, solamente sufrirán-
la tercia parte de la pena que sufrirían en caso con-

=====

trario; que se ahorrarán no pocas privaciones y padecimientos; que de hombres despreciables y aborrecibles se convertirán en miembros útiles de nuestra sociedad.

Con semejante perspectiva, y después de haber estado por largo tiempo entregados al trabajo y -
recibiendo una instrucción moral y religiosa, la Comisión no duda que muchos de los criminales vuelvan al sendero del honor y de la virtud, porque, como dice Bonneville con la elocuencia que acostumbra: ' Todos-
estos desgraciados que, á pesar de sus vicios, conserven aún el sentimiento de la dignidad del hombre: todos aquellos que tengan una madre, una esposa, ó hijos á quienes amar y mantener: que no hayan renunciado á los santos goces de la familia: que suspiren por el aire, por el sol, por su independencia, ¿no sentirán saltar su corazón, y que se dilata con esta pre-

=====

ciosa esperanza? ¿ No experimentarán una emoción de dicha y de orgullo, al pensar que con su buena conducta y sometiéndose voluntariamente á las leyes, podrán -- por sí mismos conquistar la libertad y tal vez el honor ?

Estas no son vanas ilusiones; porque el resultado feliz que la Comisión se promete, no solamente lo hace esperar la sana razón, sino que lo tiene acreditado la experiencia; pues Inglaterra, Irlanda y Sajonia están cogiendo hace años, copiosos frutos del sistema indicado, aunque no lo han planteado todavía con todos los requisitos convenientes: lo adoptó ya la ilustrada Comisión que formó el proyecto último de Código Penal de Portugal, que es en el que mejor se aplican los principios de la ciencia: se ha propuesto su adopción en Italia; y no tardará mucho en genera--

=====

lizarse en todas las naciones civilizadas.

El que todavía dude de los asombrosos resultados que ha producido, y está produciendo en las --- tres primeras de las naciones citadas, se desengañará leyendo los documentos intachables que, como prueba - de aquellos, presentan Bonneville y Leon Vidal, y lo que dice Simonet en su Juicio crítico de la excelente obra que Van-der-Brughen dejó escrita sobre el sistema penitenciario en Irlanda.

Como verá ud., en el artículo 137 de nues-- tro Proyecto, se previene: que el período de seis meses que precede á la libertad preparatoria, lo han de pasar los reos en un establecimiento distinto de aquel en que hayan estado presos el tiempo anterior. Así se practica en Inglaterra é Irlanda, con muy buen éxito; y los inconvenientes de no hacerlo así son tan pal---

=====

pables, que sin necesidad de exponerlos, esperamos se decida el Supremo Gobierno á destinar para ese objeto alguno de los ex-conventos de México que hoy pertenecen á la nación.

He indicado ya que la Comisión emplea como medio indispensable para la corrección moral de los reos, la completa incomunicación de ellos entre sí. Y como este es un punto que se ha debatido mucho, y en el que no están conformes todavía los criminalistas; la Comisión se cree obligada á indicar siquiera las diversas opiniones que hay sobre esto y los fundamentos de la que ella ha preferido.

Los diversos sistemas penitenciarios que hay son los siguientes: 1o. El de comunicación continua entre los presos: 2o. El de comunicación entre ellos, solo durante el día; 3o. El de incomunicación-

=====

absoluta ó de aislamiento total; y 4o. El de separación constante de los presos entre sí, y de comunicación de ellos con los empleados de la prisión, con los sacerdotes de su culto y con otras personas capaces de moralizarlos.

El último de estos cuatro sistemas, que es el que ha adoptado la Comisión, salva todos los inconvenientes que se atribuyen á los otros tres: tienen en su apoyo la opinion de los más célebres criminalistas; y es también el que mereció la aceptación unánime del Congreso penitenciario que se reunió en Francfort sur-le-Mein, y en Bruselas en 846 y 847, compuesto de hombres de diversas naciones, todos competentes en la materia, y entre los cuales se hallaba el gran jurisconsulto Mittermaier, á quien se ha considerado como el primer criminalista del siglo. Así lo acredita-

=====

ta la primera de las declaraciones que dicho cuerpo hizo, y que literalmente transcribe Ortolan en su inestimable obra ya citada.

La base de este sistema consiste: en quitar á los presos toda comunicación moralmente peligrosa, y en facilitarles todas las que tiendan á moralizarlos. Pues bien: ¿ puede darse mayor peligro de corrupción, que el de estar en contacto con los criminales? Para Livingston ninguno le iguala, y así lo da á entender muy claramente en estas notables palabras: 'El vicio es más contagioso que la enfermedad: muchos males del cuerpo no se comunican ni aun por el contacto pero no hay un solo vicio de los que afectan el alma, que no se pegue por la comunicación constante. Toda vía sería ménos irracional poner á un hombre en un caso apestada para curarle un simple dolor de cabeza-

=====

que encerrar para su corrección á un delincuente en -- una prisión montada bajo el sistema común.' Esto mismo había dicho cuarenta años ántes nuestro sabio compatriota el Sr. Lardizábal, en su precioso discurso -- sobre las penas.

No les falta razón: porque el simple hecho de estar en roce con los famosos criminales, de tratar con ellos, y tal vez de tener que obedecerles, -- degrada, avergüenza y envilece á sus propios ojos, -- aun á los delincuentes mismos, si no han perdido enteramente todo sentimiento de dignidad: vienen después las relaciones, que los presos que se comunican entre sí contraen necesariamente, los unos por inclinación, los otros por gratitud á tal ó tal agasajo, á esta ó aquella muestra de consideración que reciben de sus -- compañeros de infortunio, y los mas por el temor que-

=====

aquellos les inspiran. Esos lazos ya no se desatan -- nunca, y mas ó ménos tarde arrastran á nuevos y mayores crímenes á los que alcanzaron la libertad después de haber expiado sus delitos anteriores. No hay, pues, otro medio de prevenir esa gangrena y de evitar al -- mismo tiempo las conjuraciones y fugas de los presos, que la separación y aislamiento de ellos. Hé aquí lo que en compendio dicen autores de nota.

Esto supuesto, no puede adoptarse ningun -- sistema penitenciario que tenga como base la comuni-- cación de los presos entre sí, ya sea que la admita-- solo durante el día, ó ya de día y de noche: porque -- no solamente será imposible realizar una de las miras principales que el legislador debe proponerse en la -- imposición de las penas, á saber, morigerar á los de-- lincuentes para que no reincidan en sus delitos, sino

=====

que los cometerán después mayores por haberse desmoralizado mas en la prisión. Tampoco debe adoptarse el sistema de aislamiento absoluto; así porque con él se priva á los delincuentes de toda comunicación moralizadora con otras personas; como porque sería un suplicio insoportable que se ensayó ya en Pittsburg, y al cual fué preciso renunciar.

Después de lo dicho hasta aquí, se comprende bien, sin necesidad de comentario, que para ser consecuente con sus principios, tenía necesidad la Comisión de abolir, como abolió en su proyecto expresamente, la pena de presidio, la de obras públicas, y toda especie de trabajo fuera de las prisiones: pues además de que todas ellas tienen el defecto capital de poner en comunicación completa á los criminales unos con otros, les hace perder para siempre la ver-

=====

güenza, que es un retraente poderoso del delito.

También he indicado ántes, que para alcan--
zar la regeneración moral de los reos condenados á --
prisión, debe dárse la instrucción moral y religiosa;
y ahora agrego, que esto es absolutamente preciso, --
porque sin esa base no puede ser perfecto ningún sis-
tema de prisiones. Tal es el sentir de autores muy --
respetables, y del Congreso penitenciario ya mencio--
nado.

Desechar esta opinión sería tan absurdo, co
mo no querer poner los medios para conseguir el fin á
que se aspira: porque si se admite, como es preciso --
admitir, que uno de los más importantes fines de las
penas es la enmienda del penado, y que los gobiernos--
deben procurar á toda costa conseguirlo; es inconcuso
que no deben hacer á un lado el auxilio más poderoso--

=====

que pueden tener, la instrucción moral y religiosa.--

Si ella es útil y eficaz en todas circunstancias, nunca lo es tanto como cuando se da á los presos, y á -- presos condenados á la soledad y el silencio. Abruñados con el peso de su desgracia, entregados á la contemplación de ella, y atormentados con sus remordimientos; abren su corazón, naturalmente, á todo lo que puede proporcionarles un consuelo, á cuanto puede servir de lenitivo á sus pesares; y reciben la instrucción moral y religiosa, como un bálsamo reparador que, --- devolviéndoles la tranquilidad y la esperanza, les -- hace tomar la resolución de abandonar para siempre -- la senda del crimen. No pocas veces quebrantarán estos laudables propósitos; mas no por eso deben despreciarse los medios de verlos realizados: pues aunque -- solo se consiguiese la enmienda de unos cuantos cul---
 =====

pables, siempre sería digno del legislador en un ---
Código ese pensamiento tan noble y generoso.

Tal vez se nos objetará que esa idea no puede plantearse, por estar vigente la ley que prohíbe -- la enseñanza de la religión en los establecimientos-- sostenidos por el Gobierno. Más la Comisión ha creído que esto no es un obstáculo, y que debe hacerse una -- formal excepción de esa regla respecto de las prisio-- nes tanto por las ventajas que producirá, como queda-- demostrado, cuanto porque no hay en ello el inconve-- niente único que con dicha ley se quiso evitar, á sa-- ber: el de que sería, en cierto modo, contrariar el -- principio de libertad religiosa, someter á personas -- de distintas creencias, á la enseñanza y practicas de una sola religión.

Ni por un momento ha sido esta nuestra mente

=====

lo que nosotros proponemos es, que se instruya á los presos en sus respectivas religiones: que se les proporcionen los medios de practicar sus preceptos; y que se inculquen á todas las máximas de una sana moral, -- que es lo que se hace en Inglaterra y en los Estados- Unidos de América. Esto en nada se opone, ciertamente á la libertad religiosa; y ántes bien es una nueva -- sanción de ella, puesto que á cada cual se le permite el libre ejercicio de la religión que profesa. Además si el Estado se apodera de un individuo y le priva de su libertad, ¿ no es cierto que contrae la obligación de llenar para con él los deberes que le impide cumplir por sí mismo?

Acaso por este motivo se esté tolerando --- que, personas de distintas sectas protestantes entren á las prisiones de esta capital. á hacer predicaciones

=====

á los presos. Y si esto se permite, no sin grave inconveniente, ¿cuál puede haber en que la autoridad reglamente la enseñanza religiosa, haciendo que ningún preso reciba instrucción sino en la religión que él tenía adoptada de antemano? Esto será, sin duda, lo mejor: pues de otro modo, sucederá que los presos se queden sin religión ninguna, ó cuando ménos, vacilantes en la que ántes profesaban: porque hoy escucharán una doctrina, mañana oirán la contraria, y no sabrán después á que atenerse. Para obviar á este mal, y evitar los abusos que eran ya muy graves, por los cambios de religión en las prisiones, se previno en Inglaterra: que, á su entrada, todos los presos declaren á qué religión pertenecen: que cada cual asista á los oficios de la suya; y que sea instruido en ella por sus respectivos ministros. De estas y otras preven-

=====

ciones, dice Vidal, que hacen honor á la tolerancia religiosa de Inglaterra, y que son casi las mismas -- que se observan en Francia.¿ Y por qué no hemos de -- hacerlo así nosotros? ¿ Por qué llevar el espíritu de libertad religiosa, á un extremo de exajeración á que no lo han llevado dos naciones tan tolerantes é ilustradas como Inglaterra y los Estados-Unidos de América?

La mejora moral de los reos, ha sido también la mira a que se dirigen las prevenciones sobre el castigo de los sordo-mudos y de los jóvenes delincuentes menores de diez y ocho años, así como algunas de las reglas que, sobre indulto, aparecen en nuestro proyecto. Ellas en nada atacan la esencia del derecho que el Ejecutivo tiene de otorgarlo, si es exacta la idea que la Comisión se ha formado de esa importante-
 =====

prerrogativa. Nosotros creemos que el indulto no se--
 debe conceder caprichosamente; pues aunque es una ver
 dadera gracia, su concesión debe fundarse en algún mo
 tivo razonable. De no ser así, serviría en muchos ca--
 sos para sancionar una injustificable impunidad, para
 desprestigiar la ley y alentar á los criminales con --
 la esperanza de burlarla por ese medio; por el contra
 rio, es justo y saludable emplearlo con sujeción á --
 las prevenciones mencionadas, porque será otro estí--
 mulo más para que los condenados se enmienden.

El derecho de indultar es el complemento--
 de la justicia distributiva: porque estimula á los --
 condenados á manejarse bien, á ser dóciles y laborio--
 sos: excita entre ellos una emulación saludable: toma
 en cuenta á los reos el recobro de sus buenos senti--
 mientos; y recompensa por medio de la reducción ó con

=====

mutación de las penas á aquellos que por su asiduidad en el trabajo, ó por una buena conducta constante, -- han dado pruebas de un arrepentimiento sincero.' Así se expresa el preámbulo de una real órden, y dos circulares del Ministerio de Justicia de Francia, citadas por Bonneville. Este célebre autor añade: que --- esta es la razón de que aun Estados republicanos, como la Suiza por ejemplo, conserven el derecho de indultar, esencialmente monárquico, como un precioso--- estímulo para la regeneración penitenciaria, y es---- tablezcan que la buena conducta de los condenados podrá servir de motivo para la reducción de la pena.

Quando estén ya en práctica todas las prevenciones que tienen por objeto la corrección moral-- de los criminales: cuando por su trabajo honesto en-- la prisión puedan salir de ella instruidos en algún--

=====

arte ú oficio, y con un fondo bastante á proporcionar se después los recursos necesarios para subsistir: -- cuando en las prisiones se les instruya en su reli--- gión, en la moral y en las primeras letras; y por úl- timo, cuando nuestras cárceles se conviertan en ver--- daderas penitenciarias de donde los presos no puedan- fugarse, entónces podrá abolirse sin peligro la pena- capital. Hacerlo ántes sería, á mi juicio, compromete-- ter la seguridad pública, y tal vez reducir á nuestra sociedad al extremo peligroso de hacerse justicia por sí misma, adoptando la bárbara ley de Lynch.

No es esta la opinión de los Sres. Ortega y Lafragua, quienes decididamente están por la inmedia- ta abolición de dicha pena. Así es que no figuraría-- en nuestro proyecto, por ser yo el único que ha sos-- tenido ser necesario conservarla todavía; á no haber-

=====

manifestado el Supremo Gobierno, por conducto de ud., que adoptaba mi opinión, la cual no difiere substancialmente de la de mis dignos compañeros. Como ellos- veo con horror el derramamiento de sangre humana, y anhelo como ellos vivamente, que desaparezcan de entre nosotros esos suplicios sangrientos; pero á mi juicio no ha llegado ese suspirado día, y todo lo que podemos hacer es trabajar empeñosamente, hasta hacer innecesaria la pena capital. Manifestaré los fundamentos de mi opinión.

Los enemigos de ella la tachan de ilegítima de injusta, de que no es ejemplar, de indivisible é irrevocable, y por último, de innecesaria. Y á la verdad que si tales tachas fueran ciertas, habría que confesar desde luego, que no debía durar un día mas esa terrible pena; pero semejantes objeciones están muy -

=====

distantes de la realidad, y hay en ellas no poco de--
alucinación.

La de ilegitimidad, que es la más débil de--
todas, se funda en que no pudiendo los particulares--
disponer de sus propias vidas, tampoco puede hacerlo
la sociedad; porque ésta no tiene ni puede tener más--
facultades que las que le delegan los asociados al --
constituirla.

Como se ve, esa teoría da por supuesto el--
contrato social de Rousseau, que si en un tiempo estu-
vo en boga, hoy es tenido como una quimera, como un -
sueño, como una fábula. Ya no se busca el origen de--
la sociedad en un convenio de los asociados, sino en-
la naturaleza misma: el estado social es una necesi--
dad moral del hombre, es un deber que se le ha impues-
to para su propia felicidad; porque es tan inherente-

=====

á su naturaleza el ser sociable, como el ser libre,--
sensible é inteligente.

Destruida, como está por su base, la doctrin
na de la ilegitimidad de la pena de muerte, doctrina-
que hoy está casi abandonada, preciso es buscar en --
otra fuente el derecho que la sociedad tiene para cast
tigar á los delincuentes; y no se encontrará otra que
el derecho que la sociecaad tiene para procurar su prop
pia conservación y la de los asociados, empleando pa-
ra ello toóds los medios que sean necesarios dentro--
de los límites de lo justo. Uno de esos medios es la-
pena, puesto que no hay otro para hacer efectiva la -
justicia social, que es un deber; ó en otros términos:
el derecho de castigar se deriva de la justicia y la-
utilidad unidas. Así es que la verdadera dificultad--
que hay que resolver, está reducida á averiguar si su

=====

imposición es necesaria todavía, una vez que no se --
 puede ya poner en duda que hay derecho de aplicarla.--
 Pero ántes de entrar á este terreno examinemos las de
 más objeciones, por ser de más breve solución.

Una de ellas es la de que la pena de muerte
 es indivisible; y en este punto me hallo enteramente--
 conforme con los abolicionistas; más no lo estoy con--
 la consecuencia que deducen. Ellos infieren que en --
 ningún caso debe imponerse el último suplicio; y yo -
 deduzco que no debe prodigarse como ántes se prodiga--
 ba, aplicándolo á toda clase de delitos. Esto sí se--
 ría una gran injusticia; porque destruiría enteramen--
 te la proporción que debe haber entre la culpa y el -
 castigo, valiéndose de un medio de represión que, ---
 siendo verdaderamente extremo, no debe emplearse sino
 contra delitos de suma gravedad. Más ¿qué despropor--

=====

ción habrá en aplicar la última pena al autor de alguno de los delitos que menciona el artículo 23 de la Constitución federal? ¿Quién podrá decir que hay injusticia en privar de la vida al que cometió un asesinato ejecutado con la más refinada crueldad, con notoria premeditación, alevosía y ventaja? La indivisibilidad de la pena nada importa en el presente caso, porque no se hace más que aplicar el mayor de los castigos á uno de los delitos que ocupan el lugar más alto en la escala del crimen.

Alguna más fuerza hace la calidad que la pena capital tiene de ser irrevocable. Pero además de que esa circunstancia es hoy inherente á toda pena, por estar prohibida la revisión de los procesos en el artículo 24 de la Constitución; yo no alcanzo que haya inconveniente en decapitar á un reo cuando

=====

haya certidumbre de que él cometió el delito de que-- se le acusa. El peligro estaría en condenarlo a muer-- te en el caso contrario, y lo que de ahí se infiere es únicamente: que debe obrarse con mucha medida, con-- gran circunspección en la averiguación de los delitos y de los delincuentes: que no debe condenarse á nadie á sufrir esa pena terrible, sino empleando en el pro-- ceso todas las formas tutelares que son la garantía -- de la inocencia; y por último, que no debe perdonarse medio, esfuerzo, ni gasto alguno, para apresurar el-- día en que se pueda abolir para siempre la pena capi-- tal.

Objétase también que por no ser ejemplar -- es inútil, y en prueba de ello se alega: que á pesar-- de su aplicación se continúan cometiendo los mismos -- crímenes. Pero si esa razón probara algo, serviría --

=====
=====

también para proscribir todas las otras penas; pues--
 á pesar de ellas siempre ha habido, hay y habrá de---
 lincuentes, miéntras no se cambie el corazón humano.-
 Lo posible, y lo que el legislador debe únicamente --
 procurar es: que las penas sirvan de escarmiento, si-
 no á todos los habitantes, sí al menos á un gran nú--
 mero de ellos; y este efecto lo produce la pena de --
 muerte en más alto grado que otra alguna, como lo de-
 muestran los criminalistas con multitud de casos y --
 razones de gran peso.

¿Pero qué mejor prueba puede darse, que lo-
 acaecido en México en 861 á la entrada del ejército--
 liberal, y lo que vimos al ocupar con sus tropas esta
 capital el general Díaz, en Junio de 867? En la primer
 ra de estas dos épocas, bastó ejecutar una media docea
 na de criminales para que la seguridad que estaba grad

=====

vemente amenazada, se restableciera del todo; no obstante que en pos del ejército vinieron bandas enteras de foragidos, alentando la esperanza de entregarse impunemente á todo género de crímenes.

Más felices fuimos el año de 867: pues sin necesidad de hacer ni un sólo ejemplar, disfrutamos de una seguridad mayor que nunca, á pesar de que el pueblo estaba hambriento y en la mayor miseria, por el largo asedio que acabábamos de pasar. Y ¡á qué debimos tanta fortuna? Al bando que se publicó ántes de la entrada del ejército, amenazando con el último suplicio á los delincuentes, y á que estos se persuadieron de que serían pronta é irremisiblemente ejecutados, si cometían alguno de los delitos á que el bando se contraía. Se ve, pues, que la pena de muerte tiene mayor eficacia cuando su aplicación es indefec-

=====

tible y pronta; y esto explica por qué otras veces no ha dado los mismos resultados. Y ¿no estamos viendo - actualmente los buenos efectos de la ley de plagia--- rios? ¿No está muy disminuida esa plaga, no obstante- que los recursos de amparo han impedido á veces el -- castigo de algunos, y que esto hace consebir á los -- otros la esperanza de salvarse, aún cuando sean a---- prendidos y condenados?

Si la pérdida de la vida, que es el mayor - de todos los bienes, no intimida á los criminales, yo no sé cómo podrán explicarse los inauditos esfuerzos- que estos hacen por conservarla, ya embrollando sus - procesos, ya implorando indulto, ya pidiendo amparo,- y ya en fin, suplicando encarecidamente que se les -- condene á prisión ó á presidio, como lo han hecho --- un Benitez y un Ibar, y como siempre lo hacen todos -

=====

los reos de muerte. ¿Será porque ésta no les parezca bastante castigo de su delito, y prefieran que se les aplique la de prisión como más grave?

Desvanecida la objeción de que la pena capital no es ejemplar, veamos si es innecesaria, como dicen los enemigos de ella. El fundamento único de esta aseveración se reduce: á que, por medio de otras penas se puede conseguir no solo la intimidación, sino lo que es más, la corrección y enmienda de los delincuentes, que no se logra decapitándolos. Si tal cosa fuera posible en las actuales circunstancias, sería yo el primero en pedir la inmediata abolición de la pena de muerte; pero me parece que se engañan los que tal dicen, y que ofuscado su entendimiento por la vehemencia de sus filantrópicos deseos, no ven la realidad.

=====

Tal vez por esto arguyen dando por supuesto lo mismo que debían probar. En efecto, ¿cuál es esa pena ejemplar, correccional y reparadora, que piensan-- sustituir a la pena de muerte? ¿Será la de presidio?-- Esta pena no tiene, ni podrá nunca tener todas esas - calidades: porque, sobre ser esencialmente desmoralizadora, no hay hoy seguridad de que se haga efectiva. ¿Será la de prisión? Tampoco, y es fácil demostrarlo con los mismos principios que proclaman los abolicionistas.

La intimidación, dicen, y dicen bien, mas - que de la severidad de las penas depende de que ellas sean inevitables, de que se apliquen sin demora y --- cuando aún está viva en los ánimos la impresión que - causa el delito. Pero si se deja pasar ese tiempo, y- se persuaden los malvados de que pueden delinquir ---

=====

sin que sus crímenes se averigüen, ó de que, comprobados que sean, pueden con la fuga ó de otro modo dejar burlada la ley; no podrá ésta infundirles ni el-- más mínimo temor. Pues bien: ¿no leemos todos los --- días en los periódicos, partes oficiales de continuas evaciones de presos? ¿ No es preciso que las haya, --- estando las cárceles mal guardadas y no bastando custodia alguna, para impedir que los cabecillas de asonadas saquen de las prisiones á cuántos en ellas se encuentran? Pues si esto es innegable, no sé como puede haber quien se alucine, hasta el grado de creer -- que los famosos delincuentes se detengan en la pendiente del crimen, con el amago de una pena de que podrán librarse fácilmente.

Pero sin no es posible la intimidación por el fatal estado de nuestras cárceles y nuestros presi

=====

dios, lo es menos todavía conseguir en ellas la en---
 mienda de los condenados. Para demostrarlo sería muy-
 fácil añadir a lo ya expuesto, nuevas y poderosas ra-
 zones; pero las omito por no cansar la atención de ud,
 y por parecerme bastantes las que expuse ántes, al --
 hablar de los inconvenientes de la comunicación de --
 los presos entre sí.

A pesar de esas observaciones, hay todavía-
 quien insista en sostener que debe abolirse desde lueg
 o la pena capital, alegando que la Constitución no -
 exige que haya verdaderas penitenciarias, sino simplem
 ente que se establezca el régimen penitenciario; y--
 creen que este puede conseguirse respecto de los --
 que debieran ser condenados a muerte, si se les pone-
 en prisión solitaria privados de toda comunicación, -
 como puede hacerse ya, por haber unas cuantas piezas-

=====

en la cárcel de Belem adecuadas á ese objeto. Pero----
no basta ciertamente, porque como dice Ortolan: 'Mu--
cho se engañaría el que creyese: que con tener el edi-
ficio material, que con la prisión celular de noche--
y trabajo en común, guardando silencio, ó con la pri-
sión solitaria de día y de noche, todo se consigue, y-
se obtiene con cualquiera de estas dos fórmulas el ré-
gimen penitenciario; por el contrario, podría suceder
que resultara la base de una de las más abominables -
penas de prisión. En efecto: esas fórmulas no se diri-
gen sino á uno solo de los puntos que debe abrazar --
ese régimen, la comunicación; y ya sabemos que hay --
otros muchos que reglamentar, ya sea en cuanto al tra-
tamiento físico, ya en cuanto al tratamiento moral, y
ya en lo concerniente a las medidas de transición,' -
es decir, á las que tienen por objeto preparar á los-

=====

reos para que puedan pasar de la prisión a la sociedad, sin peligro de una recaída.

Nada de eso se logra con tener algunos apesentos separados en una mala cárcel, ni con poner á unos cuantos reos en prisión solitaria. Hacerlo así sería, además, una crueldad suma: porque encerrar á un hombre en un calabozo, sin proporcionarle instrucción ni ocupación alguna, es condenarle á la soledad más espantosa, es entregarle á la desesperación y acaso á la demencia.

Ninguna fuerza tiene contra lo expuesto hasta aquí, el hecho de que en algunas naciones esté ya proscrita la pena capital: en primer lugar, porque no ha pasado el tiempo suficiente para poder decir, con toda seguridad, que esa medida ha producido los buenos resultados que de ella se prometían; pues varias-
=====

de esas mismas naciones han dado otras veces ese paso en la vía del progreso, y han tenido que retroceder á poco tiempo, forzadas por la necesidad. Así ha sucedido con la Toscana y la Alemania, si damos crédito á lo que dicen Bonneville y Simonet. En segundo lugar:— porque si la medida de que se trata, tal vez no presenta graves inconvenientes en naciones antiguas, de pequeño territorio, bien pobladas, con buenas prisiones y que han gozado de una larga paz; sí puede ser muy peligrosa en una nación como la nuestra, despoblada, montuosa, con pésimas cárceles, con una policía todavía imperfecta, que ha estado en guerra continua por espacio de sesenta años, con su industria y su comercio abatidos, y en momentos en que comienza á restablecerse la seguridad. Yo creo que en vista de estas circunstancias no se atreverían á abolir en México la

=====

pena de muerte, ni los mismos legisladores que han --
 creído poder hacerlo sin peligro en sus propias nacion
 nes; porque no siendo absoluta la necesidad de conserv
 var esa grave pena, sino relativa al Estado, costum--
 bres é instituciones de cada país, es inconcuso que,-
 si en algunos pudiere proscribirse sin riesgo, será -
 en otros preciso conservarla provisionalmente como una
 áncora de salvación.

En este último caso se halla nuestra patria-
 y por más que tratemos de hacernos ilusiones, es ne--
 cesario confesar: que se comprometería altamente la -
 seguridad pública y privada, si la pena de muerte se-
 aboliera del todo, sin tener establecido para sustitu
 irla el sistema penitenciario que es el único, sin duu
 da, con que pueden alcanzarse los dos grandes fines de
 las penas, el ejemplo y la corrección moral. Pero tamu

=====
 =====

bién es preciso convenir en que sería una iniquidad -
dejar vigente dicha pena, y no hacer desde luego los-
mayores esfuerzos para lograr cuanto ántes que sea--
innecesaria su aplicación.

Quando no se emplea medio alguno para la co
rrección moral de los condenados: cuando solo se pro-
cura la intimidación por medio de la severidad en el-
castigo, y éste se llega á ejecutar; en vez de enmen-
darse el que lo sufre, solo respira ódio y rencor con
tra los que le condenaron. Si, por el contrario, la--
pena no llega á hacerse efectiva y logra burlarla; en
tónces no concibe más que desprecio á la ley y á sus-
ejecutores. Pero ¿ cómo no han de inspirarle respeto-
aquella y éstos, cuando vea que se le castiga sin sa--
ña y que no se trata de satisfacer una venganza, si--
no de hacerle el bien, de proporcionarle recursos ---

=====

de que subsistir, de instruirle, de moralizarle y devolverle á esa misma sociedad que le había arrojado-- de su seno? ¿No verá en esto la tierna solicitud de un padre? ¿No se resignará entónces á sufrir sumiso la pena, como una consecuencia justa de su delito?--- ¿No procurará corresponder á estos afanes y hacerse acreedor, con su buena conducta, á que se modere el castigo que se le había impuesto?

Poner los medios para lograr este noble fin, es lo que, á mi juicio, aconseja la prudencia: lo que me parece más conforme á lo prescrito en el ya citado art. 23 de la Constitución federal; y lo que yo he -- procurado al proponer los artículos adoptados por la Comisión, que se refieren á la reclusión y prisión, á la instrucción que debe darse á los reos, á su fondo de reserva, á la retención por su mala conducta, á--

=====

su libertad preparatoria; y en suma, todas las prescripciones del proyecto que tienden á la corrección y enmienda de los condenados.

Entre tanto, lo único que puede hacerse es ir reduciendo gradualmente á menor número los casos en que se aplique la pena de muerte, como aconsejan los criminalistas modernos y se propone en el proyecto; pues además de dejarse enteramente expedita la facultad de indultar á los condenados á ella, se consulta que no se imponga nunca á los mayores de 70 años; á los menores de diez y ocho: a las mujeres: á los que delinquen teniendo alguna de las circunstancias atenuantes de cuarta clase, ú otras que reunidas tengan el valor de una de aquellas; ni cuando hayan pasado 5 años, contados desde el día en que se cometió un delito por el cual debiera aplicarse.

=====

Hé ahí las principales razones en que des--
 canza mi opinión, que bien puede resumirse en estas--
 breves palabras de Cárlos Lúcas, autor laureado, y --
 uno de los más distinguidos escritores sobre el sistema
 penitenciario: 'Sea cual fuere el talento de los--
 hombres ilustrados que defiende la subsistencia de la
 pena de muerte, no podrán luchar largo tiempo contra--
 la irresistible fuerza de la civilización cristiana,-
 que debe borrar de nuestros códigos criminales esa --
 última huella del Talión. La causa de la abolición --
 de la pena de muerte, esta ganada ya para el futuro,-
 si apoyandose en el progreso de la razón pública, en--
 la dulcificación de las costumbres y en el desarrollo
 de la reforma penitenciaria, se libra de la temeridad
 de los impacientes.'

La ejecución de esta importantísima reforma

=====

toca al gobierno, quien se apresurará, sin duda, á --
 formalizar la iniciativa conveniente para el estable-
 cimiento de una penitenciaría digna de la capital de-
 la República. Se tropezará tal vez, como se ha trope-
 zado hasta hoy, con las escaseces del erario; pero es
 ta dificultad no es tan grande como parece, pues el -
 gasto total no ha de hacerse de una vez, sino por par
 tes y en algunos años. Además cuando el Congreso ha -
 decretado tantos y tantos gastos para mejoras materia
 les, ¿no sería un oprobio para México, alegar la fal-
 ta de recursos para desatender una mejora moral de tan
 ta trascendencia, como la que se alcanzaría reforman-
 do las prisiones, cuando ya en algunos Estados está -
 casi al realizarse esa reforma? Esa misma penuria se-
 alegó por mucho tiempo en Francia, con el mismo obje-
 to; y sin embargo, el gran ministro Necker no dejó --

=====

de hacer por esto los gastos necesarios para mejorar las prisiones, cabalmente en época en que la Francia se hallaba empeñada en una guerra, como lo acredita el documento que inserta el Sr. Lardizábal en su citado Discurso sobre las penas.

Para hacer otro tanto aquí tendrá el Go --
bierno un auxilio no despreciable, en las cantidades que en nuestro proyecto se destinan al erario y á la mejora de las prisiones, de lo que produzca el traba
jo de los presos. Mas para contar con ese recurso, -
es de todo punto indispensable, que, sin pérdida de-
tiempo, se establezcan en las cárceles los talleres
necesarios; los cuales, además de proporcionar al -
Gobierno grandes economías en el gasto de vestuario
para la tropa y de otros objetos, comenzarán á in -
troducir entre los encarcelados el hábito del traba

=====

jo y la moralidad, que hoy ni se conocen en esos establecimientos. En ellos se ven aglomeradas, confundidas y en completa comunicación, personas de todas edades: el ladrón ratero y el salteador en cuadrilla; el reo de simple riña y el asesino: el hombre honrado que en un momento de pasión ó ceguedad cometió una ligera falta, y el facineroso: los criminales ya condenados y los inocentes á quienes se está procesando. Entregados todos á una absoluta ociosidad, son actores ó testigos de las escenas más vergonzosas y repugnantes, y no escuchan sino el relato de espantosos crímenes, ó los planes y proyectos de otros nuevos. Allí no hay más títulos á la consideración que la desvergüenza, el descaro, la osadía; y aquellas turbas de malvados se complacen en hacer víctimas de subutilidad y en arrancar todo sentimiento de honor y de

=====

virtud, á todos los que no están aún tan corrompidos como ellos.

¿ Y podrán dejarse las prisiones en ese lamentable estado? ¿ Prescindirá el legislador de procurar por todos medios la enmienda de los culpables? No lo teme la Comisión, porque conoce la ilustración del actual Congreso, y porque sería una negligencia-repreensible. seguir autorizando penas depravadoras, que ' son una iniquidad contra el reo á quien se imponen: una calamidad contra el interés común: una monstruosidad en derecho penal; un veneno y no un remedio para la sociedad; un medio de propagar el mal y no de cortarlo.' Si tal sucediera, valdría más la abolición de toda pena, y facultar á los ciudadanos para hacerse justicia por su mano.

Ya que se trata de la reforma de las pri--

=====

siones, permítase á la Comisión de Código penal ha --
cer dos observaciones, innecesarias sin duda, atendi-
da la notoria ilustración de ud., C. Ministro, pero--
no inútiles. Es la primera: que la elección y desarro-
llo de un sistema penitenciario son puntos de gran di-
ficultad, sobre los cuales se han escrito muchos volú-
menes, y que han ocupado tanto la atención de los go-
biernos que han abierto concursos, ofreciendo premios
nombrando diversas comisiones para su examen y envia-
do hombres eminentes á estudiarlos prácticamente en--
otras naciones; y sin embargo, si la Comisión no se -
equivoca, cuando se ha pensado aquí en edificar una -
penitenciaria, no se ha hecho mas que encargar á uno-
ó más arquitectos de la formación de los planos, de--
jándoles la resolución de las más graves cuestiones--
de derecho penal. ¿ No sería, pues, conveniente que -

=====

el Supremo Gobierno formara desde luego una comisión de hombres ilustrados, y que elegido con su dictamen un sistema, se apelara después á los arquitectos para que, ajustándose á aquel, presentaran sus trabajos?

La segunda indicación es: que ántes de ahora se ha tenido como despreciable el empleo de alcaide de cárcel, y no se han exigido para servirlo otras calidades, que las de ser hombre severo, duro y de valor probado; y en verdad que son bastantes para lo que han tenido hasta hoy que hacer; pues su obligación se ha reducido á evitar la fuga de los reos y las riñas y motines en el interior de las cárceles. Pero si se ha de emprender la reforma radical de éstas y de las demás prisiones, si se ha de procurar la regeneración moral de los condenados; será absolutamente necesario elegir para guardianes de ellas hombres medianamente-

=====

ilustrados, severos, pero afables y prudentes, de rec_utitud y energía, y que tengan vocación para acometer con fé y con gusto la difícil tarea de engendrar, en delincuentes corrompidos, sentimientos de órden, de hon_or y de virtud; porque sin la eficaz e inteligente ayuda de hombres de esa clase, será imposible conse_guir un fin tan santo y filantrópico, que todo gobier_no debe proponerse como un deber.

Antes de formular su sistema penal, meditó la Comisión: si tendría que limitarse á proponer uno que pudiera realizarse desde luego en las actuales -- prisiones, y que necesariamente debía ser defectuoso; ó si proponía el que á su juicio fuera mejor, aún --- cuando para ponerlo en ejecución se necesitará de algún tiempo y erogar gastos de importancia.

Pero se decidió por este último extremo: --

=====

ya porque de otro modo sería muy poco lo que se conseguiría con hacer un nuevo Código penal, y ya porque-- los inconvenientes que podía haber, se evitarían muy-fácilmente dictando una ley provisional, que explicara el modo de llenar los vacíos que por lo pronto resultarían, como se ha hecho en casi todas las naciones -- que se han dado nuevos Códigos.

Si se adopta el que la Comisión propone, -- habrá por ahora imposibilidad de tener en separación á todos los reos, como es conveniente hacerlo; pero: -- entretanto se construye una penitenciaría, acaso convendrá ensayar el sistema de Irlanda, que se reduce: -- á poner en absoluta incomunicación á los condenados, -- al comenzar á sufrir su pena, y por un tiempo proporcionado, á la duración de ésta: á formar de los reos -- diversas clases, según la conducta que tengan y su---

=====

mayor ó menor enmienda, poniendo á los de cada clase en un mismo aposento, y á aplicar todas las demás --- reglas que la Comisión ha consignado sobre atenuaciones y agravaciones, sobre el fondo de reserva de los presos, y sobre su libertad preparatoria.

En cuanto á los establecimientos para reclusión de juvenes, tenemos ya el de la Tecpan y el Hospicio de pobres que, con cortas variaciones, podrán adaptarse al objeto que en nuestro proyecto proponemos.

Fácil será también formar una prisión para los reos de delitos políticos y de imprenta en la --- parte del ex-convento de la Enseñanza que, para el - indicado objeto, se separó cuando estuvo á mi cargo-- el Ministerio de Justicia, que hoy desempeña ud., dignamente. Esto, sin perjuicio de que el Gobierno desig

=====

ne la fortaleza á que hayan de ser destinados los delincuentes políticos, en los casos que así lo prevenga la ley.

Pero de muy poco servirán todas las medidas mientras no exista un buen Código de procedimientos-- criminales, y otro penitenciario que reglamente todo lo conserniente á las prisiones: porque estos dos Códigos y el penal constituyen verdaderamente la legislación represiva, y son intimamente conexos entre sí, que faltando uno de ellos queda trunco el todo que de ben formar. Creemos por lo mismo, que se deben nom--- brar otras dos Comisiones: una para que, estudiando - los diversos sistemas penitenciarios que hay, proponga el que debe adoptarse y forme un Código de peniten- ci ar ías en que se reglamenten el trabajo, instrucción y educación de los presos, la distribución de lo que-

=====

estos ganen, la formación de su fondo de reserva, la Junta directiva de penitenciarias y las protectoras de presos, y todo lo demás relativo al régimen interior de las prisiones; y otra Comisión que se encargue de hacer un Código de procedimientos criminales, en el cuál se desarrollen al mismo tiempo algunos de los principios que establece el Código penal que necesitan reglamentarse, como la retención, la libertad preparatoria.

Temo haber ocupado la atención de ud, más de lo necesario para que el Supremo Gobierno comprenda fácilmente el sistema adoptado por la Comisión; -- sin embargo, no puede excusarme de hacer á ud, para concluir, la siguiente observación,

Nuestro libro lo contiene todos los principios y reglas que son fundamentales, y que han de apli

=====

carse después en los libros subsecuentes del Código.-- Por lo mismo, proceder á la formación de estos ántes- de que se adopte definitivamente aquél, ó de que se - le hagan las reformas y enmiendas que el Gobierno y - el Congreso estimen necesarias, sería edificar sin si mientos, y verse después en la necesidad de destruir- todo lo que se hubiera edificado. Cree, por tanto, -- prudente, la Comisión, no suspender el estudio; pero- sí la redacción de los libros que faltan, hasta ver - cuál sea el éxito del trabajo que ahora presenta.

Muy distante se haya la Comisión de creer - que aquél deje satisfecha la expectación del Supremo- Gobierno; por el contrario, conociendo su pequeñez -- los individuos que la forman, y la suma dificultad de la obra que se les ha encargado, temen haberse aleja- do mucho de la perfección, á pesar de haber puesto la

=====

mayor dedicación y estudio por alcanzarla. ; Ojalá --
 y sus esfuerzos puedan, de algún modo, contribuir á --
 satisfacer la apremiante necesidad que hay de tener--
 una legislación criminal en armonía con la civiliza--
 ción de la época, y tan clara y sencilla que esté ---
 al alcance hasta de las últimas clases de nuestra so-
 ciedad. He ahí el único fin que se ha propuesto la --
 Comisión en sus trabajos.

México, Noviembre 6 de 1869.

ANTONIO MARTINEZ DE CASTRO."(18)

Es humanista y práctico el sentido que el -
 extraordinario jurista Antonio Martínez de Castro da -
 a su exposición pues el busca, primeramente, una apli-
 cación de la justicia en la cual se incerte principal-
 mente la disponibilidad de quienes la haran valer y -
 el sentido humano con que se va a aplicar. Ve en los-

=====
 (18) "Proyecto de Código Penal para el D.F. y Territorio de la Baja California." J.S. Ponce de León, Impresor. México. 1871. pp. III a XXIV.

delincuentes una forma de culpabilidad en el actuar -- resultado de sus vivencias y no de su voluntad, y --- trata de mejorarles a los reos el tiempo en que purgan sus condenas, así como los establecimientos que estan destinados para ese fin.

Este Código fue el resultado de la empeñosa labor realizada principalmente por el ilustre jurista mexicano Don Antonio Martínez de Castro, quien fue -- con sus ideas el núcleo de esta ley.

Es así como en 1871 entra en vigor el Pri-- mer Código Penal que contaba con más de mil artículos y en los que se palpaba la voluntad de los legislado-- res para hacer de este Código una solución a tantos - conflictos.

En cuanto al delito de violación, se encon-- traba tipificado en el Título Sexto (Delitos contra -

=====

el orden de las familias, la moral pública, ó las ---
 buenas costumbres), Capítulo III, bajo el rubro de --
 Atentados al pudor, Estupro y Violación. Este tipo --
 aparece en el:

"Art. 795. Comete el delito de violación: -
 el que por medio de la violencia física o moral, tiene
 cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea -
 cual fuere su sexo.

Art. 796. Se equipara á la violación y se -
 castigará como ésta: la cópula con una persona que --
 se halle sin sentido, ó que no tenga expedito el uso-
 de su razón, aunque sea mayor de edad.

Art. 797. La pena de la violación será de -
 seis años de prisión y multa de segunda clase, si la-
 persona ofendida pasare de catorce años.

Si fuere menor de esa edad, el término me--

=====

dio de la pena será de diez años.

Art. 798. Si la violación fuere precedida--
ó acompañada de golpes ó lesiones, se observarán las--
reglas de acumulación.

Art. 799. A las penas señaladas en los ar--
tículos 794, 796, 797 y 798, se aumentarán:

Dos años, cuando el reo sea ascendiente, --
descendiente, padrastro ó madrastra del ofendido, ó --
la cópula sea contra el orden natural.

Un año cuando el reo sea hermano del ofen--
dido.

Seis meses si el reo ejerciere autoridad --
sobre el ofendido ó fuere su tutor o su maestro, ó --
criado asalariado de alguno de estos ó del ofendido;--
ó cometiere la violación abusando de sus funciones --
como funcionario público, médico, cirujano, dentista,

=====

comadrón, ó ministro de algún culto.

Art. 800. Los reos de que se habla en la --
fracción tercera del artículo anterior, quedarán inha-
bilitados para ser tutores; y además podrá el juez --
suspender desde uno hasta cuatro años en el ejercicio
de su profesión, al funcionario público, médico, ciruu
jano, comadrón, dentista o maestro que hayan cometido
el delito abusando de sus funciones.

Art. 801. Cuando los delitos de que se habla
en los artículos 795, 796 y 797, se cometan por un as-
cendiente ó descendiente; quedará el culpable privado
de todo derecho a los bienes del ofendido, y de la pa-
tria potestad respecto de todos sus descendientes.

Si el reo fuere hermano, tío ó sobrino del-
ofendido, no podrá heredar á éste.

Art. 802. Siempre que del estupro ó de la--

=====

violación resulte alguna enfermedad á la persona ofendida; se impondrá al estuprador la pena que sea mayor entre las que correspondan por el estupro ó violación y por la lesión, considerando el delito como ejecutado con una circunstancia agravante de cuarta clase.

Si resultare la muerte de la persona ofendida, se impondrá la pena que señala el artículo 558⁽¹⁹⁾

He creído conveniente citar todos los artículos que se refieren al delito de violación con la intención de que podamos darnos cuenta de los diversos supuestos que presentaba, además de que es la primera ley penal que nos gobernó.

Queda establecido perfectamente, el concepto de violación que nos da el primer artículo mencionado en la páginas anteriores, pues habla de los medios por los que se comete este delito, utilizando la

=====
 (19)Ob. Cit. pp. 121 y 122.

intimidación o la fuerza física para llegar a la cópula. La víctima ó sujeto pasivo del delito, puede ser de cualquier sexo, es decir, todas las personas quedan comprendidas dentro de este supuesto, agregando además la palabra "sin la voluntad de ésta", esta frase parecería redundante, ya que anteriormente comentamos que la violación se consuma por medio de la fuerza -- y por lo tanto entenderíamos que al utilizarse estos dos medios no existiría voluntad por parte del sujeto pasivo para aceptar la cópula. Existe sin embargo el problema del Masoquismo y del Sadismo en los cuales -- existe la violencia pero también la voluntad de los -- sujetos pasivos para lograr la cópula.

Es considerada también como violación cuando la persona se encuentre sin sentido o que sus facultades mentales esten disminuidas no importando que

=====

sea mayor de edad. Es importante hacer resaltar este -- tipo, pues pudiera darse el caso de que sobre todo -- los enfermos mentales pudieran ser víctimas de ultrajes cometidos por gente sin escrúpulos o maniáticos-- sexuales.

Otros sujetos que menciona como posibles -- activos del delito son, el hermano del ofendido, ascendiente, descendiente, padrastro ó madrastra del ofendido, considerando también violación la cópula contra el órden natural, igualmente menciona a los funcionarios públicos y profesionistas que cometan el delito-- abusando de sus funciones, y al tío o sobrino del ofendido también como presuntos 'reos'.

Las penas aplicadas son impuestas según lo-- grave de la situación, que ya de por si lo es, en que se cometan, aunque a decir verdad algunas de estas pe

=====

nas parecen poco, a comparación del daño que causan.

Aún más, en el último artículo se plasma,-- que pudiendo ocurrir la muerte de la víctima como resultado del ataque sexual, se aplicará el artículo -- que corresponda; lo anterior resulta obvio, ya que si la vida es el más importante bien jurídico que se protege, es menester que pase a ocupar otro artículo especialmente para ello.

Es natural que siendo éste el primer Código Penal, que para la época vivida y para la solución a la que se quería llegar tuviera algunas carencias, no obstante resultó positiva su aplicación, pues implantó cierto orden dentro de la indisciplina que imperaba en todo el país.

Con respecto al tema principal de éste trabajo, que es la violación tumultuaria, cabe mencionar-

=====

que no hace alusión al mencionado tipo calificado.

No obstante las deficiencias que tenía éste Código, sirvió de base para futuros proyectos de Códigos Penales.

No había pasado mucho tiempo en que la vigencia del citado Código había normalizado un poco -- los diferentes problemas sociales y en particular los de tipo penal, cuando surgió la necesidad de renovarlo haciéndole algunos cambios, entonces se iniciaron los trabajos de revisión de dicho Código.

" El profundo cambio acaecido en el país -- desde la promulgación del Código de 1871, hizo indispensable proceder a su revisión, para lo cuál fue nombrada una Comisión, presidida por el licenciado don-- Miguel S. Macedo, que elaboró un acucioso proyecto de reformas. La Comisión tomó como base de su labor ---

=====

respetar los principios generales del Código de 1871, conservar el núcleo de su sistema y de sus disposiciones y limitarse a incorporar en él los nuevos preceptos o las nuevas instituciones cuya bondad se puede estimar ya aquilatada y cuya admisión es exigida por el estado social del país al presente--tales son, por ejemplo, la condena condicional, la protección a la propiedad de la energía eléctrica, la protección a los teléfonos y su uso- y a enmendar las obscuridades, -- las incoherencias, las contradicciones, aunque sólo sean aparentes, y los vacíos que han podido notarse en el texto del Código, por más que no afecten a su sistema.' Labor prudente, de mero retoque, adaptación y aseo.

Los trabajos de la Comisión Revisora no recibieron consagración legislativa, pues no acogían --

=====

las nuevas conquistas de la sociología, la filosofía y la penología modernas, ni las necesidades sociales-existentes, al no considerar debidamente las medidas-relativas a los menores delincuentes, ni combatir vicios como la toxicomanía, ni prevenir y sancionar el tráfico de enervantes, ni desarrollar convenientemente el arbitrio judicial como medio de llegar a la individualización de las sanciones. Además las convulsiones internas del país llevaron a los Gobiernos --- preocupaciones de diversa índole y cuantía. La Revolución, con su bandera de reivindicaciones populares, - de libertades efectivas para todos, de igualdad social hubo de luchar cruentamente con las clases privilegiadas hasta dominarlas e imponerles el Estatuto de 1917.

Al ir paulatinamente recuperándose la paz-- pública, la inquietud reformadora volvió a tomar cuer

=====

po hasta que en 1925 el C. Presidente de la República designó las Comisiones Revisoras de Códigos, que en 1929, traduciendo el anhelo de reforma penal sustentado por todos los sectores cultos del país, concluyeron sus trabajos. Entonces el C. Presidente Portes Gil -- promulgó el Código Penal de 1929, derogatorio del de 1871." (20)

2.- Código Penal de 1929.- Este Código "adoptó, según declaración de sus principales redactores, el principio de responsabilidad de acuerdo con la Escuela Positiva." En consecuencia, declaró delincuentes a los locos, a los menores, a los alcohólicos y a los toxicómanos, ya que sin esta declaración ninguna autoridad podría constitucionalmente restringirles sus derechos patrimoniales o de la libertad con medidas que, ya se llamen tutelares, protectoras o de

=====
 (20)González de la Vega Francisco.-"La Reforma de las Leyes Penales en México" Imprenta de la Sec. de Relaciones Exteriores.México.1953.pp 15y19.

defensivas, no son sino penas que, aplicadas por cualquier autoridad no judicial, darían lugar a un amparo por violación de garantías; socialmente son responsables todos estos individuos que, con sus actos, demuestran hallarse en estado peligroso.' Nació el Código de 1929 bajo el desiderátum de 'aplicar en toda su pureza la doctrina del estado peligroso,' fundándose para ello en el principio de 'no hay delitos, sino delincuentes;' pero como la Constitución 'no permite realizar todas las consecuencias que lógicamente derivan de la adopción de la defensa social,' se acordó 'tomar como base la moderna Escuela Positiva de la defensa social, ajustando las reformas a los preceptos constitucionales, que no era posible modificar previamente.'

No obstante que tal era la inspiración bajo

=====

cuyo signo nació el Código de 1929, éste no cumplió--
 su objeto ni técnicamente ni en la práctica de su apli-
 cación, debido, por lo que se refiere a la técnica a-
 que los principios esenciales que lo informaron 'in--
 mente' se encontraron nulificados, negados categorica-
 mente, en el desarrollo de su propio articulado, y de-
 bido, por lo que hace a su aplicación diaria, a sus -
 omisiones, contradicciones, yuxtaposiciones y al recar-
 go de definiciones teóricas, inocuas para la persecu-
 ción de los delitos, pero que dificultaban la aplica-
 ción sencilla de sus principios sustantivos. Así fué-
 como en tanto que las teorías de la defensa social y-
 de la peligrosidad eran acogidas declarativamente en-
 sendos artículos, otros venían a establecer que se --
 consideraba en estado peligroso a todo aquel que sin-
 justificación legal cometiera un acto de los conmina-

=====

dos en el catálogo de los delitos establecidos por el mismo Código, así fuera ejecutado ese acto por imprudencia y no consciente y deliberadamente; y que las circunstancias atenuantes o agravantes, que el mismo Código enumeraba, determinan la temibilidad del delincuente y la graduación de las sanciones (penas). Lo que es igual, que sustancialmente el Código de 1929 propugnaba un criterio objetivo del crimen, como el Código derogado, toda vez que la pena se aplicaba, no en razón de la mayor o menor gravedad del peligro, sino de las circunstancias atenuantes y agravantes, que eran las que en realidad regulaban su duración y alcance.

De igual modo fué un propósito irrealizado en el Código de 1929 la reparación del daño causado por el delito, debido a la poca feliz Tabla de Indem-

=====

nizaciones que estableció y al procedimiento inadecuado para la obtención efectiva de la reparación. Además, el Código no dictó procedimientos legales adecuados para la liquidación o ejecución de la condena, -- pues las medidas establecidas fueron, concretamente -- referidas a nuestro medio, ilusorias.

Por último, la individualización de la pena pecuniaria según la situación económica del delinc~~uen~~te, por medio de la utilidad diaria como unidad de la multa, entendiéndose por utilidad diaria 'la cantidad que obtiene un individuo cada día por salario, sueldos, rentas, intereses, emolumentos o por cualquier otro concepto,' tampoco se traduce en la práctica en un acierto por cuanto los ingresos diarios de un individuo no son una medida decisiva ni un factor invariable que permita estimar su posición o situación --

=====

económica toda vez que deben tenerse en cuenta las ne
cesidades personales y familiares, variables de un in
dividuo a otro, aún cuando los ingresos de ambos sean
idénticos.

No debe, sin embargo, desconocerse el hecho--
significativo de que el Código de 1929 logró agluti--
nar en un haz, inquietudes científicas antes disper--
sas, despertando en los juristas mexicanos el claro--
anhelo de una reforma integral de las instituciones--
jurídico-penales que, por ley de inercia, se resistían
a ser desalojadas, atrincherándose en el venerable mo
numento que edificara Martínez de Castro."(21)

Volviendo al tema que estudiamos y que es -
el delito de violación, el Código de 1929 lo regulaba
en el Título Decimotercero, en el Capítulo Primero,--
bajo el rubro, De los atentados al pudor, del estupro

=====

(21)González de la Vega Francisco."La Reforma de las-
Leyes Penales en México"Ob.Cit.pp.19, 20 y 21.

y de la violación, el cual decía así:

"ARTICULO 860.- Comete el delito de violación: el que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo.

ARTICULO 861.- Se equipara a la violación-- y se sancionará, como tal: la cópula con una persona que se halle sin sentido, o que no tenga expedito el uso de la razón, aunque sea mayor de edad.

ARTICULO 862.- La sanción de la violación-- será hasta de seis años de segregación y multa de --- quince a treinta días de utilidad, si la persona ofendida fuese púber; si no lo fuere, la segregación se-- rá hasta por diez años.

ARTICULO 863.- Si la violación fuese precedida o acompañada de otros delitos, se observarán las

=====

las reglas de acumulación.

ARTICULO 864.- A las sanciones señaladas en los artículos 852, 853, 856 y 862, se aumentarán:

I.- De dos a cuatro años, cuando el reo sea ascendiente, padrastro, madrastra o hermano del ofendido, o cuando la cópula sea contra el orden natural;

II.- De uno a tres años, si el reo ejerciere autoridad sobre el ofendido o fuere su criado, asalariado, tutor o maestro, o cometiere la violación abusando de sus funciones como médico, cirujano, dentista, comadrón, ministro de algún culto, funcionario o empleado público.

ARTICULO 865.- Los reos de que habla la fracción II del artículo anterior, quedarán inhabilitados para ser tutores o curadores y, además, podrá el juez suspender hasta por cuatro años en el ejercicio-

=====

de su profesión al funcionario público, médico, cirujano, comadrón, dentista, ministro de algún culto o maestro que hayan cometido el delito abusando de sus funciones.

ARTICULO 866.-Cuando los delitos de que --- hablan los artículos 851, 857 y 860, se cometan por un ascendiente o descendiente, quedará el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido y a la patria potestad respecto de todos sus descendientes, e inhabilitado para ser tutor o curador.

Si el reo fuere hermano, tío, o sobrino --- del ofendido, no podrá heredar a éste ni ejercer, en su caso, la tutela o curatela del ofendido.

Lo prevenido en este artículo se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 3293 y 3294 del Código Civil.

=====

ARTICULO 867.- Siempre que se persiga un delito de estupro o de violación, se averiguará de oficio si se contagi6 al ofendido alguna enfermedad, para imponer al responsable la sanción que sea mayor entre las que correspondan para el estupro o la violación y por el otro delito, agravando la sanción con una circunstancia de cuarta clase. Lo mismo se observará cuando se cause la muerte."(22)

Este nuevo Código Penal, en lo referente al delito de violación, resultó ser una mera transcripción del anterior, pues los cambios que hubo, no tuvieron relevancia alguna.

Algunos de estos cambios fueron por ejemplo:

El cambio de "pena", palabra usada en el Código de 1871, por la de "sanción"; "segregación" por "prisión"; en el Código de 1871 se utilizaba

=====
 (22)"Código Penal para el Distrito y Territorios Federales." Talleres Graficos de la Nación. México. 1929. pp. 193 y 194.

M-0030112

una jerarquía en la aplicación de las multas que iba de la "primera clase" hasta la "cuarta clase," en cambio, el Código de 1929, utilizaba "días de utilidad" (concepto dado anteriormente), para señalar el pago de las multas.

El Código de 1929 utilizó la palabra "púber" mientras que el anterior Código se refería con respecto a este cambio, a los "catorce años de edad," es decir, que en cierto modo, la palabra púber estuvo mejor aplicada, pues no tomaba en cuenta la edad cronológica que es más restringida, sino la edad biológica que es más importante en nuestro delito.

Igualmente se repitieron las reglas de acumulación, los sujetos activos del delito, las penas y las multas, estas últimas como es lógico suponer -- subieron de cuantía al paso de los años, intervinién-

=====

do la situación económica del país. De la misma manera que en la Ley Penal anterior, también en éste Código- (1929), se enumeró como sujetos activos del delito- además de los hermanos, ascendientes, descendientes, - tíos, primos, madrastras, padrastros, tutores, etc, -- del delito de violación, a los funcionarios públicos, médicos, cirujanos, dentistas, ministros de algún cul- to y profesionistas, que también trabajan solos en -- lugares cerrados.

Como ya pudimos constatar, ésta nueva Ley -- Penal, no concebía aún el delito de violación tumul- -- tuaria.

"Obedeciendo a un deseo generalmente mani- -- festado, en diversos sectores del pensamiento mexica- no, el propio licenciado Portes Gil, como Secretario-
=====

de Gobernación organizó una Comisión que se encarga--
 ra, no de llevar adelante una simple depuración del -
 Código de 1929, sino de su total revisión. Así fue co-
 mo nació el Código Penal de fecha 14 de Agosto de ---
 1931, vigente en la actualidad."(23)

"Fue tendencia bien definida de la Comisión-
 Redactora hacer del Código Penal un instrumento jurí-
 dico de fácil aplicación no incluyendo en él medidas-
 en contra del delito que son propiamente de la Polí--
 tica criminal. No se quiso ignorar que si el Derecho-
 Penal es lucha ordinaria del Estado en contra del de-
 lito, hay otros medios tanto o más eficaces que com--
 pletan su función; pero que no son propiamente Dere--
 cho Penal, y que conviene conservar la individualidad
 de ese derecho como disciplina jurídica, distinta de-
 la función social preventiva. Que las medidas jurídi-

=====
 (23)González de la Vega Francisco."La Reforma de las-
 Leyes Penales en México.Ob.Cit.p.25.

cas integran el Código Penal y las medidas sociales - integran la Política criminal, entendiéndose ésta, como 'el arte de adaptar las instituciones sociales al objeto que se tiende: disminución de la criminalidad' (Garrud)."(24)

3.- Código Penal de 1931.- Este nuevo ordenamiento trajo consigo una variedad de cambios en su texto, además de que hubo una disminución considerable en sus artículos.

Esta Ley Penal, que es la que actualmente nos rige, tipificaba el delito de violación en el Título Decimoquinto (Delitos Sexuales), Capítulo I, con el rubro de " Atentados al pudor, estupro y violación" el cual decía así:

"Art. 265.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la --

=====

(24)Ceniceros José Angel y Garrido Luis. Ob. Cit.p.28.

voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de uno a seis años de prisión. Si la persona ofendida fuere imber, la pena será de dos a -- ocho años.

Art. 266.- Se equipara a la violencia, la-- cópula con persona privada de razón o de sentido, o-- cuando por enfermedad o cualquiera otra causa no pu-- diere resistir."(25)

Este Código Penal, en su promulgación y en-- lo referente al delito de violación, fué un verdadero fracaso pues resultó ser inferior en técnica y crite-- rio jurídico, pues el legislador olvidó por completo tipificar la violación agravada complemento del tipo-- básico, y parte importante en el delito comentado.

Otra de las deficiencias que notamos, fue -- la disminución de la pena.

=====
 (25) Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. 2a. Ed. Porrúa. México. 1957. p. 85.

Fue necesario esperar hasta el año de 1966-
siendo Presidente de la República el licenciado Gusta-
vo Díaz Ordaz, cuando surgió una reforma (Decreto de-
12 de Diciembre del mismo año, y publicado en el Dia-
rio Oficial el 20 de Enero de 1967), al Código Penal-
que modificó el delito de violación en su redacción,-
como en su técnica, al crear el artículo 266 Bis, el-
cual contiene la violación agravada, incorporando en-
ella el delito de violación tumultuaria.

Con esta reforma el delito de violación que
dó típicado así:

"Art. 265. Al que por medio de la violencia
física o moral tenga cópula con una persona sea cual-
fuere su sexo, se le aplicaran las penas de dos a o--
cho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pe-
sos. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de

=====

prisión será de cuatro a diez años y la multa será---
de cuatro mil a ocho mil pesos.

Art. 266. Se equipara a la violación y se--
sancionará con las mismas penas, la cópula con perso-
na menor de doce años o que por cualquier causa no es
té en posibilidad de producirse voluntariamente en sus
relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuo
sa.

Art. 266 Bis. Cuando la violación fuere co
metida con intervención directa o inmediata de dos o-
más personas, la prisión será de ocho a veinte años y-
la multa de cinco mil a doce mil pesos. A los demás -
partícipes se les aplicaran las reglas contenidas en-
el artículo 13 de este Código.

Además de las sanciones que señalan los ar-
tículos que anteceden, se impondran de seis meses a--

=====

dos años de prisión cuando el delito de violación ---
 fuere cometido por un ascendiente contra su descen---
 diente, por éste contra aquél, por el tutor en contra
 de su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre
 del ofendido en contra del hijastro. En los casos en
 que la ejerciera, el culpable perderá la patria potes-
 tad o la tutela, así como el derecho de heredar al --
 ofendido.

Quando el delito de violación sea cometido-
 por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejer-
 za una profesión utilizando los medios o circunstan--
 cias que ellos le proporcionen, será destituido defi-
 nitivamente del cargo o empleo o suspendido por el --
 término de cinco años en el ejercicio de dicha profe-
 sión."(26)

Esta reforma reivindicó el delito de viola-

=====
 (26) Código Penal para el Distrito. 33a. Ed. Porrúa. México.
 1980. pp. 90 y 91.

ción, pues se amplió aún más el tipo, admitiendo nuevamente en su texto la violación agravada, considerando agentes activos del delito a los ascendientes, tutores, padrastros, maestros, funcionarios públicos, etc. Pero la más importante aportación del legislador en esta reforma fué la de tipificar la Violación --- Tumultuaria.

Como podemos observar, a pesar de las reformas que sufrió esta nueva Ley Penal, se conservaron los vértices filosóficos del ilustre jurista Don ---- Antonio Martínez de Castro.

=====

CAPITULO TERCERO

ESTUDIO DOGMATICO DEL ARTICULO 266 BIS: 1.- Concepto de "violación," sus elementos. 2.- Clasificación en orden a la conducta y al resultado; ausencia de conducta. 3.- Tipicidad y clasificación en orden al tipo, sus elementos; atipicidad. 4.- Antijuricidad y causas de justificación. 5.- Imputabilidad e inimputabilidad. 6.- Culpabilidad e inculpabilidad. 7.- Punibilidad y su aspecto negativo. 8.- Tentativa. 9.- Participación. 10.- Concurso de delitos. 11.- Diferencias entre violación e incesto. 12.- Jurisprudencia.

Antes de entrar en materia, debemos analizar primeramente, los elementos que componen el tipo descrito en el artículo 266 Bis de nuestro Código Penal vigente.

Este delito se encuentra ubicado en el Título Decimoquinto denominado "Delitos Sexuales," en el

=====

Capítulo I, bajo el rubro de "Atentados al pudor, estupro y violación."

El Código Penal vigente expresa en su:

"Art. 266 Bis. Cuando la violación fuere -- cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas, la prisión será de ocho a veinte años y la multa de cinco mil a doce mil pesos. A los demás partícipes se les aplicarán las reglas contenidas en el artículo 13 de este Código.

Además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, se impondrán de seis meses a dos años de prisión cuando el delito de violación fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquél, por el tutor en contra de su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. En los casos en que-

=====

la ejerciera, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, así como el derecho de heredar al ofendido.

Quando el delito de violación sea cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, será destituido definitivamente del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión."

1.- Concepto de violación, sus elementos.

Diversos autores han estudiado este tema -- llegando a la conclusión unánime, que ante todo este delito es un ataque sexual gravísimo, que se traduce -- según el maestro Celestino Porte Petit en: "la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de

=====

la vis absoluta o de la vis compulsiva."(27)

Con el mismo razonamiento respecto al concepto del ilícito comentado, el jurista Francisco González de la Vega dice:

"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."(28)

Es claro el criterio que se utiliza en los conceptos anteriores, pues se mencionan como principales características, la violencia para llegar a la cópula, dejando inerte al sujeto pasivo utilizando la fuerza física o material, así como puede aparecer la intimidación.

=====
 (27) "Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación."-
 3a. Ed. Porrúa. México. 1980. p. 12.

(28) "Derecho Penal Mexicano" (Los Delitos). Ob. Cit. p. 379.

El tipo a estudio, o sea la violación tumultuaria, menciona a la pluralidad de sujetos para precisar la responsabilidad de ellos.

Referente a los elementos del delito de la violación tumultuaria, diremos que son:

- a) la intervención de dos o más personas como sujetos activos,
- b) que haya cópula,
- c) utilizando los medios comisivos para lograrla, o sea la fuerza física o moral y,
- d) sin la voluntad del ofendido.

Los sujetos activos en el delito de violación, son aquellos que conservan la iniciativa para realizar la cópula. Al hablar de la conducta veremos quienes pueden ser sujetos activos y pasivos del ilícito estudiado.

=====

La cópula expresa el penalista mexicano Mariano Jiménez Huerta, es en su acepción sexual:

"La unión de dos cuerpos humanos pertenece a personas vivas."(29)

El pensador Manzini, opina que conjunción sexual como sinónimo de cópula es:

"Todo acto por el cual el órgano genital de una de las personas sujeto activo o pasivo sea introducido en el cuerpo de la otra."(30)

Al respecto nosotros pensamos que la cópula es la introducción sexual del miembro masculino en otro cuerpo, de cualquier persona.

La cópula en el delito de violación puede ser normal o anormal, "fisiológicamente se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual, la que implica necesariamente una actividad viril-no_r

=====
 (29) Derecho Penal Mexicano."T-III. 3a. Ed. Porrúa. México-1978. p. 253.
 (30) Citado por, González Blanco Alberto. Ob. Cit. p. 148.

mal o anormal-, pues sin ésta no se puede, con propiedad, decirse que ha habido copulativa conjunción carnal. Nótese que fisiológicamente tanto existe actividad sexual en los actos contra natura como en los normales."(31)

Es importante apuntar que en el delito de violación, la cópula se considera como tal, aunque no se llegue a la eyaculación.

La cópula puede ser normal o anormal, es normal cuando se ejecuta por la vía vaginal, y es anormal, cuando se realiza por vía no idónea o los actos-fellatorios.

"De esta manera concluimos, en su acepción-erótica general, la acción de cópular comprende a los ayuntamientos sexuales normales de varón a mujer precisamente por la vía vaginal-y a los anormales, sean-

=====
 (31)González de la Vega Francisco."Derecho Penal Mexicano."(Los Delitos).Ob.Cit.p.383.

éstos homosexuales masculinos o sea de varón a mujer, pero en vasos no apropiados para la fornicación natural."(32)

Hablemos ahora de los medios de comisión para realizar el delito de violación; éstos pueden ser la fuerza moral o la fuerza física, pudiendo aparecer estos dos elementos en el mismo instante.

"Para que la cópula o acceso carnal, inte--gre la conducta típica en la violación es preciso que en su realización medie la violencia.

La violencia consiste en los medios que se emplean para vencer la resistencia de la víctima, --- cuando ésta es psíquica o físicamente incapaz de oponerla."(33)

Nuestro Código Penal en su artículo 373, relativo al delito de robo, da la pauta para entender -

=====
 (32)González de la Vega Francisco."Derecho Penal Mexicano."(Los Delitos).Ob.Cit.p.383.

(33)González Blanco Alberto.Ob.Cit.pp.151 y 152.

el concepto de fuerza física o moral expresando:

"Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona.

Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla."

El penalista Alberto González Blanco opina que:

"La violencia puede ser: física (vis) o moral (metus), caracterizándose la primera, en que los medios empleados obran directamente sobre el cuerpo de la víctima; y la segunda, en que son de naturaleza intimidatoria."(34)

El maestro Enrique Cardona Arizmendi, manifiesta al respecto:

=====
(34) Ob. Cit. p. 152.

"En todos los casos de violencia física o de la violencia moral se presupone la resistencia del pasivo a la ejecución material de la conducta tipificada, por ende, en los casos de violación debe existir la resistencia de parte del sujeto pasivo y la fuerza física se pone en juego para vencer esa resistencia, de tal manera que la fuerza física debe ser bastante para vencer dicha resistencia, que debe ser real y efectiva de parte de la víctima, o como nos dice -- Carrara, que debe ser una resistencia seria y constante; esto es una real y verdadera oposición a la realización de la cópula y no solo la resistencia natural que el pudor de la víctima exige, toda vez que si solo es ésta la resistencia que se presenta no podremos -- hablar de una violación, ya que en este supuesto su oposición no sería sino aparente, ni sería constante,

=====

porque la resistencia debe permanecer durante todo el tiempo hasta que sea vencida por el sujeto activo del delito por medio de la violencia."(35)

La violencia moral en cambio, consiste en--
 "constreñimientos psicológicos, amagos de daños o ame--
 nazas, de tal naturaleza, que por el temor que causan
 en el ofendido o por evitar males mayores le impiden--
 resistir el ayuntamiento que en realidad no ha queri--
 do. No es necesario que el amago de males o amenazas--
 de causar daños se refieran directamente al sujeto en
 que se pretende la realización lúbrica, pues éste pue--
 de intimidarse o perturbarse con el anuncio de que --
 los males recaerán en personas de su afecto.

Conviene también percibir que las vías de--
 hecho o maniobras materiales impositivas-caracterís--
 ticas de la violencia física generalmente son produc-

=====
 (35) "Apuntamientos de Derecho Penal." Parte Especial."
 2a. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1976. p. 170

toras en el paciente de intimidación psicológica-violencia moral-, en virtud de que la coacción corporal- (vis) con frecuencia se traduce en el que la sufre en temor o miedo-(metus)."(36)

Es un tanto difícil, poder entender hasta-- donde en un momento determinado el sujeto activo no pueda vencer la resistencia del pasivo. "No es indispensable que se haya hecho una resistencia desesperada,- y que hayan sido vencidos todos los esfuerzos.

La ley no exige tanto. Sobre todo, al igualar con la violencia física la intimidación, ha dado bien clara á entender la idea que la dirige. No debía buscar en las mujeres heroínas, ni en los violadores- colosos de fuerza o de poder. En resultando que la resistencia fué verdadera, y que se emplearon medios -- materiales capaces de sujetar, de inutilizar, de ame-

=====
 (36)González de la Vega Francisco."Derecho Penal Mexi-
 cano."(Los Delitos).Ob.Cit.p.395.

drentar á una persona común, la violación esta justificada."(37)

Agregaremos además, como último elemento del delito de violación tumultuaria, la falta de voluntad del ofendido o del sujeto pasivo (que puede ser cualquier persona, hombre o mujer).

Estamos de acuerdo con el comentario que al respecto hace el eminente penalista Francisco González de la Vega, en el sentido de que, los legisladores -- se equivocaron al excluir del concepto de violación, -- la frase "sin la voluntad de ésta," refiriéndose al -- sujeto pasivo, pues no hay que olvidar que existen -- casos de masoquismo en los que el sujeto pasivo, consciente en que sobre su cuerpo se efectuen actos violentos (golpes o amenazas), para lograr el placer sexual.

De acuerdo con las reformas a que nos hemos

=====
 (37) Pacheco Joaquín Francisco. "El Código Penal Concordado y Comentado." T-III. 6a. Ed. Imprenta y Fundación de Manuel Tello. Madrid. 1888. p. 126.

referido en páginas anteriores, además se incluye en el delito de violación tumultuaria las siguientes conductas:

a) la violación cometida por un ascendiente contra su descendiente.

b) por el descendiente contra su ascendiente.

c) por el tutor en contra de su pupilo.

d) por el padrastro o amasio de la madre -- del ofendido en contra del hijastro.

e) cuando se cometa por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión utilizando los medios que la misma le proporcione.

Nuestro Código Penal en el artículo 266 Bis que estudiamos, divide a nuestro juicio en tres grupos este delito.

=====

El primer grupo, habla del delito de violación tumultuaria, en vista de que existen dos o más-- sujetos activos y de los cuales ya hice mención.

El segundo grupo, se caracteriza por el parentesco que tienen entre si los sujetos del delito,-- pues existen parentescos consanguíneos, por afinidad-- y civil. Dentro de este grupo existe confusión en --- cuanto a los sujetos mencionados como ascendiente y -- descendiente, pues parecería que estuvieramos en presencia del delito de incesto, ya que tales sujetos -- configuran dicho ilícito. Más adelante trataremos de aclarar este problema y dare mi opinión tomando en-- cuenta desde luego los conceptos que diferentes autores vierten.

El tercer grupo del artículo que estudiamos hace referencia a la violación que pueda cometer un --
=====

empleado público o profesionista utilizando para lo--
 rar su fin las actividades a que se dedica o que rea--
 liza. Pudiera resultar todavía una ventaja más para--
 el sujeto activo, pues además de la fuerza física o -
 moral que utilizara, tendría con él la confianza de -
 la víctima, por ser empleado o cliente en su caso.

Es importante analizar cada uno de los su--
 jetos que menciona el artículo 266 Bis es sus dife---
 rentes partes con el fin de comprender claramente ---
 las diferencias que entre ellos existen.

Vayamos entonces al concepto de los sujetos
 que aparecen en el segundo grupo; nuestro Código Pe--
 nal expresa:

" Cuando el delito de violación fuere come--
 tido por un ascendiente contra su descendiente, por -
 éste contra aquél..."

=====

Atendiendo al primer sujeto, entenderemos -- por ascendiente, "La persona ligada a otra por parentesco en línea recta de sucesivas generaciones, y anterior en el tiempo a la misma."(38)

En tanto que descendientes son "los que decienden por generación de una persona. Se dice que -- son descendientes los hijos, nietos, biznietos y de--mas personas que se derivan de otra que es el tronco!" (39) Estos dos sujetos quedan correctamente entendi--dos si nos referimos al padre y a su hijo como ---ejemplo.

Como vimos en páginas anteriores esta par--te del artículo, se presta a confusión con respec--to a la calidad de los sujetos que se mencionan (as--cendientes y descendientes), pues estos son los mismos que configurarían el delito de incesto que dice así:-

=====
 (38)"Diccionario de Derecho Privado."Reimpresión.T-I.
 Ed.Labor.México.1961.p.544.

(39)"Enciclopedia Jurídica Española."T-Undécimo.Fran--cisco Seix Editor.Barcelona.1910.p.766.

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

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

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

Quiero hacer notar que esta confusión entre los delitos de incesto y violación, es el principal-- problema a tratar, por lo que intentaré explicarlo -- en su oportunidad.

Otro de los presupuestos que nuestro artícu lo cita, es el de la violación cometida por "el tutor en contra de su pupilo."

Este hecho, es una violación típica, sólo-- que se ve agravada por la relación que guardan entre-

=====

si el sujeto activo y el pasivo.

Esta agravación del ilícito nace porque el tutor es "el órgano ejecutivo de la tutela encargado de la representación y defensa de la persona e intereses del menor o incapacitado."(40)

El pensador Marcel Planiol, citado por el Dr. Luis Muñoz, dice al referirse a la tutela:

Es "una función confiada a una persona capaz, y que consiste en cuidar de la persona de un incapaz y administrar sus bienes."(41)

Nuestro Código Civil vigente, en su Título Noveno, al hablar de la tutela expresa:

"ART. 449.- El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por-

=====
 (40) Diccionario de Derecho Privado. T-II. Ob. Cit. p. 3899.
 (41) "Derecho Civil Mexicano." T-I. la. Ed. Modelo. México-1971. p. 447.

sí mismos. La tutela puede también tener por objeto--
la representación interina del incapaz en los casos---
especiales que señale la ley.

En la tutela se cuidará preferentemente de--
la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda--
sujeto en cuanto a la guarda y educación de los meno--
res..."(42)

Resulta evidente entonces, que la violación
cometida por el tutor sea más grave. En este mismo --
supuesto, encontramos que se puede presentar el pro--
blema de la confusión entre el delito de incesto y --
el de violación, porque en diferentes casos el tutor--
puede ser un ascendiente o hermano de la víctima.

Quiero dejar bien asentado, que cuando el -
Código Civil hace referencia a los menores como su---
jetos de la tutela, se esta refiriendo a las personas

que aún no han cumplido los 18 años de edad, como lo señala ésta misma Ley en su artículo 646.

A continuación el mismo artículo tipifica-- el delito de violación cometido "por el padrastro o-- amasio de la madre del ofendido en contra del hijas-- tro."

Para entender ampliamente el parentesco que existe entre los dos sujetos del delito diremos que-- padrastro es "el marido de la madre, con respecto a-- los hijos habidos por esta de anteriores uniones."(43)

En tanto que hijastro, según la Enciclope-- dia Jurídica OMEBA, es "hijo por afinidad de uno de-- los cónyuges, habido por el otro en anterior matrimo-- nio, o el hijo o hija llevados al matrimonio de los-- cónyuges respecto del otro; llámase también entena-- do."(44)

=====
 (43) Diccionario de Derecho Privado."T-II.Ob.Cit.p.2876.
 (44) Ed.Librerros.T-XIII.Buenos Aires.p.969.

Nuestro Código Civil, al referirse al parentesco dice:

"Art. 294.-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."(45)

Este delito configurado entre sujetos sin más relación que la civil, es puramente delito de violación simple, es decir no tiene características de violación tumultuaria, pero por lo mismo que en el caso anterior, el ilícito se agrava por la situación -- que guardan entre sí los sujetos.

Además debemos agregar, que estos hechos -- constituyen faltas graves a la moral y a la sociedad -- porque , no hay que perder de vista que estos actos -- envilecen más nuestro medio.

=====
(45)Ob.Cit.p.100.

Generalmente este tipo de delitos se manifiestan en los estatus más bajos de la población, donde la mayoría de las personas no tienen simentadas -- normas morales, pues la educación escolar es precaria.

Finalmente, atendiendo al tercer grupo de sujetos que intervienen en el delito de violación --- agravada, el Código Punitivo expresa:

" Cuando el delito de violación sea cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o -- ejerza una profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, será destituido de . finitivamente del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión."

Indudablemente que los sujetos que inter---
vienen activamente en el delito de violación, se en--

=====

cuentran en una situación de privilegio y subordinación.

Los juristas Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, expresan que empleado público es:

El "órgano personal de la actividad administrativa, afecto a un servicio público determinado, en cuya realización participa, con carácter permanente y profesional, mediante una retribución (sueldo)."(46)

Nosotros podemos decir que un profesionista es, la persona que realiza una actividad intelectual o física cuyos conocimientos son reconocidos por el Estado para el desempeño de los mismos. Se dice también que profesión es el "empleo u oficio de una persona."(47)

Es muy fácil encontrar en nuestro medio, ca sos de funcionarios públicos que valiéndose de sus --

=====
 (46)"Diccionario de Derecho."8a.Ed.Porrúa.México.1979.
 p.238.

(47)"Diccionario Larousse Usual."Ed.Larousse.Bs.As.--
 México.1974.p.600.

funciones, cometen ataques sexuales, que en la mayoría de los casos son delitos de violación.

Probablemente muchos de estos delitos terminan con la muerte del sujeto pasivo, solo que en contadas ocasiones se dan a conocer a los ciudadanos.

En nuestra ciudad se cometen incalificables hechos, pues como es de todos conocido, las diferentes corporaciones policiacas, son las que realizan una gran parte de estos delitos, de los cuales resultan en mayor grado las violaciones.

Referente a los profesionistas, pensamos que son raros los casos en que se presentan delitos de violación, aunque no debemos negar que en otros tiempos gran cantidad de delitos sexuales eran cometidos por profesionistas, quizá por esta situación el Código Penal de 1871 y el de 1929 así lo señalaban al

=====

hacer positivo como el negativo. Dice Radbruch que no es posible subsumir la acción en sentido estricto y -- la omisión, bajo una de las dos categorías, de la -- misma manera que no se puede colocar "a" y "no a" bajo uno de los dos extremos. Dentro del concepto con-- ducta pueden comprenderse la acción y la omisión; es-- decir, el hacer positivo y el negativo; y el abstenerse de obrar."(49)

Este mismo autor nos da el concepto, de lo-- que debemos entender por conducta diciendo:

" La conducta es el comportamiento humano - voluntario, positivo o negativo, encaminado a un pro-- pósito."(50)

Otros estudiosos del derecho emplean el término acción, como es el caso del jurisconsulto italiano Giuseppe Maggiore, quien manifiesta que:

=====
 (49)"Lineamientos Elementales de Derecho Penal."9a.Ed. Porrúa.México.1975.p.147.
 (50)Castellanos Tena Fernando.Ob.Cit.p.149.

"Acción es una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior."(51)

Agregaremos además, que acción también "constituye tanto el movimiento corporal, representado en su fase externa por el dominio sobre el cuerpo a través de la voluntad, como el no hacer o inactividad--- (omisión)."(52)

El ilustre maestro Eugenio Cuello Calón expresa:

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

La acción en amplio sentido consiste en la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado."(53)

=====
 (51)"Derecho Penal"(El Delito).Vol.-I.5a.Ed.Temis.Bogotá.1954.p.309.

(52)Pavón Vasconcelos Francisco."Manual de Derecho Penal Mexicano."4a.Ed.Porrúa.México.1978.p.187.

(53)"Derecho Penal."Conforme al Código Penal Texto Re fundido de 1944.T-I.9a.Ed.Nacional.México.1961.p.293.

El notable jurista Celestino Porte Petit---
 piensa que: "no es la conducta únicamente, como mu---
 chos expresan, sino también el hecho, elemento objeti
vo del delito, según la descripción del tipo."(54)

Con la misma idea el pensador Cavallo "con-
 sidera que el hecho como elemento objetivo del delito,
 se refiere solamente al elemento material del mismo,-
 o sea, a aquella parte de la realización de la figura
 delictiva que se expresa mediante manifestación en el
 mundo exterior, sosteniendo que el hecho como elemen-
 to del delito, en sentido técnico, es el conjunto de-
 los elementos materiales del mismo que realiza la le-
 sión o el peligro a un interés penalmente protegido!"(55)

Al tratar la conducta en el delito de viola-
 ción, el jurista Alberto González Blanco externa su--
 opinion diciendo que:

=====
 (54)"Programa de la Parte General de Derecho Penal."-
 2a.Ed.Dirección General de Publicaciones de la UNAM.-
 México.1968.p.231.

(55)Citado por, Porte Petit Candaudap."Programa de la
 Parte General de Derecho Penal"Ob.Cit.p.231.

" En la violación, la conducta típica se --
 integra por el acceso carnal o cópula, siempre y cuando
 do ésta se realice mediante el empleo de la violencia,
 en cualquiera de sus formas."(56)

Del mismo modo, el penalista Enrique Cardo-
 na Arizmendi, considera que la conducta en el delito-
 de violación, es la que la ley " define con una expres
 sión idéntica a la empleada en el delito de estupro,-
 esto es, el tener cópula. En la figura analizada, co-
 mo en el estupro, entendemos por cópula un acto eró--
 tico-sexual concreto, entendiendo por el mismo el ac-
 ceso, el ayuntamiento carnal en su acepción más am----
 plia; es decir, comprendiendo tanto las cópulas nor--
 males como las anormales, y sin que sea necesaria la-
 plena consumación del acto."(57)

Disentimos en parte con el pensamiento del-

=====
 (56)"Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho-
 Positivo Mexicano." Ob.Cit.p.146.

(57)"Apuntamientos de Derecho Penal."2a.Ed.Cárdenas.-
 México.1976.pp.167 y 168.

maestro Cardona Arizmendi, pues si bien es cierto que la acción material en el delito de violación es la -- cópula en sentido amplio, es decir, por cualquier vía (anal, oral o vaginal); en el estupro la acción de -- cópular es en sentido restringido, o sea debe reali-- zarse por vía idonea (vía vaginal), tal y como lo --- afirma el reconocido jurista Alberto González Blan- co.

Por lo tanto podemos decir, que en el deli- to de violación en orden a la conducta, ésta se tra-- duce en un hacer, en una actividad, es decir en la--- acción de cópular.

Acerca de quienes son los sujetos que inter- vienen en el delito de violación, diremos que en cuán- to al sujeto pasivo, no hay ningun problema, pues és- te puede ser de cualquier sexo.

=====

Algunos tratadistas opinan, que existe divergencia en cuanto quien puede ser el sujeto que realiza la actividad ilícita, es decir, el agente activo del delito, el que realiza la conducta típica, ya que algunos piensan que la mujer también puede ser sujeto activo del ilícito.

" En relación al activo se supone que el -- único que puede serlo es el hombre, ya que si la conducta consiste en imponer la cópula, lógico es pensar que quien la impone tenga el papel activo en la relación sexual.

No obstante podemos estar en presencia de seres orgánicamente anormales quienes a pesar de sus características principales corresponden al sexo femenino, por alguna anormalidad estén dotados de un elemento sexual activo que pueda desempeñarse como el pe
=====

ne en la relación sexual (caso de hermafroditismo), y tales individuos podrán ser también sujetos activos - del delito, aunque en estricto rigor, biológicamente - no los podemos considerar como hombres; lo esencial es que posean un elemento sexual que pueda tener la capa cidad de imponer la cópula a una persona; es el caso - también de aquellos individuos que presentan un desa- rrollo anormal del clítoris y aunque sus principales- caracteres correspondan al sexo femenino, pueden de-- sempeñarse activamente en la relación sexual en virtud de esa anormalidad. Sin embargo, en estos casos se tra- tará siempre de sujetos anormales; la regla general - es que solo el hombre puede ser sujeto activo del de- lito. No obstante la doctrina ha discutido si la mu- jer, aún cuando sea excepcionalmente también puede -- ser sujeto activo del delito; una mujer conformada --

=====

orgánica y biológicamente de manera normal; esto es, la mujer como elemento receptivo de la relación sexual. ¿ Podra ser sujeto activo del delito de violación? Sobre el particular consideramos que biológica y fisiológicamente hablando esto es posible, aunque en forma excepcional, como sería el caso en que se venciera la resistencia física del hombre y se le excitara sexualmente, haciendo surgir en forma artificial la atracción sexual indispensable para la erección del pene."(58)

"Lo que si no es posible que encontremos, es una violación en donde los dos sujetos sean mujeres, en el estricto rigor biológico del término, en razón de que en este caso la cópula no puede realizarse por no existir el elemento sexual masculino; asípues, aunque se efectuó un acto erótico--sexual, éste

=====

(58)Cardona Arizmendi Enrique.Ob.Cit.pp.168 y 169.

nunca podrá ser la cópula."(59)

El ilustre penalista Francisco González de la Vega opina también al respecto diciendo:

" Aun cuando teóricamente es indudable que la mujer puede ser sujeto activo de la violación cuando fuerza o intimida a un hombre para el coito, creemos que en la práctica y en general el varón es el posible sujeto activo del delito, ya que la cópula se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual, la que implica necesariamente una actividad viril- normal o anormal-, pues sin ésta, no se puede, con propiedad, decir que ha habido copulativa conjunción carnal."(60)

El mismo jurista dice que en el acto homosexual de mujer a mujer, no hay cópula, "porque en el frotamiento lésbico no existe propiamente fenómeno

=====

(59)Cardona Arizmendi Enrique. Ob.Cit.pp.169 y 170.

(60)"Derecho Penal Mexicano."(Los Delitos).Ob.Cit.p.-390.

copulativo o ayuntamiento, dada la ausencia de la indispensable y característica introducción viril."(61)

Otra de las opiniones autorizadas en materia penal es la del maestro Mariano Jiménez Huerta -- citado por la penalista Marcela Martínez Roaro, quien piensa que:

" La mujer puede ser sujeto activo secundario, en tanto es factible que sujete o intimide a la víctima, en tanto que el sujeto activo primario realiza la cópula.

Ahora bien en cuanto a si la mujer puede -- ser sujeto activo primario, argumenta este autor atendiendo al artículo 265 del Código Penal. La frase tenga cópula gramatical y conceptualmente tiene una significación mucho más amplia que permite proyectarla -- tanto sobre el varón como sobre la mujer, pues no su-

=====

(61)Francisco González de la Vega.Ob.Cit.pp. 383 y 384.

pone necesariamente que el sujeto activo del delito--
 ha de ser quien accede o penetra... si desde ese pun-
 to de vista penalístico esta unión o ayuntamiento car-
 nal ha de rebasar el simple contacto físico del miem-
 bro viril con la parte externa de una cavidad natural
 del cuerpo ajeno y requiere un acceso o penetración -
 en la cavidad vaginal, anal u oral, la cópula existe-
 por el solo hecho de que se produzca el acceso o pene-
 tración, con toda independencia de quienes fueron su-
 jeto activo y pasivo del indicado hecho contemplado -
 en su significación penalística.

Entendida así la cópula, la mujer puede ser
 también sujeto activo primario de la violación."(62)

Expresamente queda entendido que la realiza-
 ción de la cópula, solo puede ser realizada por el --
 hombre, ya que él, es quien dispone del órgano para --

=====
 (62))b.Cit.pp. 192 y 193.

consumarla.

Consecuentemente diremos, que el delito de violación tumultuaria se realiza por medio de una pluralidad de acciones, toda vez que los sujetos activos son dos ó más, dichas acciones van enfocadas a la consumación del tipo descrito en la Ley, haciendo uso de la fuerza física o de la fuerza moral, resultando de ello el delito de violación.

En orden a los actos, el delito de violación tumultuaria puede ser:

- a) unisubsistente o,
- b) plurisubsistente.

Es unisubsistente cuando el delito de violación se "consume con un solo acto y, -- plurisubsistente cuando se consume con varios actos."(63)

=====
(63)Porte Petit Candaudap Celestino."Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal."5a.Ed.Porrúa.México.1980.p.376.

En orden a los sujetos, la violación tumultuaria es eminentemente plurisubjetivo, porque existen como mínimo dos sujetos activos o más, es decir el - máximo es enunciativo, no limitativo.

Y en el caso de la violación cometida por-- el ascendiente contra su descendiente, el padrastro - en contra del hijastro, etc., ésta será unisubjetivo.

En orden al resultado, existen dos criterios algunos autores piensan que el delito de violación es de resultado formal o de mera conducta, mientras tanto otros sostienen que el resultado es material.

El penalista Ignacio Villalobos, da su concepto de resultado formal y material.

El material o de resultado es "aquel cuyo-- tipo se integra precisamente por el resultado del acto que ejecuta el agente; o dicho en forma negativa,-

=====

aqueel que no se consuma sin la realización de un resultado requerido por la ley como base objetiva de antijuricidad. Como ejemplo pueden citarse el homicidio, las lesiones o el daño en propiedad ajena, cuyas descripciones legales se refieren, como esencial, al resultado producido por el disparo, el golpe o el movimiento hecho por el sujeto activo del delito.

El delito de mera actuación, en cambio, se consuma por la sola realización de un acto, positivo o negativo, independientemente de todo efecto exterior, lo cual admite dos distintas amplitudes para el concepto; o es que el acto realmente no tiene resultado, o es que la ley no señala tal resultado como parte del tipo, adscribiendo las calificaciones de antijuricidad y culpabilidad a la conducta misma y evitando que los jueces distraigan su atención en bus

=====

car los efectos del acto, o admitan defensas encami--
nadas a demostrar, por ejemplo, que a nadie causó da--
ño.

El delito debe tenerse por consumado por la
sola ejecución de la conducta descrita, tenga o no re--
sultado."(64)

En el delito de violación, dice el maestro--
Celestino Porte Petit, el resultado es formal o de --
"mera conducta, porque el tipo se integra en cuanto--
al elemento objetivo por la realización de la cópula--
violenta; es decir, por un hacer sin resultado mate--
rial, sin modificación en el mundo exterior."(65)

De la misma manera piensa la jurista Marce--
la Martínez Roaro, ya que en su clasificación en or--
den al resultado expresa que es formal.

En contraposición el jurisconsulto Frias --

=====

(64)"Derecho Penal Mexicano."(Parte General).3a.Ed.--
Porrúa.México.1975.pp.243 y 244.

(65)"Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación."--
Ob.Cit.p.28.

Caballero sostiene que:

"El delito de violación, denominado en la-- doctrina y en la legislación italianas 'violencia car^unal', requiere para su consumación la producción de - un resultado material que nuestro Código expresa con las palabras 'acceso carnal'. (El proceso ejecutivo - del delito, p. 270, Buenos Aires, 1956)."(66)

" Lo que constituye la materialidad de este delito es el hecho del acceso carnal con persona de - uno u otro sexo."(67)

El pensador José O. Mendoza Durán opina --- que:

" El elemento psicológico en el delito de-- violación está constituido por la intención de tener- acceso carnal que forma la materialidad del hecho."(68)

Pensamos que en el delito de violación ---

=====
 (66)Citado por, Porte Petit Candaudap."Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación.Ob.Cit.p.30.

(67)Mendoza Durán José O. "El Delito de Violación."Co- lección Nereo.Barcelona.p.33

(68)Ob.Cit.p.43.

tumultuaria el resultado es material precisamente por la exigencia de la cópula.

El delito estudiado, es también instantáneo y de lesión. Es instantáneo porque "la violación jurídica realizada en el momento de la consumación se extingue con ésta."(69) Es decir la violación se agota al momento de la cópula, o sea con la acción de cópular, aunque el acto no se perfeccione fisiológicamente.

Y es de lesión porque causa "un daño directo y efectivo en intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma violada."(70)

" Entre el acto humano (de acción o de omisión) y el resultado delictuoso debe de existir una relación de causa a efecto. ¿ Cuáles son las condiciones que deben concurrir para que tenga lugar esta re-

=====

(69)Cuello Calón Eugenio.T-I.Ob.Cit.p.267.

(70)Cuello Calón Eugenio.T-I.Ob.Cit.p.266.

lación de causalidad ? Sobre este punto se ha entablado una ruda lucha de escuelas, y se han formulado tantas teorías que bien puede decirse sea esta cuestión una de las más debatidas en el derecho penal, pero éste, como tantos otros, más bien de carácter filosófico que jurídico ha sido un debate cuyos resultados -- practicos no están en relación con el esfuerzo desplegado."(71)

Estas teorías son:

- a) Teoría de la equivalencia o de la 'conditio sine quanon.'
- b) Teoría de la condición más eficaz.
- c) Teoría de la causalidad adecuada.

Nosotros pensamos que el nexo de causalidad en el delito de violación tumultuaria, se establece en la última de las mencionadas teorías, la cual expre

=====
 (71) Cuello Calón Eugenio. T-I. Ob. Cit. p. 300.

sa lo siguiente:

" Unicamente considera como verdadera causa del resultado la condición normalmente adecuada para producirlo (criterio cualitativo). La causa es normalmente adecuada cuando dicho resultado surge según lo normal y corriente de la vida. Si el resultado se aparta de lo común no hay relación de causalidad entre él y la conducta." (72)

En el delito de violación tumultuaria, consideramos como verdadera causa del resultado la cópula realizada por cualquier vía, normal o anormal, utilizando los medios necesarios (violencia física o moral).

La ausencia de conducta, es el aspecto negativo de la conducta, y se presenta en los siguientes casos:

a) Vis absoluta,

=====

(72) Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. pp. 158 y 159.

- b) Vis compulsiva,
- c) Movimientos reflejos,
- d) Movimientos fisiológicos,
- e) Sueño,
- f) Sonambulismo e,
- g) Hipnotismo.

Nosotros pensamos que en el delito de violación tumultuaria, no se presenta ningun caso de ausencia de conducta.

3.- Tipicidad y clasificación en orden al tipo, sus elementos; atipicidad.

La tipicidad la podemos entender como:

" La adecuación exacta y plena de la conducta al tipo."(73)Es decir, es la concretización de la norma abstracta al caso concreto, porque solo son delitos las acciones que se encuadren a lo descrito en la

=====

(73)Cortés Ibarra Miguel Angel."Derecho Penal Mexicano." 1a.Ed. Porrúa.México.1971.p.129.

Ley.

En el delito de violación tumultuaria, ha--
bra tipicidad cuando se adecuen las acciones al deli--
to, esto es, que sean dos o más sujetos activos, que--
haya cópula utilizando la fuerza moral o la fuerza fí--
sica, sin consentimiento de la víctima, pudiendo ser--
ésta de cualquier sexo.

Cabe señalar la diferencia entre Tipicidad--
y Tipo, este último es, según el maestro Luis Jiménez
de Asúa:

" La abstracción concreta que a trazado el--
legislador, descartando los detalles innecesarios pa--
ra la definición del hecho que se cataloga en la ley--
como delito."(74)

En cuanto a este aspecto del ilícito el ju--
risconsulto Ignacio Villalobos opina que:

=====
(74)Citado por, Pavón Vasconcelos Francisco.Ob.Cit.p.-
259.

" El tipo es la descripción del acto o del-
hecho injusto o antisocial (previamente valorado como-
tal), en su aspecto objetivo y externo."(75)

El mismo autor continúa diciendo en forma —
más clara que; " El tipo es, pues, una forma legal de—
determinación de lo antijurídico punible, supuestas —
condiciones normales en la conducta que se describe!"
(76)

Los elementos del tipo son:

El objeto material y el objeto jurídico.En—
lo referente al objeto material, podemos decir que lo—
es el sujeto pasivo, que es una persona de cualquier—
sexo.

El objeto jurídico, es el bien jurídico tu—
telado o protegido. El penalista Mariano Jiménez Huer—
ta dice que el bien jurídico protegido es "el derecho—

=====
(75)Ob.Cit.p.268.

(76)Villalobos Ignacio.Ob.Cit.p.268.

que al ser humano corresponde de cópular con la persona que libremente elija y de abstenerse de hacerlo con quien no fuere su gusto o agrado."(77)

De la misma manera y apoyando el concepto — del autor citado en el parrafo anterior, podemos decir que: "el bien jurídico es la libertad sexual, toda vez que la puesta en juego de la violencia física o moral—entraña siempre una agresión a la libertad, ya sea psiquica o psicológica, según la naturaleza de la violencia que se ponga en juego de tal manera que no encon—tramos ningún problema."(78)

El insigne maestro Francisco González de la Vega dice: "El bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente a la liber—tad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje."(79)

=====

(77)Ob.Cit.p.250.

(78)Cardona Arizmendi Enrique.Ob.Cit.p.167.

(79)"Derecho Penal Mexicano."Ob.Cit.p.379.

Existe sin embargo una objeción hecha por el pensador Pozzolini, citado por José O. Mendoza Durán, al decir:

"El derecho que por el debito se lesiona es el derecho a la libertad sexual si se trata de violación carnal sobre hembra y la integridad personal si se trata de violación carnal sobre hombre."(80)

Además el delito de violación tumultuaria en orden al tipo es complementado, gravado."Estos tipos se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta."(81)

El delito de violación tumultuaria es subordinado porque depende de otro tipo. Y es de formulación casuística, porque siendo dos los medios de comisión (fuerza física o moral), el delito se puede realizar utilizando uno de los dos medios o los dos conjuntamen

=====
(80)Ob.Cit.p.24.

(81)Castellanos Tena Fernando.Ob.Cit.p.169.

te.

La Atipicidad se presenta "cuando el comportamiento humano concreto, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es pues, ausencia de adecuación típica."(82)

En el delito de violación tumultuaria puede presentarse la atipicidad cuando: solo exista un sujeto activo; no se utilicen los medios de comisión (fuerza física o moral); cuando el agente pasivo haya consentido en ello; que no haya cópula a pesar de haber existido todos los demás elementos del delito.

4.- Antijuricidad y Causas de Justificación.

La antijuricidad es "un concepto negativo, desaprobador del hecho humano frente al derecho."(83)

"La afirmación de la antijuricidad es siem-

=====

(82) Jiménez de Asúa Luis, Citado por, Pavón Vasconcelos Francisco. Ob. Cit. p. 277.

(83) Pavón Vasconcelos Francisco. Ob. Cit. p. 282.

pre un juicio de valoración sobre el hecho, formulado desde el punto de vista del derecho, y en el cual se comprueba que el hecho ha traído algo o tendía a algo que el derecho quería evitar."(84)

En el mismo sentido el pensador Graf Zu --- Dohna, citado por el penalista argentino Sebastian Soler dice al respecto:

" La antijuricidad de una conducta consiste no sólo en que ésta constituye el tipo específico de un delito, en que sea subordinable a una figura sino, ante todo, en que es un atentado a la idea del derecho, es decir, una acción injusta. Es injusta una acción cuando ella no puede ser reconocida como el medio justo para un fin justo."(85)

El jurista Eugenio Cuello Calón dice al respecto: "Obra antijurídicamente el que contraviene las

=====
 (84)Soler Sebastian."Derecho Penal Argentino."T-I.4a.Ed. Tipografica Editora Argentina.Buenos Aires.1970.p.305.
 (85)Ob.Cit.p.308.

normas penales."(86)

La antijuricidad puede ser formal y material, el respetable penalista Ignacio Villalobos dice:"Antijuricidad es oposición al derecho; y como el derecho puede ser legislado declarado por el Estado y formal, o bien de fondo, de contenido o material, también de la antijuricidad se puede afirmar que es formal, por cuanto se opone a la ley del Estado y material por cuanto afecta los intereses protegidos por dicha ley."

(87)

Basados en los conceptos anteriores es evidente, que el delito de violación tumultuaria es una conducta típica, antijurídica, que no se encuentra protegida por ninguna causa de justificación.

Las Causas de Justificación son, "las circunstancias de un hecho que borran su antijuricidad objeti

=====
(86)Ob.Cit.T-I, p. 309

(87)Ob.Cit.p.249.

va; o en otros términos, que tienen como efecto la -- transformación de un delito en un no delito."(88)

" Pensamos que existe una causa de lícitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos son permiti-- tidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia de un inte-- rés preponderante."(89)

Estas causas de justificación son:

- a) La legítima defensa,
- b) El estado de necesidad,
- c) El cumplimiento de un deber,
- d) El ejercicio de un derecho,
- e) Impedimento legítimo y,
- f) La obediencia jerárquica.

En el delito de violación tumultuaria no se presenta ninguna causa de justificación.

=====
 (88)Giuseppe Maggiore.T-I.Ob.Cit.p.388.

(89)Porte Petit Candaudap Celestino."Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal."Ob.Cit.p.493.

5.- Imputabilidad e Inimputabilidad.

En principio la imputabilidad es simplemente la capacidad de culpabilidad, o mejor dicho, "es la capacidad de entender y de querer."(90)

" La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

Comúnmente se afirma que la imputabilidad — está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental. Son dos aspectos de tipo psicológico: salud y desarrollo mentales."(91)

El notable penalista español Luis Jiménez — de Asúa, expresa al opinar sobre la imputabilidad:

"Imputar un hecho a un individuo es atribuir

=====

(90) Pavón Vasconcelos Francisco. Ob. Cit. p. 340.

(91) Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. p. 218.

selo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable."(92)

Franz Von Liszt expresa; "es decisivo en la imputabilidad el momento en que ha tenido lugar la manifestación de voluntad, siendo indiferente el estado mental del sujeto en el instante en que se produce el resultado."(93)

En si, es la capacidad que tiene todo sujeto para entender normalmente un acto, del cual se le pueda culpar.

Al aplicar este criterio a nuestro delito diremos que, los dos o más sujetos que intervienen en la realización del delito deben de ser mayores de 18 años sin distinción de color, nacionalidad, religión, con capacidad de entender y razonar, es decir en plenitud-

=====
 (92)"La Ley y el Delito."4a.Ed.Hermes.México.Bs.As.1963.
 p.326.

(93)Citado por,Jiménez de Asúa Luis."La Ley y el Delito"
 Ob.Cit.p.336.

de sus facultades más que físicas mentales.

La inimputabilidad se refiere principalmente al estado más que físico mental del agente activo.

Las causas de inimputabilidad son:

"Hallarse el acusado, al cometer la infracción en:

a) Un estado de inconciencia de sus actos,--
determinado por el empleo accidental e involuntario de
substancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes o,

b) por un estado tox infeccioso agudo o,

c) por un trastorno mental involuntario de -
carácter patológico y transitorio (art.15,frac.II.Có-
digo Penal)..

d) A los sordomudos (art.67.Código Penal).

e) Los locos,

f) idiotas,

=====

g) imbeciles,

h) o los que sufran cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales", (art.68.Código Penal).

Nosotros agregaríamos además a los ciegos y a los menores de edad como sujetos inimputables, argumentado a los últimos falta de capacidad mental.

En el delito de violación tumultuaria si se puede presentar la inimputabilidad si la violación -- tumultuaria se comete, por "locos ó menores de edad"-- principalmente.

6.- Culpabilidad e Inculpabilidad.

La culpabilidad la podemos definir como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica." (94)

Nos dice el citado penalista Ignacio Villalobos que; " La culpabilidad, genéricamente, consiste

=====
 (94) Jiménez de Asúa Luis. "La Ley y el Delito." Ob.Cit. p. 352.

en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y -- por los mandatos y prohibiciones que tienden a consti-
tuirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por
franca oposición, en el dolo, o indirectamente, por --
indolencia y desanteción nacidas del desinterés o su-
bestimación del mal ajeno frente a los propios deseos,
la culpa."(95)

La culpabilidad en sentido amplio, abarca--
al dolo y la culpa. Al respecto el notable juriscon--
sulto Eugenio Florian expresa:

"Sumariamente puede decirse que, dado un --
suceso criminal realizado por un individuo, el dolo--
existe cuando el agente prevé y quiere el resultado--
mismo, la culpa cuando no prevé el efecto dañino, el-
cual, sin embargo, era previsible como consecuencia --
de su manera de obrar."(96)

=====
(95)Ob.Cit.p.283.

(96)"Parte General del Derecho Penal."T-I. Imprenta y
Librería la Propagandista.La Habana.1929.p.415.

Podemos decir entonces que en orden a la--- culpabilidad, nuestro delito es eminentemente doloso, y así lo reafirma el maestro Alberto González Blanco- al expresar que:

...de luego, la violación por su naturale-- za, es de aquellos delitos que exigen una forma dolo- sa de la culpabilidad, traduciendo el dolo en la vo- luntad del sujeto activo de efectuar la cópula."(97)

Es evidente el dolo, por los medios de comi- sión utilizados para conseguir la cópula.

La inculpabilidad es, el aspecto negativo - de la culpabilidad, es decir, "son las circunstancias concurrentes con una conducta típica y antijurídica - atribuible a un imputable, que permiten al juez resol- ver la inexigibilidad de una conducta diferente a la- enjuiciada que sería conforme a derecho, o que le im-

=====
(97)Ob.Cit.p.165.

piden formular en contra del sujeto un reproche por -
la conducta específica realizada."(98)

El maestro Luis Jiménez de Asúa manifiesta-
que las causas de inculpabilidad son, "las que absuel-
ven al sujeto en el juicio de reproche."(99)

Las Causas de Inculpabilidad son:

- a) El error de hecho esencial invisible,
- b) El error accidental,
- c) Legítima defensa putativa,
- d) Estado de necesidad putativo,
- e) Ejercicio de un derecho putativo,
- f) Cumplimiento de un deber putativo y,
- g) La no exigibilidad de otra conducta.

En el delito de violación tumultuaria no ope-
ra ninguna causa de inculpabilidad.

7.- Punibilidad y su aspecto negativo (excu

=====
(98) Vela Treviño Sergio. "Culpabilidad e Inculpabilidad"
Ed. Trillas. México. 1973. p. 274.

(99) "La Ley y el Delito. Ob. Cit. p. 389.

sas absolutorias).

"La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta -- conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la cominación legal de aplicación de esa sanción. En otros -- términos es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada."(100)

El jurisconsulto Alfonso Reyes, opina al respecto expresando:

"La punibilidad es pues un fenómeno que emana del Estado como reacción a comportamientos humanos que han sido elevados a la categoría de delitos o contravenciones y que se manifiesta en dos momentos: El-Legislativo, por medio de la cual se crea la sanción-- y el Judicial, que cumple la tarea de imponerla en --

=====
(100)Castellanos Tena Fernando.Ob.Cit.p.267.

concreto."(101)

En suma podemos decir que " lo característico del delito es ser punible; la punibilidad es, por ende, el carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley - recibe una pena."(102)

Como quedó establecido en páginas anteriores nuestro delito es subordinado y se considera por lo tanto agravado.

La penalidad en el delito de violación tumultuaria es de ocho a veinte años de prisión y multa de cinco a doce mil pesos. Pensamos que en lo referente a la prisión, ésta es aún aplicable y eficaz, no así en cambio con la multa, pues con la consabida devaluación de la moneda y el aumento de salarios, esta cantidad pasó a ser mínima para aplicarla al mencionado-

=====
 (101) "Punibilidad." Universidad Externado de Colombia.- 1978.p.8

(102) Jiménez de Asúa Luis, Citado por, Pavón Vasconcelos Francisco. Ob. Cit. p. 396.

ilícito agravado. Esta misma punibilidad es aplicable a los otros dos grupos del delito, por considerarse-- tipos agravados.

El propio artículo 266 Bis sanciona a los - otros supuestos, mismos que hemos visto en páginas -- anteriores. Dichos supuestos no tienen característi-- cas de violación tumultuaria, pero por la calidad de los sujetos que intervienen en el delito son considerados delitos con mayor gravedad.

Estos dos grupos estan conjuntados, unos -- por el parentesco entre los sujetos, y otros por que los agentes activos son profesionistas o empleados -- públicos.

A los primeros, reza el artículo estudiado, se les impondrán de seis meses a dos años de prisión-- además de las sanciones que señalan los artículos que

=====

antecedentes.

El artículo que antecede y que tiene sanción es el 265, este artículo tipifica la figura básica del delito de violación, penándolo de dos a ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos. Pero si la persona ofendida fuera impúber la pena será de cuatro a diez años de prisión y la multa de cuatro a ocho mil pesos. Nosotros pensamos, que las sanciones señaladas en el tipo de violación simple, son fácilmente entendibles al momento de sumarle la pena que se destina para el primer grupo.

Si el sujeto pasivo es púber, además de los seis meses a dos años que le corresponden, se le sumarán los ocho que como máximo señala el tipo básico, -- es decir, serán ocho años, más lo que el juez le agregue entre seis meses y dos años.

=====

Si en este mismo grupo, el agente pasivo es impúber, la sanción deberá ser de cuatro a diez años-agregandole además la sanción que se establece en este tipo agravado, es decir la pena sería de diez años, más lo que el juzgador le sumará entre seis meses y dos años.

En cuanto a la multa creemos que no existe problema, pues si es violación simple la multa será de dos mil a cinco mil pesos, pero si el sujeto pasivo fuera impúber la multa será de cuatro a ocho mil pesos.

En lo referente al segundo grupo, o sea --- cuando el sujeto activo sea profesionista o empleado público, existe un error en cuanto a la redacción de la pena, pues solo destituye definitivamente del cargo o empleo, o suspende por cinco años el ejercicio -

=====

de su profesión.

Pensamos que en este segundo grupo, el legislador debió establecer claramente, que además de la -suspensión o destitución, se agregarían las penas de seis meses a dos años de prisión y las señaladas en el tipo básico, tomando en cuenta para ello el desarrollo sexual de la víctima (púber o impúber).

Excusas Absolutorias.- Las excusas absolutorias dice el maestro Luis Jiménez de Asúa son:

"Las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública."(103)

En el delito de violación tumultuaria no se presentan excusas absolutorias. De la misma manera no existen las condiciones objetivas de punibilidad.

8.- Tentativa.

=====
 (103)"La Ley y el Delito."Ob.Cit.p. 432.

La tentativa dice nuestro Código Penal en -
 su artículo 12, "es punible cuando se ejecutan hechos
 encaminados directa e inmediatamente a la realización
 de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas
 a la voluntad del agente."

El jurista Giuseppe Maggiore opina que la -
 tentativa es como: "Un delito iniciado y no cumplido-
 por interrupción de la acción o por la irrealización-
 del resultado."(104)

Por su parte el ilustre jurista Giuseppe --
 Bettiol expresa:

"Cuando el acto es concretamente idóneo y -
 se puede establecer que ha sido inequívocamente diri-
 gido a ocasionar un evento lesivo, tenemos tentati---
 va."(105)

De la misma manera pero con un concepto más

=====

(104) "Derecho Penal." V-II. Ob. Cit. p. 77.

(105) "Derecho Penal." (Parte General). 4a. Ed. Temis. Bogo
 tá. 1965. p. 485.

claro, podemos decir también que la tentativa existe, "cuando la voluntad criminal se traduce en un caso ex terno que entra en la esfera de consumación del delito, sin llegar a llenarlo, y va dirigido claramente a conseguir la objetividad jurídica del delito, pero -- sin llegar a lesionarla, el acto se llama ejecutivo y la figura a que da lugar se denomina Tentativa. Esta puede definirse sintéticamente como la ejecución incompleta de un delito."(106)

A la tentativa la encontramos dividida en dos formas, la primera la conocemos como tentativa acabada y la segunda, tentativa inacabada.

La tentativa acabada se presenta "cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por cau

=====

(106) Jiménez de Asúa Luis. "La Ley y el Delito." Cb. Cit. p. 474.

sas ajenas a su voluntad. En la tentativa inacabada o delito intentado, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno (o varios) y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución."(107)

El penalista Enrique Cardona Arizmendi opina que, " la violación admite la tentativa punible - como figura plurisubsistente que es."(108)-(En páginas anteriores dejamos establecido que nuestro ilícito es en orden a la conducta unisubsistente o plurisubsistente).

Al respecto el maestro Alberto González --
Blanco externa su opinión diciendo:

"Por sus características el delito de violación no descarta la posibilidad de la tentativa, en los términos del artículo 12 de nuestro Código Penal,

=====

(107)Castellanos Tena Fernando.Ob.Cit.p.280.

(108)Ob.Cit.p.174.

y ésta existirá cuando el sujeto activo dé principio a la ejecución directa de los actos que configuran el delito sin llegar al resultado que debía producirse, - por causas ajenas a su voluntad; y tampoco para la -- tentativa desistida, en el caso de que el culpable vo luntariamente deje de ejecutar los actos violentos."-

(109)

De la misma forma piensa el jurispensalista-Frías Caballero, al hablar de la tentativa en el delito de violación expresando: "la tentativa abarca desde que se realiza la violencia hasta los actos ejecutivos anteriores a la introducción del órgano sexual - masculino en el orificio vulvar o anal."(110)

Otra opinión de reconocida validez es la que nos da el jurisconsulto Carlos Fontan Balestra al expresar que hay tentativa:

=====
 (109)Ob.Cit.p.172.

(110)"El Proceso Ejecutivo del Delito."2a.Ed.Biblio--
 gráfica Argentina.Buenos Aires.1956.p.282.

"Si el autor tuvo el propósito de llegar a la cópula pero no llegó a consumarla por circunstancias ajenas a su voluntad."(111)

"Puesto que el delito se consuma con la simple introducción del órgano genital, aunque sea en grado mínimo en el orificio vulvar o anal, sin ningun ulterior resultado, la tentativa existe todavía cuando el proceso ejecutivo, sobrepasando el mero principio de ejecución no ha alcanzado en su realización práctica el momento consumativo así determinado."(112)

Existe sin embargo un problema en cuanto a si la tentativa desistida entra en el tipo de 'Atentados al pudor', el maestro argentino Carlos Fontan Balestra, en su obra, "Delitos Sexuales", expresa:

"Pensamos que las intenciones no pueden ser objeto de sanción, mientras no hayan sido traducidas-

=====
 (111)"Delitos Sexuales."Ed. Depalma.Buenos Aires.1945 pp.82 y 83.

(112)Frías Caballero,Citado por, Jiménez de Asúa Luis. "Tratado de Derecho Penal."T-III.2a.Ed.Lozada.Buenos-Aires.1958.p.949.

externamente por actos que las revelen en forma indubitable, el desistimiento voluntario, limita la voluntariedad del agente al hecho ya realizado y tal es lo querido y lo punible. De tal suerte, esos hechos que no deben haber llegado nunca a constituir el acceso carnal, deben ser considerados como configuradores -- del atentado al pudor."(113)

Al respecto nosotros podríamos argumentar-- lo siguiente:

"A la tentativa desistida, en la violación, las violencias ejercitadas por el sujeto activo, sobre el pasivo, constituyen actos eróticos en virtud del-- elemento subjetivo que les anima. Y aunque dichos actos no tuvieran por objeto llegar a la cópula, no hay que olvidar que, dentro de las formas clásicas de la culpabilidad la violación es un delito de dolo especí

=====
(113)Ob.Cit.p.65.

fico correspondiendo al genérico el atentado al pudor. Quien quiso tener cópula con una persona, es decir, -- lo más aceptaría forzosamente atentar al pudor de ella, es decir, lo menos."(114)

Nuevamente el profesor Carlos Fontan Balestra opina, "El dolo específico, consiste en el propósito del agente de llegar al acceso carnal. Tal elemento es diferencial de la tentativa de violación y el atentado violento al pudor."(115)

"La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación admite la tentativa, al establecer que si el acusado ejecuta una serie de actos encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito de violación y causas ajenas al infractor le impidieron la consumación de su propósito, comete el delito de violación en grado de tentativa."(116)

=====
 (114)González Blanco Alberto.Ob.Cit.p.173.

(115)Ob.Cit.p.80.

(116)Porte Petit Candaudap. "Ensayo Dogmático del Delito de Violación."Cb.Cit.p.68.

Otras tesis jurisprudenciales acerca de la tentativa de violación y los atentados al pudor son-- las siguientes:

TESIS 336,

"VIOLACION, ATENTADOS AL PUDOR Y TENTATIVA-
DE.

El delito de atentados contra el pudor y la tentativa de violación, por su esencia misma, no pueden coexistir y se excluyen recíprocamente, puesto -- que en el primero no existe el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, y en la segunda se --- efectúan los actos preparatorios para dicha cópula -- que no llega a realizarse por causas ajenas a la vo-- luntad del agente activo."(117)

TESIS RELACIONADA,

"ATENTADOS AL PUDOR, Y TENTATIVA DE VIOLA--

=====
(117)Jurisprudencia. Apendice al Semanario Judicial de la Federación.Segunda Parte.Primer Sala.(1917-1975).- p.716.

CION, INCOMPATIBILIDAD DE LOS DELITOS DE.

Los delitos de atentados al pudor y tentativa de violación, se excluyen y su incompatibilidad se manifiesta porque en el de atentados al pudor los actos lúbricos deben ser realizados 'sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula' y en el de violación en grado de tentativa, se requiere precisamente que se 'efectúen hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito' en el caso a verificar la cópula!"(118)

Pensamos, después de haber estudiado los diversos conceptos acerca de la tentativa, que en el delito de violación tumultuaria, si se presenta la tentativa en sus dos formas, acabada e inacabada, dependiendo por una parte la voluntad de los agentes activos en terminar el hecho ilícito iniciado, presen

=====
 (118)Jurisprudencia.Apéndice al Semanario Judicial de la Federación.Segunda Parte.Primer Sala.(1917-1975). p.717.

tandose así la tentativa inacabada; por otra parte.--
 la tentativa acabada se presenta cuando por causas --
 ajenas a la voluntad de los agentes activos se termi-
 na la acción iniciada, sancionandose como lo tipifican
 los artículos 12 y 63 de nuestra Ley Punitiva.

9.- Participación.

La participación, "es accesoria de un acto-
 principal."(119)

El jurista Franz Von Liszt dice: "La parti-
 cipación es el hecho de tomar parte en el acto de eje-
 cución comenzado o consumado por otro. La participa--
 ción es instigación o complicidad."(120)

El mismo pensador Giuseppe Bettiol expresa:

Es partícipe "quien concurre a la perpetra-
 ción de un delito desarrollando una actividad lógica-
 mente distinta de la del autor, en cuanto cae dentro-

=====

(119) Jiménez de Asúa Luis. "La Ley y el Delito." Ob. Cit.
 p.507.

(120) "Tratado de Derecho Penal." T-III. 2a. Ed. Reus. Madrid.
 1929. p.87. (Traducido por Jiménez de Asúa Luis).

de la esfera de las normas secundarias sobre participación, de carácter extensivo."(121)

Nuestro Código Penal vigente describe la -- participación diciendo:

"Art. 13. Son responsables de los delitos:

I.- Los que intervienen en la concepción, - preparación o ejecución de ellos.

II.- Los que inducen o compelen a otro a co meterlos.

III.- Los que prestan auxilio o cooperación de cualquiera especie para su ejecución, y

IV.- Los que, en casos previstos por la ley, auxilién a los delincuentes, una vez que estos efectuaron su acción delictuosa."

Sin embargo dice el penalista alemán Hans - Welzel: "Ha de entenderse por participación solamente

=====
(121)Ob.Cit.p.500.

los actos de participación en la comisión del hecho-- principal; quien, después de la terminación material- del hecho, ayuda al autor o asegura la presa, no come- te participación, sino una forma de encubrimiento."-- (122)

En cuanto a los grados de participación, el notable penalista Giuseppe Maggiore los clasifica así: según "la calidad, el grado, el tiempo y la eficacia" (123)

"a) Según el grado, la participación puede- ser principal y accesoria; mientras la primera se re- fiere a la consumación del delito, la segunda atiende a su preparación.

b) Según la calidad, la participación puede- ser moral y física, comprendiendo la primera tanto la instigación como la determinación o provocación; a su

=====
 (122) "Derecho Penal." Parte General. Ed. Roque Lapalma.- Buenos Aires. 1956. pp. 17 y 18. (Traducido por el Dr. --- Carlos Fontan Balestra).
 (123) Ob. Cit. T-II. p. 108.

vez la instigación abarca, como subclases: el mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación.

c) En razón del tiempo, la participación es anterior, si el acuerdo es previo a la comisión del delito y en tal momento se precisa la intervención -- que en él lleva cada partícipe; concomitante, si la temporalidad ésta referida al instante mismo de la ejecución del delito; y posterior, cuando se comprenden actos que se ejecutan después del evento, pero -- con acuerdo previo, y

d) Según su eficacia, la participación es-- necesaria y no necesaria, de acuerdo con la naturaleza del delito, ya sea que éste exija o no, para su comisión, el concurso de personas."(124)

Según el grado de participación los sujetos partícipes son:

=====

(124) Maggiore Giuseppe, Citado por, Castellanos Tena-Fernando. Ob. Cit. p. 287.

- a) Autor material,
- b) Autor intelectual y,
- c) Autor por cooperación.

"El material es quien físicamente ejecuta los actos descritos en la ley; intelectual el que induce o compele a otro a cometer el delito (artículo 13 fracción II), mientras el cooperador presta aquel auxilio de carácter necesario para llegar al fin delictuoso propuesto."(125)

El Doctor Sebastian Soler en su obra de Derecho Penal Argentino, enuncia también al Autor Mediato y al Autor Inmediato expresando:

Autor Inmediato "es en primer lugar, el sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva.

Autor Mediato es el que ejecuta la acción -

==== =====
 (125) Pavón Vasconcelos Francisco. Ob. Cit. pp. 448 y 449.

por medio de otro sujeto que no es autor, o no es culpable, o no es imputable."(126)

El delito de violación tumultuaria por lo tanto, admite en cuanto al grado, la participación accesorio y principal, además de la complicidad. En cuanto a la calidad, la violación tumultuaria comprende de la participación moral y física.

Al describir el tipo de violación tumultuaria, el Código Penal expresa:

"Art. 266 Bis. Cuando la violación fuere cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas..."

Es decir, nuestro artículo estudiado al referirse a 'dos o más personas' se esta refiriendo a los autores materiales del ilícito, esto es a los que tuvieron cópula.

=====
(126)Ob.Cit.T-II.258.

10.- Concurso de Delitos.

El estudioso penalista Ignacio Villalobos -
opina:

"Hay concurso de delitos cuando la responsa-
bilidad por dos o más de ellos recae sobre un mismo a-
gente que los ha cometido."(127)

Este concurso de delitos nos plantea dos si-
tuaciones, la primera un concurso ideal y la segunda-
un concurso real.

"Existe concurso ideal si al menos una ac-
ción real que llena el tipo objetivo de varios deli-
tos, es idéntica. Lo decisivo es la identidad, total-
o parcial, del tipo objetivo, pudiéndose cubrir o su-
perponer total o parcialmente."(128)

El concurso real se presenta cuando "un au-
tor comete varias acciones punibles independientes --

=====

(127)Ob.Cit.p.505.

(128)Welzel Hans.Ob.Cit.p.225.

(pluralidad de hecho)."(129)

En el delito de violación tumultuaria se --
pueden presentar estos dos concursos.

Se produce concurso ideal y por ende acumu-
lación de delitos, cuando junto con la violación se--
comete, lesiones, homicidio y contagio venéreo, al --
respecto nuestro Código punitivo lo regula en su:

"Art. 58. Siempre que con un solo hecho eje-
cutado en un solo acto, o con una omisión, se violen-
varias disposiciones penales que señalen sanciones di
versas, se aplicará la del delito que merezca pena ma
yor, la cual podrá aumentarse hasta una mitad más del
máximo de su duración."

El concurso real se presenta cuando junto -
con el delito de violación tumultuaria, se comete ro-
bo. Ante esta situación estaremos entonces frente al-

=====
(129)Welzel Hans.Ob.Cit.p.231.

concurso mencionado.

Igual que en el concurso ideal, el real o material se encuentra tipificado en el:

"Art.18. Hay acumulación: siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos, ejecutados en actos distintos, si no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlos no está prescrita."

11.- Diferencias entre Violación e Incesto.

Existen entre estos dos delitos, varias conductas que en un momento dado pudieran confundirse, por no estar aparentemente claras en la ley penal, pero el estudio que hemos hecho y las opiniones de diversos autores, despejan cualquier duda que pudieramos tener, las cuales explicaremos a continuación:

En primer lugar el tipo básico del delito--

=====

de violación establece:

"Art. 265. Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicarán las penas de dos a ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de cuatro a diez años y la multa será de -- cuatro mil a ocho mil pesos.

Art.266. Se equipara a la violación y se -- sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictiva." sa."

Posteriormente, con la reforma a que fue sometido este delito, surgió el artículo 266 Bis, agre--

=====

gado a los ya existentes quedando así:

"Art. 266 Bis. Cuando la violación fuere co-metida con intervención directa o inmediata de dos o más personas, la prisión será de ocho a veinte años y la multa de cinco mil a doce mil pesos. A los demás --participes se les aplicarán las reglas contenidas en el artículo 13 de este Código.

Además de las sanciones que señalan los ar--tículos que anteceden, se impondrán de seis meses a --dos años de prisión cuando el delito de violación fue--re cometido por un ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquél, por el tutor en contra de su --pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del --ofendido en contra del hijastro. En los casos en que--la ejerciera, el culpable perderá la patria potestad--o la tutela, así como el derecho de heredar al ofen--

=====

dido.

Cuando el delito de violación sea cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, será destituido definitivamente del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión."

En segundo lugar, el Incesto, regulado por nuestra ley punitiva, en el Título de los "Delitos Sexuales", en el Capítulo III, dice:

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

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

=====

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

El Incesto dice el maestro Francisco González de la Vega, "consiste en la relación carnal entre parientes tan cercanos que, por respeto al principio-exogámico regulador moral y jurídico de las familias, les está absolutamente vedado el concúbito y contraer nupcias."(130)

Este mismo autor continúa diciendo: "En nuestra opinión la condena contra los actos incestuosos -- se explica racionalmente por la multimilenaria observación de que su práctica es fuente de intranquilidad, desorden y posible tragedia en las familias, y de que es, además productora de frecuentes procesos hereditários degenerativos en forma de variadas taras somáticas o psíquicas en los descendientes."(131)

=====
(130)"Los Delitos."Ob.Cit.p.416.

(131.)González de la Vega Francisco."Los Delitos."Ob.-Cit.p.423.

Pensamos que, las diferencias entre estos -
dos delitos son:

A) En cuanto a los sujetos.

En el delito de violación, existe un sujeto activo (hombre), y un sujeto pasivo (hombre o mujer).

En el Incesto, los dos sujetos son activos- pero necesariamente uno de ellos debe ser hombre y el- otro mujer.

B) En cuanto al bien jurídico tutelado.

En la violación es la libertad sexual.

En el delito de incesto es la organización- exogámica de la familia.

C) En cuanto a la conducta.

En la violación se describe 'tener cópula'—

En el incesto la conducta se describe como, 'tener relaciones sexuales', el significado de esta -

=====

conducta, "no puede ser otro que la cópula normal, -- habida cuenta que, la figura legal que describe el -- incesto, tutela como se ha dicho la organización exo-- gámica de la familia, y en esas condiciones, solamen-- te la cópula normal con eyaculación puede lesionar di-- cho bien."(132) Por eso es necesario que uno de los -- dos sujetos sea mujer.

D) En cuanto a los medios de comisión.

En el delito de violación, se utiliza la -- fuerza moral y la fuerza física, sin la voluntad del -- ofendido.

En el incesto existe voluntad por ambos su-- jetos de tener relaciones sexuales. Independientemen-- te de que alguno de los dos esté enterado de la liga-- de parentesco que los une.

E) En cuanto a la calidad de los sujetos.

=== =====
 (132)González Blanco Alberto.Ob.Cit.p.184.

En la violación los sujetos pueden tener o no tener parentesco.

En el incesto el parentesco es necesario.

Al respecto también podemos citar una Jurisprudencia de la Corte diciendo:

" El delito de incesto se configura por la concordancia de voluntades de ambos sujetos, pues los delitos de violación e incesto son jurídicamente incoexistentes; el primero supone la violencia del agente sobre la víctima, en tanto que el segundo, supone dos sujetos cuyas voluntades concuerdan en realizar el hecho delictuoso. Así, ambos delitos se excluyen, pues si se habla de violación, se elimina el concepto de concordancia de voluntades, y si se habla de incesto, se elimina la acción de violencia. En concreto, el delito de incesto es un delito plurisubjetivo-

=====

y bilateral. Por consiguiente, a pesar de que se haya aportado al expediente el acta de nacimiento de la menor ofendida y que de tal acta se desprenda que ésta sea hija del inculpado, es evidente la falta de voluntad de dicha menor en la ejecución de los hechos delictuosos, y palpable que éstos se llevaron a cabo, circunstancia que hace desaparecer la existencia del delito de incesto y no así el delito de violación."

(133)

Pienso que con estos conceptos vertidos, las diferencias quedan claramente establecidas.

12.- Jurisprudencia.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado jurisprudencia en diversas tesis de las cuales vamos a transcribir las siguientes:

"TESIS 300

=====
 (133) Semanario Judicial de la Federación. LVI. Sexta Epoca. Segunda Parte. p. 66.

VIOLACION,, EXISTENCIA DEL 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 solo ayuntamiento carnal aún cuando no haya eyaculación."

(134)

"TESIS RELACIONADAS

VIOLACION.- El delito de violación puede consumarse en persona de cualquier sexo y según expresa el tratadista Francisco González de la Vega en su "Código Penal Comentado", la cópula es cualquier forma de ayuntamiento o conjunción sexual, con eyaculación o sin ella, cuando se ejecuta sin la voluntad del paciente del delito.

VIOLACION.- En el delito de violación, el--

=====
 (134)Jurisprudencia.Apendice al Semanario Judicial de la Federación.Segunda Parte.(1917-1965).p.585.

elemento cópula debe tomarse en su más amplia acepción, o sea cualquier forma de ayuntamiento o conjunción carnal, normal o anormal, con eyaculación o sin ella, y en la que haya habido la introducción sexual por parte del reo, aún cuando no se haya llegado a realizarse completamente."(135)

"VIOLACION, DELITO DE.

Para la integración del delito de violación no se requiere el desfloramiento de la mujer violada, ya que ésta puede ser o no doncella, y en caso afirmativo, puede tener himen complaciente, sino que sólo se requiere la realización de la cópula con una persona por medio de la violencia física o moral.

VIOLACION.- El cuerpo del delito de violación no requiere el desfloramiento, pero sí la cópula con persona de cualquier sexo; y la cópula se tiene -

=====

(135)Jurisprudencia.Apéndice al Semanario Judicial de la Federación.Segunda Parte.(1917-1965).p.586.

realizada aún cuando no se agote fisiológicamente el—
acto sexual, si se comprobó "ligera herida en el hi--
men de la víctima", así como otros signos en sus órga
nos genitales."(136)

"VIOLACION, VIOLENCIA MORAL.

VIOLACION.— El bien jurídico que tutela el—
tipo delictuoso de violación está constituido por la—
libertad sexual, y no por la honestidad y la castidad,
que son elementos constitutivos del estupro pero no —
del de violación, y estando demostrado que tanto el —
acusado como el coacusado, realizaron el acto sexual—
en ausencia del consentimiento de la ofendida, la cir
cunstancia de que ésta se hubiera encontrado bajo los
efectos del licor ingerido, no desvirtúa la culpabili
dad jurídico penal en que incurrieron, ya que, en to
do caso, la situación de hecho relativa a la pretendi

=====
(136)Jurisprudencia.Apendice al Semanario Judicial de
la Federación.Segunda Parte.(1917-1965).p.586.

da ebriedad, sólo daría posibilidad para que la autoridad responsable y el Agente del Ministerio Público— en su caso—, hubieran hecho el encuadramiento del delito, equiparado a la violación, la circunstancia de— que la ofendida se hubiere encontrado privada del sentido; pero de todas formas, su conducta antijurídica — sería constitutiva del delito de violación, que, como se dijo, se caracteriza porque el sujeto activo del delito realiza una agresión contra la libertad sexual de la parte ofendida."(137)

"VIOLACION, COPARTICIPACION EN LA.

Como es bien sabido, la responsabilidad se— irroga a todos los partícipes, y del texto de la Ley— se desprende el principio general conforme al cual es partícipe quien pone culpablemente una condición para la ejecución del delito. Con dicha fórmula resulta —

=====
 (137)Jurisprudencia.Apendice al Semanario Judicial de la Federación.Segunda Parte.(1917-1965).p.588.

responsable de la comisión delictiva lo mismo quien - ejecuta el núcleo del tipo, que cualquiera de sus elementos, e incluso quien sin ejecutar actos comprendi-- dos en la descripción, pone una condición para la se-- cuela. De esta manera si el acusado de violación no copuló (núcleo del tipo), pero ejecuto' actos comprendi-- dos dentro de la descripción, al ejecutar violencia sobre la mujer, de manera que fuera posible la imposi-- ción del ayuntamiento sexual por su coacusado, desde el punto de vista técnico-legal su participación re-- sulta obvia y en nada le favorece el que su coacusado o la mujer ofendida se hayan referido a que su inter-- vención se redujo al ejercicio de la violencia, puesto que al ejercitarla, además de integrar uno de los elementos del tipo (la violencia como medio para la cópu-- la) estaba poniendo culpablemente una condición del--

=====

resultado. Se trata de una cuestión elemental dentro-
de la problemática de la participación."(138)

=====
(138)Jurisprudencia.Apendice al Semanario Judicial de
la Federación.Segunda Parte.(1917-1975).p.729 y 730.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Históricamente, encontramos que el delito de violación ha sido tratado y sancionado severamente desde la época del Imperio Romano, posteriormente en las Leyes Españolas y en México, desde la -- época prehispánica.

SEGUNDA.- Los antecedentes legislativos del delito de violación, nacen con el Código Penal de --- 1871 y se trasmiten al de 1929 y 1931.

TERCERA.- Con la reforma a que fué sometido el artículo 265 que tipificaba el delito de violación surge un nuevo tipo descrito en el artículo 266 Bis,- el cual trata el delito de violación tumultuaria, con siderándose como un tipo gravado. En este mismo artículo aparecen otras figuras del delito de violación que no tienen características de violación tumultuaria, - pero que, por la calidad de los sujetos, se considera

II

también un tipo gravado, dichos sujetos son:

El ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, por el tutor en contra de su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de estos sujetos en los que existe cierto parentesco, existe también el tipo gravado, cuando los agentes activos son un profesionalista o un empleado público. Estos supuestos en cuanto a los sujetos es meramente unisubjetivo.

CUARTA.- Dogmáticamente hemos analizado el delito de violación tumultuaria, caracterizándose fundamentalmente porque:

Es un delito de acción, unisubsistente o plurisubsistente; En orden a los sujetos, es eminentemente plurisubjetivo; En orden al resultado, es material, instantáneo y de lesión; En orden al tipo, es -

complementado, subordinado y de formulación casuística.

QUINTA.- Las diferencias esenciales entre el delito de violación y el delito de incesto son:

a) En cuanto al bien jurídico tutelado:

En la violación es la libertad sexual,

En el incesto es la organización exogámica-
de la familia.

b) En cuanto a los medios:

En el delito de violación se utiliza la fuerza física o moral,

En el delito de incesto se presume la voluntad de los sujetos.

c) En cuanto a los sujetos:

En la violación, el sujeto activo debe ser de sexo masculino, y el pasivo puede ser cualquier --- persona, de cualquier sexo, con parentesco o sin él.

IV

En el delito de incesto, los sujetos deben-
ser necesariamente un hombre y una mujer, con la cali-
dad de ascendiente y descendiente o el parentesco con
sanguineo de hermandad.

d) En cuanto al elemento objetivo:

En la violación, la cópula es el ayuntamien-
to sexual con o sin eyaculación, por cualquier vía --
(anal, vaginal o los actos fellatorios).

En el incesto, la cópula debe de agotarse--
y se debe realizar por vía idonea (vaginal).

SEXTA.- Referente a la obscuridad que se --
presenta, en cuanto a la sanción aplicada cuando el--
profesionista o empleado público es agente activo del
ilícito de violación, debemos de entender que además-
de la sanción de destitución y suspensión en el car--
go o empleo, o en la profesión, se debe de aplicar tam-

=====

bién la pena de seis meses a dos años de prisión, ---
que impone el parrafo anterior y, según el caso que -
se presente las sanciones que establece el artículo--
265.

SEPTIMA.- El delito de violación admite la-
tentativa en sus dos formas, acabada e inacabada.

OCTAVA.- En el delito de violación, se pre-
senta la participación en sus diferentes grados.

NOVENA.- De la misma manera, en el ilícito-
de violación se presenta el concurso de delitos, en -
sus formas ideal y material.

BIBLIOGRAFIA

- (1) GONZALEZ BLANCO ALBERTO.
"Delitos Sexuales en la Doctrina y en el
Derecho Positivo Mexicano."
4a. Edición.
Editorial Porrúa, S.A.
México.1979.

- (2) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.
"Derecho Penal Mexicano." (Los Delitos).
16a. Edición.
Editorial Porrúa, S.A.
México.1980.

- (3) MOMMSEN TEODORO.
"El Derecho Penal Romano."
Traducido del Alemán por P. Dorado.
T-II y último.
La España Moderna.
Madrid.

- (4) CUELLO CALON EUGENIO.
"Derecho Penal." (Parte Especial).
T-II.
12a. Edición.
Editorial Bosch.
Barcelona.1967.

- (5) "LOS CODIGOS ESPAÑOLES, CONCORDADOS Y --
ANOTADOS."
T-IV.
Imprenta de la Públidad a cargo de M.--
Rivadeneyra.
Madrid.1848.

- (6) FLORIS MARGADANT GUILLERMO.
"Introducción a la Historia del Derecho-
Penal Mexicano."
2a. Edición.
Editorial Esfinge.
México. 1976.
- (7) "REVISTA DE DERECHO NOTARIAL MEXICANO."
Dirección Administrativa.
Asociación Nacional del Notariado Mexica
no A. C.
Vol-III.
Año-III.
No -9.
México, diciembre de 1959.
- (8) GENICEROS JOSE ANGEL Y GARRIDO LUIS.
"La Ley Penal Mexicana."
Ediciones Botas.
Imprenta, Manuel León Sánchez. S. C. I.
México. MCMXXXIV.
- (9) "PROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRI
TO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALI-
FORNIA."
J. S. Ponce de León, Impresor.
México. 1871.
- (10) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.
"La Reforma de las Leyes Penales en Mé-
xico."
Imprenta de la Secretaría de Relaciones
Exteriores.
México. 1935.
- (11) "CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRI-
TORIOS FEDERALES."
Edición Oficial.
Secretaría de Gobernación.
Talleres Gráficos de la Nación.
México, D. F. 1929.

- (12) "CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES."
2a. Edición.
Editorial Porrúa, S. A.
México.1957.
- (13) "CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL."
33a. Edición.
Editorial Porrúa, S. A.
México.1980.
- (14) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO.
"Ensayo Dogmático Sobre el delito de Violación."
3a. Edición.
Editorial Porrúa, S. A.
México.1980.
- (15) JIMENEZ HUERTA MARIANO.
"Derecho Penal Mexicano."
T-III.
3a. Edición.
Editorial Porrúa, S. A.
México.1978.
- (16) CARDONA ARIZMENDI ENRIQUE.
"Apuntamientos de Derecho Penal." (Parte Especial).
2a. Edición.
Cárdenas Editor y Distribuidor.
México.1976.
- (17) PACHECO FRANCISCO JOAQUIN.
"El Código Penal Concordado y Comentado."
T-III.
Sexta Edición, (corregida y aumentada).
Imprenta y Fundición de Manuel Tello.
Madrid.1888.

- (18) EXCO. SR. D. IGNACIO DE CASSO Y ROMERO
E ILMO. SR. D. FRANCISCO SERVERA Y JI-
MENEZ ALFARO.
"Diccionario de Derecho Privado."
T-I. Reimpresión.
Editorial Labor, S.A.
México.1961.
- (19) "ENCICLOPEDIA JURIDICA ESPAÑOLA."
T- Undécimo.
Francisco Seix, Editor.
Barcelona.1910.
- (20) EXCO. SR. D. IGNACIO DE CASSO Y ROMERO
E ILMO. SR. D. FRANCISCO SERVERA Y JI-
MENEZ ALFARO.
"Diccionario de Derecho Privado."
T-II. Reimpresión.
Editorial Labor, S.A.
México.1961.
- (21) DR. MUÑOZ LUIS.
"Derecho Civil Mexicano."
T-I.
1a.Edición.
Editorial Modelo.
México.1971.
- (22) "CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL."
28a.Edición.
Editorial Porrúa, S.A.
México.1971.
- (23) "ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA."
T-XIII.
Editores Libreros.
Buenos Aires.1964.

- (24) DE PINA RAFAEL Y DE PINA VARA RAFAEL.
"Diccionario de Derecho."
8a. Edición.
Editorial Porrúa, S.A.
México. 1979.
- (25) "DICCIONARIO LAROUSSE USUAL."
Editorial Larousse.
México. 1974.
- (26) MARTINEZ ROARO MARCELA.
"Delitos Sexuales."
1a. Edición.
Editorial Porrúa, S.A.
México. 1975.
- (27) CASTELLANOS TENA FERNANDO.
"Lineamientos Elementales de Derecho-
Penal." (Parte General).
Novena Edición.
Editorial Porrúa, S.A.
México. 1975.
- (28) MAGGIORE GIUSEPPE.
"Derecho Penal." (El Delito).
V-I.
5a. Edición.
Editorial Temis.
Bogotá. 1954.
- (29) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.
"Manual de Derecho Penal Mexicano."
4a. Edición.
Editorial Porrúa, S.A.
México. 1978.

- (30) CUELLO CALON EUGENIO.
"Derecho Penal."(Parte General).
T-I.
9a.Edición.
Editorial Nacional.
México.1961.
- (31) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO.
"Programa de la Parte General de Derecho Penal."
2a.Edición.
Dirección General de Publicaciones de la UNAM.
México.1968.
- (32) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO.
"Apuntamientos de la Parte General de --
Derecho Penal."
Quinta Edición.
Editorial Porrúa, S.A.
México.1980.
- (33) VILLALOBOS IGNACIO.
"Derecho Penal Mexicano!"(Parte General).
Tercera Edición.
Editorial Porrúa, S.A.
México.1975.
- (34) MENDOZA DURAN JOSE O.
"El Delito de Violación."
Colección Nereo.
Barcelona.
- (35) CORTES IBARRA MIGUEL ANGEL.
"Derecho Penal Mexicano."
1a.Edición.
Editorial Porrúa, S.A.
México.1971.

- (36) SOLER SEBASTIAN.
"Derecho Penal Argentino."
T-I.
4a.Edición.
Tipográfica Editora Argentina.
Buenos Aires.1970.
- (37) JIMENEZ DE ASUA LUIS.
"La Ley y el Delito."
4a.Edición.
Editorial Hermes.
México.Buenos Aires.1963.
- (38) FLORIAN EUGENIO.
"Parte General del Derecho Penal."
Traducido por, Ernesto Dihigo, Felix-
Martínez. Giralte.
T-I.
Imprenta y Librería 'La Propagandista.'
La Habana.1929.
- (39) VELA TREVIÑO SERGIO.
"Culpabilidad e Inculpabilidad."
Editorial Trillas.
México.1973.
- (40) REYES E. ALFONSO.
"Punibilidad."
Universidad Externado de Colombia.
Colombia.1973.
- (41) MAGGIORE GIUSEPPE.
"Derecho Penal."
V-II.
5a.Edición.
Bogotá.1954.

- (42) BETTIOL GIUSEPPE.
"Derecho Penal."(Parte General).
4a.Edición.
Editorial Temis.
Bogotá.1965.
- (43) FRIAS CABALLERO.
"El Proceso Ejecutivo del Delito."
2a.Edición.
Bibliográfica Argentina.
Buenos Aires.1956.
- (44) FONTAN BALESTRA CARLOS.
"Delitos Sexuales."
Editor Roque Depalma.
Buenos Aires.1945.
- (45) "JURISPRUDENCIA.TESIS DE EJECUTORIAS
1917-1975.APENDICE AL SEMANARIO JUDI
CIAL DE LA FEDERACION.SEGUNDA PARTE-
PRIMERA SALA.
- (46) JIMENEZ DE ASUA LUIS,
"Tratado de Derecho Penal."
T-III.
2a.Edición.
Editorial Lozada.
Buenos Aires.1958.
- (47) VON LISZT FRANZ.
"Tratado de Derecho Penal."
Traducido por, Jiménez de Asúa Luis.
T-III.
2a.Edición.
Editorial Reus.
Madrid.1929.