

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO DE
VIOLACION A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 265
Y SIGUIENTES DEL CODIGO PENAL VIGENTE.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA

ROBERTO CHARCAS CONTRERAS

MEXICO, D.F.

1973.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS HERMANOS:

**José Luis y Leonardo
con quienes he com-
partido la alegría de
vivir.**

A MI ABUELO:

**Sr. Juan Contreras Palacio
quien hizo de su trabajo -
un apostolado.**

AL SR. LIC.

Don Fernando Castellanos Tena
Paradigma del joven estudian-
te profesional y a quien debo
lo mejor de mis conocimientos.

AL SR. LIC. Y DR.

Don Pedro Hernández Silva
Hombre sencillo y docto -
maestro. A quien debo -
agradecer, por sus enseñan-
zas el llegar a la meta.

A LOS SRES. LICS.

Mario y José Manuel Valverde Garcés

Por su valiosa amistad y desinteresada
ayuda.

A MIS COMPAÑEROS:

De la Estudiantina Mixta de la
Facultad de Derecho de la UNAM

Con especial afecto a:

Lic. Augusto Herrera Berdeja

Lic. Arturo Becerra Rincón Gallardo

Lic. Jorge Arturo Santoyo Vazquez

Lic. Alejandro Ortíz Orduña

C.P. Guillermo Blanco Vega.

Lic. Agustín García Pastén

C.P. Carlos Mendoza Beltrán

Lic. Rodolfo Luna Rodríguez

Lic. Enrique Segundo Dueñas

CON CARÍÑO A:

Sra. Ma. Antonia Ch. de García

Sra. Concepción C. de Hernández.

y a:

PATY
TATO
MARIGELA
ROSALINDA
Y
JUAN ANTONIO

CON AGRADECIMIENTO A LOS SRES. INGS.
Ruperto Lara Anguiano y
Jorge de Lara Liceaga

A:
HIDALGO ESPARZA Y ANGELITA

A TINA

CAPITULO I
ANALISIS DOGMATICO JURIDICO
DEL DELITO DE VIOLACION

- 1.- Del delito en general.
- 2.- Escuelas que estudian el delito.
- 3.- Principales teorías que se avocan a su estudio.
- 4.- La teoría tetratómica.
- 5.- Los elementos del delito de violación a la --
luz de la teoría tetratómica.

ANALISIS DOGMATICO JURIDICO DEL DELITO DE VIOLACION.

1.- EL DELITO EN GENERAL.-

Filológicamente la palabra delito proviene del --
Supino delictum del verbo delinquere, a su vez integrado de --
linquere - dejar y del prefijo de, que en una connotación peyo-
rativa se toma como linquere viam o rectam viam: dejar o aban-
donar el buen camino.

A través del tiempo y del espacio se han elabo-
rado distintos conceptos de delito, sin embargo pretender elabo-
rar una definición acerca de lo que el delito es, valedera para
todo tiempo y lugar, constituye un craso error ya que éste como
producto de la realidad social, histórica y jurídica de los pue-
blos, modifica su conceptualización cuando los elementos del que es
una mera resultante se modifican también.

Sin embargo encontramos elementos constantes en
el aspecto material del delito que en un determinado momento -
nos pueden permitir elaborar un concepto acerca de lo que es el
delito.

Al respecto algunos autores nos dicen o definen
el delito en las siguientes formas:

Francisco Antolisei nos dice que: "Delito es --
aquel comportamiento humano que a juicio del legislador, con--
trasta con los fines del Estado y exige una pena criminal como-
sanción". (1)

(1) Antolisei Francesco. Manual de Derecho Penal. Parte Ge-
neral. Ed. Hispano Mexicana, Uthea Argentina. Buenos -
Aires. p. 142.

Para Max Ernesto Meyer "el delito es un acontecimiento Típico, antijurídico y culpable.

Jiménez de Asúa, afirma que "el delito es un acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a consideraciones subjetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción". (2).

Nuestra Legislación penal vigente en su artículo 7 define al delito como "el acto u omisión que sancionan las leyes penales". (3)

La jurisprudencia nos señala que el delito es "el acto antisocial y antijurídico que es una negación del derecho y está sancionado con una pena y causa una perturbación social". (4).

2.- ESCUELAS QUE ESTUDIAN EL DELITO. -

La inquietud en algunos espíritus por saber y tratar de definir lo que es el delito, a través del tiempo, llevó a la integración de diferentes escuelas que se encargaron de su estudio, y entre ellas las principales son:

- a) Escuela Clásica
- b) Escuela Positivista
- c) Escuelas Ecléticas.

(2) Jiménez de Asúa Derecho Penal Tomo II Edit. Rous Madrid.

(3) Código Penal. Edi. Porrúa. México 1967. Pág. 11.

(4) Anales de Jurisprudencia. Tomo II. p. 65.

ESCUELA CLASICA.- Recibe este nombre de sus detractores quienes queriendo caracterizarla de absoleta la llaman así. Su origen lo encontramos en el pensamiento de Francisco Carrara quien elabora una definición del delito cuyo análisis constituye el análisis de la escuela de referencia.

Carrara afirma que el delito es: "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso"(5).

Fragmentando la definición para su análisis, nos encontramos que conceptúa al delito como un ente jurídico puro y simple diferenciándolo de cualquier otra manifestación violatoria del orden social; lo denomina infracción de la ley en virtud de que un acto de conducta se convierte en delito hasta en cuanto no la contradice y lo sitúa por lo mismo en el mundo fáctico, estableciendo con esto la diferencia con otro tipo de manifestaciones probables de conducta, como los deseos y las intenciones, circunscribiendo al delito sólo a los actos humanos de expresión material.

Puntualiza, además, la imputabilidad intrínseca moral; al afirmar que el ilícito es el resultado directo del discernimiento basado en el libre albedrío.

Finalmente hace resaltar la trascendencia social del delito que justifica la sanción impuesta por el grupo social.

(5) Carrara Francisco. Programa del Curso de Derecho Penal. Parte General. Tomo I Editorial de Palma. Buenos Aires. 1944. p. 60.

De este análisis se desprenden como principales características de la escuela clásica:

- 1.- Método lógico abstracto.
- 2.- Imputabilidad basada en el libre albedrío.
- 3.- Delito como ente jurídico.
- 4.- Pena como medio de tutela jurídica.

ESCUELA POSITIVISTA.- Constituye la negación de la escuela clásica a pesar de ser la base en que se sustenta, y su idea fundamental es la de considerar al delito como un hecho de inevitable aparición producto de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos, lo que constituye la negación de la existencia del libre albedrío; entre sus principales expositores encontramos a Enrique Ferri, Rafael Garófalo y César Lombroso.

Lombroso llegó a afirmar que existen seres humanos fatalmente impelidos para delinquir, ya que los mismos orgánicamente están dispuestos a ello por causas anormales hereditarias.

Enrique Ferrari acorde con esta teoría la amplía con causas atribuibles al medio ambiente, diciendo que las disposiciones orgánicas congénitas del individuo afloran más rápidamente en determinados medios .

Rafael Garófalo principal exponente de esta corriente positivista, elabora un concepto de delito natural, distinguiéndolo del delito legal. Al primero lo define como "la violación de los sentimientos altruistas de probidad y piedad en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad " (6); en cuanto al segundo nos dice que --

(6) Castellanos Tena Fernando. Lineamiento Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. 4a. Edición. México 1967. Pág. 62.

"es la actividad humana que, contrariando a la ley penal, no es lesiva de aquellos sentimientos".

Se apuntan como principales características de esta escuela:

1.- Negación del libre albedrío humano. (El delincuente es un ser anormal y el delito es tan sólo un síntoma revelador de su peligrosidad).

2.- El delito es un fenómeno de carácter natural, inevitable y clínicamente previsible.

3.- En tal virtud, la sociedad debe defenderse importando más para tal efecto, la prevención que la represión de los delitos.

4.- Las penas deben ser impuestas en razón de la peligrosidad del autor y no del delito en sí.

5.- Siendo fundamental en esta corriente la experiencia y la observación de los fenómenos naturales, el método adecuado a la misma es el inductivo o experimental. (7).

ESCUELAS ECLECTICAS.- Como su nombre lo indica, estas escuelas no son más que el resultado de la conjunción de las dos anteriores ya que solo aceptaron parcialmente sus postulados.

(7) Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. Pág. 62.

Las más importantes son la Escuela del Positivismo Crítico o Terza Scuola localizada en Italia y la Escuela Sociológica o Joven Escuela que se desarrolla en Alemania.

El principal exponente de la Terza Scuola fue -- Bernardino de Alimena quien detrás de su postura ecléctica admite los siguientes elementos de las anteriores:

De la escuela Clásica toma el principio de la imputabilidad y de responsabilidad moral.

De la Positivista toma la negación del libre albedrío, la concepción del delito como fenómeno individual y social, inclinándose hacia el estudio científico del delincuente.

Según Eugenio Cuello Calón los principios básicos de la Terza Scuola son los siguientes:

a).- Imputabilidad basada en la dirigibilidad de los hechos del hombre.

b).- La naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica.

c).- La pena tiene como fin la defensa social. (8)

Por lo que toca a la corriente alemana llamada -

(8) Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Parte General Editora Nacional S.A. 9a. Edi. México, 1961. Pág. 103

escuela sociológica o Joven Escuela, nos encontramos con que Franz Von Litz, para quien el delito es un producto de la conducta humana voluntaria, condicionada empero por elementos medio-ambientales, - encontramos un dualismo evidente en su pensamiento al conceptuar al delito como ente jurídico por una parte y como fenómeno natural por otra, razón por la cual utiliza métodos jurídicos por un lado y experimentales por otro.

3.- PRINCIPALES TEORIAS QUE SE AVOCAN EN SU ESTUDIO. - Existen fundamentalmente dos maneras de conceptuar al delito:

- a).- La noción jurídico formal.
- b).- La noción jurídico substancial.

La primera de ellas nos lleva a la noción del delito mediante el estudio de la ley en sí misma, o sea, el delito no es más que el conjunto real de los presupuestos de la pena y el estudio de esta lo conforma y condiciona. Esta conceptualización formalista del delito impide llegar a su esencia limitando su estudio.

La noción jurídico substancial del delito, por el contrario, pretende llegar a la esencia misma del delito mediante el estudio y análisis de sus elementos integrantes, pero sin dejar de considerarlo como una unidad.

Dentro de esta corriente son tres las teorías que se ocupan de su estudio:

- a).- La teoría o Sistema Unitario o Totalizador.
- b).- La teoría Atomizadora o Analítica.
- c).- La teoría Sintética.

LA TEORIA UNITARIA O TOTALIZADORA.- Considera que el estudio del delito presupone la indivisibilidad del mismo y que el conocimiento del delito se logra mediante el análisis del conjunto y no de sus partes "pues su verdadera esencia, la realidad del delito no está en cada uno de sus componentes y tampoco en la suma de los mismos sino en el todo y en su intrínseca unidad y que sólo mirando al delito bajo este perfil, es posible comprender su verdadero significado" (9), el delito es como un gran block monolítico el cual pretende o puede presentar diversos aspectos, pero no es de modo alguno fraccionable.

LA TEORIA ATOMIZADORA O ANALITICA.- Señala que el delito se encuentra integrado por elementos fundamentales y que es necesario para su estudio desmembrarlo sin que ésta sea una negación de su unidad substancial y jurídica. Con respecto a los elementos que integran el delito, no existe una uniformidad de criterios, es por ello que dentro de esta corriente hay teorías que van desde considerarlo integrado por dos elementos (Teoría Bitómica), hasta siete (Teoría Heptatómica).

LA TEORIA SINTETICA.- Consiste fundamentalmente en el estudio del delito primeramente desde un punto de vista general, analizando después sus elementos desde el punto de vista funcional, integrándose posteriormente en un síntesis del conjunto.

4.- LA TEORIA TETRATOMICA.- Esta teoría fue elaborada por -- Edmundo Mezger quien define al delito como "la acción típicamente antijurídica y culpable", y nos dice que, "las características de acción, antijuricidad y culpabilidad se conciben ante todo como determinadas situaciones de hecho sobre las que reside el jui-

(9) Antolisei Francesco. Manuale de Diritto Penale. Parte General. 3a. Edición. Méjico. 1965. Pág. 143.

cio del Juez y por tanto, constituyen presupuestos indispensables de dicho juicio para la imposición de la pena.- Agregando que no debemos olvidar que las características se hallan en último extremo en el mismo juicio del que juzga su valoración definitiva; su comprobación no puede tener lugar mediante un simple juicio - sino que lleva en si una determinada valoración normativa del Estado". (10).

De su definición de delito se desprenden los elementos esenciales del mismo: la acción, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, teniendo este último a manera de presupuesto indispensable, la imputabilidad.

Esta teoría, ha tenido mucha aceptación por parte de los estudiosos de Derecho Penal en nuestro País, por lo que es menester que, aún cuando sea en forma somera, realicemos un análisis de los elementos del delito de violación dentro de la teoría Tetratómica.

5.- LOS ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACION A LA LUZ - DE LA TEORIA TETRATOMICA.-

a).- El elemento objetivo: La conducta.

En términos generales, en materia penal lo entendemos como el comportamiento humano voluntario, activo u omisivo dirigido al logro de un fin, y originario de ilícitos penales.

Ahora bien, en el delito de violación el elemento objetivo se constituye por el acceso carnal violenta. Al respecto la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que para que exista el delito de violación, se requiere el hecho de acceso

carnal con persona de uno u otro sexo que es lo que constituye - la materialidad de este delito. (11).

En orden a la conducta podemos clasificar a la violación:

Como un delito de acción: - Dado que el elemento objetivo lo constituye la cópula o acceso carnal, la violación sólo puede cometerse por un hacer o sea que es un delito - de acción ya que no puede revestir las formas de delito de omisión o de comisión por omisión.

En orden al número de sus actos: - Como un delito unisubsistente o plurisubsistente. Porque si la violación se consuma con la realización de un solo acto o de varios, evidentemente se trata de un delito unisubsistente o plurisubsistente.

En orden al resultado, la violación es un delito:

a).- 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 material sin modificación en el mundo exterior.

b).- Instantáneo, porque tan pronto se realice - desaparece o se agota la consumación.

En orden al daño que causan: De lesión y no de peligro, porque al realizarse la cópula violenta, se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley.

(11) Semanario Judicial de la Federación. LXXX. Pág. 5274.

Ausencia de conducta.- Estimamos que el aspecto negativo de la conducta en la violación no se presenta, ya que para ello sería necesario que la cópula se realizara contra las voluntades tanto del sujeto activo como del pasivo, lo cual es imposible.

b).- LA TIPICIDAD.-

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.- Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. - (12).

Es necesario no confundir a la tipicidad con el tipo pues si bien éste constituye el presupuesto indispensable para la aparición de la tipicidad, no se identifica con ella.

El tipo es el conjunto de elementos descriptivos de un delito, y en ocasiones, la descripción del elemento objetivo del mismo es un concepto técnico legal de origen legislativo en tanto que la tipicidad es la concreción material y formal de la conducta humana a dichas disposiciones.

El primero pertenece al mundo abstracto de la técnica jurídica y la segunda al mundo de la realidad.

(12) Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. 4a. Edición 1967. P. 157 y 158.

La tipicidad en el delito de violación consistirá en la adecuación de la conducta a la hipótesis prevista en el artículo 165 del Código Penal o sea la realización de una cópula - por medio de la violencia física o moral en persona sea cual fuere su sexo.

El tipo sería la descripción que el texto legal hace del delito y del cual no hacemos en este apartado ningún análisis ya que precisamente constituye el contenido del siguiente capítulo.

En orden al tipo, podemos clasificar al delito de violación en:

- 1.- Por su ordenación metodológica: En Fundamental o básico, porque constituye la esencia o fundamento de otros tipos. Debemos hacer una salvedad por lo que se refiere a la violación - sobre impúberes y a la tumultuaria, ya que al haber una agravación de la pena, se convierte en delito cualificado o complementado.
- 2.- Por su autonomía o independencia: En Autónomo o independiente, en razón de que el delito de violación tiene vida propia, es decir, que existen en sí y por sí.
- 3.- Por su formulación: En Casuístico o alternativamente formado - en cuanto a los medios, ya que su realización puede llevarse a cabo por medio de la violencia física o moral.
- 4.- Por su composición: En Normal, al no contener elementos normativos, que son aquellos que requieren por parte del juez -- una previa actitud valorativa de la ilicitud; ni elementos subjetivos, que son aquellos referidos a los estados anímicos del -

sujeto activo y que hacen referencia a la culpabilidad.

Aspecto Negativo: Atipicidad

La atipicidad vendría a ser la falta de adecuación del actuar humano a la hipótesis legislativa consagrada en el tipo por falta de alguno de los supuestos que en el mismo se exigen o por la totalidad de ellos.

Las causas de atipicidad que pueden presentarse -
son:

- a).- Ausencia de referencias relativas al elemento objetivo del tipo.
- b).- Ausencia de referencias relativas al elemento subjetivo del tipo.
- c).- Ausencia de referencias relativas al elemento normativo del tipo.

Estas dos últimas causas de atipicidad no se presentan en el delito de violación, ya que el tipo no exige ni elementos normativos, ni elementos subjetivos; y así nos encontramos con que la atipicidad en este delito solo puede darse en razón de los medios exigidos por el tipo: violencia física o moral; es decir, - la ausencia de ellos lo que implica la concurrencia del consentimiento del sujeto pasivo, produciéndose una atipicidad porque el tipo descrito por la ley requiere de cópula realizada contra la - voluntad del ofendido.

Esta es la única causa de atipicidad que funciona en el delito de violación, ya que tampoco podría hablarse de atipicidad por falta de calidad en los sujetos o por ausencia de referencias temporal o espacial ya que el tipo no las exige. Esto no opera en la violación impropia y en la tumultuaria, donde si se requieren esas calidades para la integración del tipo.

c).- LA ANTIJURIDICIDAD.-

La antijuricidad o ilicitud, es, en términos generales la conducta típica que viola la norma jurídica sin que concurre ninguna causa de justificación.

Al respecto Porte Petit nos dice: "que una conducta o un hecho son ilícitos cuando siendo típicos no están protegidos por causa de justificación. (13).

El maestro Castellanos Tena expresa: "como antijuricidad es un concepto negativo, un Anti, Lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario a Derecho. (14).

Ahora bien, ya referida la antijuricidad al delito de violación, nos encontramos con que la conducta es antijurídica todas las veces que concurriendo completamente los extremos del delito no concurren las causas de exclusión del delito o sea que el acceso carnal es ilegítimo cuando se realiza con persona respecto de la cual no tenga el agente derecho al coito.

(13) Porte Petit Celestino. Programa de la Parte General de Derecho Penal UNAM. 1968.

(14) Castellanos Tena Fernando Ob. Cit. P. 169.

Aspecto Negativo: Causas de Licitud.

El aspecto negativo de la antijuridicidad son las causas de licitud, que son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica.

Las principales causas de licitud son:

Legítima defensa
Estado de necesidad
Cumplimiento de un deber
Ejercicio de un derecho
Obediencia Jerárquica
Impedimento Legítimo.

Para que las causas de licitud operen es necesario que la ley las consigne expresamente.

En el delito de violación consideramos que no opera ninguna de las causas de licitud.

d).- LA CULPABILIDAD.-

Antes de referirnos a la culpabilidad es necesario que hagamos referencia a la imputabilidad, presupuesto indispensable de la existencia de aquella.

La imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollos mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo; es decir, es la capacidad de entender y de querer en el campo --

del Derecho Penal y en razón de ello se dice que cuando el sujeto carece de esa capacidad es un inimputable.

Las principales causas de inimputabilidad en general son: los estados de inconciencia involuntaria, el miedo grave, la minoría de edad; y se incluyen además por algunos autores, la sordomudez, el hipnotismo, el sonambulismo y el sueño.

Ya refiriéndonos al delito de violación en particular nos encontramos que sólo se da una causa de inimputabilidad en este delito y éste es el trastorno mental transitorio, no adecuada a los supuestos de la teoría de las acciones libres en su causa.

Ahora bien, analizada ya la imputabilidad podemos pasar al análisis de la culpabilidad.

La culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y en consecuencia supone la relación intelectual y emocional del sujeto hacia la infracción penal.

La culpabilidad reviste principalmente, 3 formas de presentación:

- a) El dolo.
- b) La culpa.
- c) La preterintencionalidad.

a).- El dolo.- Se define como el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico. Al dolo se le clasifica en:

Dolo Directo cuando hay correspondencia entre el resultado y la intención del agente.

Dolo Indirecto cuando el agente se propone un fin, pero sabe que su realización implica el lesionar intereses jurídicos distintos al deseado.

Dolo Indeterminado que es el que contiene una intención genérica de cometer un ilícito penal, pero sin determinar el resultado delictivo que se desea.

Dolo Eventual que se presenta cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de ello no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.

b).- La Culpa.- Esta se define como la realización de una conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero este surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia las cautelas o precauciones legalmente exigidas.

A su vez la culpa podemos clasificarla como:

Culpa Consciente que es aquella que se presenta cuando previniéndose un resultado típico y antijurídico de la conducta, se realiza con la esperanza de que aquel no se presente.

Culpa Inconsciente que es aquella en la que el sujeto realiza una conducta típica y antijurídica sin prever el resultado evitable con cautela y diligencia.

Ya referida la culpabilidad al delito a estudio, - encontramos que será culpable aquel que al tiempo de la comisión del delito de violación, posea la relación intelectual y emocional respecto del mismo.

El delito de violación sólo admite la culpabilidad en forma de dolo directo, y esto es obvio ya que si para que se integre el mencionado ilícito es menester que se realice la cópula por medio de la violencia física o moral no puede negarse la existencia del dolo directo, ya que no puede concebirse la existencia de tales medios sin la concurrencia de esta forma de la culpabilidad.

Aspecto Negativo: Inculpabilidad.-

El aspecto negativo de la culpabilidad es la inculpabilidad que resulta de la inexistencia de alguno de los elementos esenciales del delito, que un plano de consecución racional y no temporal, anteceden a la culpabilidad.

Las causas de inculpabilidad son el error, la no exigibilidad de otra conducta, la coacción sobre la voluntad, la obediencia jerárquica y las eximentes putativas.

En la violación, la inculpabilidad se da exclusivamente bajo la forma de:

a).- Error de Licitud, sólo en el caso de quien considera que debe el ejercicio de un derecho con relación a la cópula normal entre cónyuges, es decir sería el caso de quien llevara a cabo la cópula por medio de la violencia, con una persona creyéndola su cónyuge.

b).- No exigibilidad de otra conducta.

La Preterintencionalidad es de naturaleza mixta, compuesta de dolo y culpa. Es la suma de dos resultados, uno - querido y otro no querido, previsto o no previsto.

Se dice que son elemento en algunos delitos, aun que no de carácter esencial las condiciones objetivas de punibilidad, sin embargo en el delito de violación no se presentan por lo que no hacemos ninguna referencia sobre ellas.

CAPITULO II
EL DELITO DE VIOLACION
EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA

- 1.- Antecedentes Históricos.
- 2.- Concepto del delito.
- 3.- La violación en la Legislación
Penal Mexicana: Elementos --
del tipo.
- 4.- El bien jurídico objeto de la -
tutela.
- 5.- La violación impropia.

CAPITULO II

EL DELITO DE VIOLACION

EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA.

1.- Antecedentes Históricos.- El delito de violación se ha caracterizado a través del tiempo por el rigor con que ha sido castigado, así en el Derecho Romano encontramos a la violación como un delito de coacción al que la Lex Julia de vi Pública castigaba con la pena de muerte (1).

El Fuero Juzgo en la ley 14, título 5, Libro III, imponía la pena de azotes si el culpable era hombre libre, convirtiéndose en siervo de la mujer cuando la hubiere forzado, y si era esclavo se le condenaba a ser quemado vivo.

Las Leyes de Partidas, concretamente la Ley Tercera, Título segundo, Página VII, imponía al violador la pena de muerte debiendo pasar a poder de la víctima todos los bienes del culpable.

El Código Penal Francés que es de los ordenamientos penales en vigor el más antiguo, ya que data de la época Napoleónica, impone la pena de trabajos forzados a la persona que viole a los menores de 15 años.

Nos bastaría un breve análisis de las legislaciones

(1) El Derecho Penal Romano. Traducción Española, Madrid, sin fecha. Tomo II, Pág. 127.

penales vigentes en el mundo para considerar que el delito de violación es una de las hipótesis penales sancionadas con mayor severidad, así el Código Penal Italiano en vigor al definir los delitos conta la libertad sexual, señala una pena de 3 a 16 años de prisión a quien mediante la violencia o la amenaza tenga relación sexual con una persona.

En la Legislación Mexicana encontramos que en el Código penal del 7 de diciembre de 1871 y en el de 30 de septiembre de 1931, en la actualidad vigente, se establecieron penas diversas, aunque no trascendentales para los culpables del delito de violación.

2.- Concepto del delito.- Sobre el delito de violación se han elaborado diversas definiciones como diversos son los autores que se han ocupado de su estudio, y si bien algunos de ellos no coinciden con respecto a algunos elementos objetivos - están totalmente de acuerdo en cuanto a su esencia, así Maggiore define a la violación diciendo que consiste "en obligar a alguno a la unión carnal por medio de violencia o amenazas". (2).

Carrara nos habla de que la violación "es el conocimiento carnal sobre una persona renuente obtenido con el uso de la violencia verdadera o presunta". (3).

Para Fontán Balestra "es el acceso carnal logrado contra la voluntad de la víctima". (4).

(2) Maggiore. Derecho Penal. Parte Especial, IV, pág. 56.
4a. Edición, Editorial Temis Bogotá, 1955.

(3) Programa de Derecho Criminal. Francisco Carrara. Vol. II
pág. 224.

(4) Fontán Balestra. Derecho Penal. Parte Especial. pág. 245.
Buenos Aires. 1959.

Pezzolini dice que "es la conjunción de una persona del uno o del otro sexo obtenida mediante el constreñimiento físico o moral efectivo o presunto mediante el fraude". (5)

Sebastián Soler entiende por violación "el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta". (6).

Como estos conceptos podríamos citar varios más, - sin embargo creemos que son suficientes para ilustrarnos y darnos - la idea de lo que debemos entender por violación, que es, en sencia, el acceso carnal con persona sea cual fuere su sexo, obteniendo mediante la violencia física o moral.

3.- La violación en la Legislación Penal Mexicana: Elementos del tipo. - En la Legislación Penal Mexicana, en la actualidad vigente el Código Penal de 1931, corresponde al artículo 265 reglamentar el delito de violación de la siguiente manera:

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 mil a cinco mil pesos. Si la persona ofendida fuere imúber, la pena será de cuatro a diez años y la multa de cuatro mil a ocho mil pesos". (7).

Ahora bien del tipo legal descrito, podemos despren

- (5) Pazzolini Piero. Del delitti contro il buon costume el ordine delle famiglie. pág. 35.
- (6) Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo III, pág. 432. Buenos Aires, 1956.
- (7) Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. Editorial Porrúa. México, 1970.

der ciertos elementos que merecen un análisis, que si bien no sea exhaustivo, si nos permitan conocerlos, ya que ese conocimiento nos va a permitir determinar cuando queda integrada la violación al tipo legal.

El primer elemento es el acceso carnal o cópula violenta.- Ahora bien, respecto a ello se plantea la interrogante de lo que debemos entender por cópula.

El concepto de cópula y el momento de su realización ha sido motivo de discusión entre los diferentes autores, -- así mientras para otros existe ésta con el simple contacto del órgano sexual masculino con las partes pudendas de la víctima, para otros es necesaria la introducción por vía vaginal; algunos autores van más allá al elegir para su consumación la eyaculación.

Frías Caballero sostiene que la cópula se consuma con la simple introducción del órgano masculino, aunque sea en -- grado mínimo, en el orificio vulvar o anal sin ningún resultado ulterior. (8).

Jiménez de Asúa nos dice que la cópula es la -- unión del miembro masculino con la abertura vulvar y la introducción más o menos completa del mismo.

El texto legal al hablarnos de la cópula nos dice... el que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo....., es decir que -- la cópula que la ley exige no requiere de la total y plena consu

(8) Frías Caballero. El proceso ejecutivo del delito. pág. 277. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1956.

mación del acto fisiológico, ya que para integrar dicho elemento es suficiente el ayuntamiento carnal aún cuando no haya eyaculación.

La cópula se consuma cuando el órgano sexual -- masculino penetra en el orificio vulvar con o sin la seminatión intravas. (9).

Por otra parte al prescribir el texto legal "cópula" con persona sea cual fuere su sexo, abre la probabilidad de una cópula anormal, es decir, no constriñe la figura delictiva al ayuntamiento normal.

Así la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido el criterio de que en el delito de violación, el elemento cópula debe tomarse en su más amplia acepción o sea en 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 haya llegado a realizarse completamente. (10).

Es decir que en el texto legal quedan comprendidas las hipótesis de cópula normal de varón a mujer por vaso idóneo o sea por vía vaginal y la cópula anormal sea ésta homosexual masculina o de varón a mujer por vasos no idóneos.

Segundo Elemento: El sujeto pasivo del delito. - Dice textualmente el artículo 265:... que la acción recaiga sobre

(9) Porte Petit Celestino. Ensayo Dogmático sobre el delito de violación. Editorial Jurídica Mexicana. Pág. 19. México, 1966.

(10) Semanario Judicial de la Federación. 2a. Parte. 6a. Epoca XII, pág. 89.

persona sea cual fuere su sexo....

Con respecto a este segundo elemento no se establece delimitación alguna, ya que pueden ser sujetos pasivos del delito, el hombre o la mujer, principio que no opera en cuanto al sujeto activo ya que este papel se limita en forma exclusiva al varón.

Algunas legislaciones como la Danesa, Sueca, Portuguesa, Holandesa y algunas Latinoamericanas, limitan el papel del sujeto pasivo en forma exclusiva a la mujer.

La edad y el mayor o menor desarrollo fisiológico sexual son irrelevantes para la composición jurídica del delito. -- Asimismo es indiferente que la acción recaiga en persona de conducta sexual dudosa o deshonesta, ya que el bien jurídico tutelado es precisamente la libertad sexual.

En el delito de violación se pueden presentar las siguientes hipótesis verosímiles en cuanto al sujeto pasivo:

- a) Cópula de varón a mujer por vía natural.
- b) Cópula de varón a mujer por vía contra natural es decir por vaso no idóneo.
- c) Cópula homosexual masculina de varón a varón; se excluye el frotamiento lésbico homosexual femenino, ya que en él no existe el fenómeno copulativo o ayuntamiento dada la ausencia de introducción viril.

Tercer Elemento: ausencia de voluntad en el sujeto pasivo. - Es precisamente la ausencia de voluntad del sujeto pasivo el tercer elemento del tipo legal y aún cuando éste en su expresión literal no incluya, ya que en el nuevo artículo se suprimió

la fórmula "sin la voluntad de ésta", la no aceptación del sujeto pasivo, se presupone al hacer uso de la violencia física o moral - para la obtención de la cópula.

Y para la conformación del tipo de este delito, es imprescindible que la cópula se efectúe sin la voluntad de la víctima.

Cuando un individuo acepta que en su cuerpo se lleven a cabo actos de masoquismo, fuerza o extrema crueldad, - durante o con motivo de la relación sexual, el consentimiento hace desaparecer o impide la configuración del delito de violación - por ausencia del tercer elemento constitutivo del mismo.

Con respecto al sadismo, el sujeto activo se transforma en violador cuando por crueldad, fuerza a otro a la realización del acto sexual; pero el amante sádico no es necesariamente violador cuando emplea la violencia pero realiza la cópula con el consentimiento del sujeto pasivo, pero sin embargo cuando derivados del uso de la fuerza se conformen otros delitos (lesiones, homicidio), el sujeto lesionador es responsable de los delitos emergentes, ya que si bien mediante el consentimiento del ofendido se destruye la tipicidad de la violación, no se evita la existencia de -- otras infracciones que aparezcan consumadas.

"La ausencia de consentimiento aunada a la violencia es lo que da su tono diferencial a la violación y lo que permite sentar las diferencias con el estupro ya que en éste la mujer - siempre acepta el concubito. Por ésto puede decirse que la violación es el robo sexual y que el estupro, al menos en su modalidad engañosa, es el fraude sexual". (11).

(11) González de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano - 8a. Edición Editorial Porrúa. México D. F. 1966. pág. 386.

Cuarto Elemento: El uso de la violencia física o moral. - El cuarto elemento constitutivo del delito de violación consiste en que el sujeto pasivo es vencido en su resistencia por la violencia, pudiendo ser ésta:

- a) Física
- b) Moral

Ahora bien, hablaremos primero sobre lo que debemos entender por violencia física, esta según su acepción generalizada es el abuso de la fuerza, la coacción ejercida sobre una persona para obtener su aquiescencia en un acto jurídico. (12).

Aplicado el concepto al campo penal debemos entender por violencia física también desde un punto de vista general, la fuerza material que se hace en un sujeto para llevar a cabo la consumación de un delito; y ya concretamente aplicado al delito de violación, debemos entender por ella "la fuerza de naturaleza material suficientemente desplegada en el sujeto pasivo para la obtención de la cópula". (13).

La doctrina señala tres elementos para conformar la violencia física.

1) Que ésta recaiga directamente sobre el sujeto pasivo, es decir que éste debe ser el directamente afectado y objeto de la violencia.

2) Que la fuerza material sea suficiente para ven

(12) Pequeño Larousse Ilustrado. Edit. Larousse. 5a. Edición. Méx. 1969 Pág. 1066.

(13) Porte Petit Celestino. Ob. Cit. Pág. 22.

cer la resistencia del sujeto pasivo. Resistencia que por otra parte debe ser seria y constante, es decir seria porque no debe ser un simulacro para fingir honestidad sino realmente expresadora de una voluntad contraria y constante o sea sostenida hasta el último momento y no simplemente iniciada para después abandonarla para -- aceptar el mutuo goce.

"Chaveau y Hélie nos dicen "que dada la dificultad de probar la violencia en los casos secretos en que la resistencia tiene sus grados y la voluntad sus caprichos había llevado a los antiguos jurisconsultos a establecer ciertas presunciones de las que se deducía su existencia. Así para que una queja por violación fuera acogida era necesario:

a) Que una resistencia constante y siempre igual -- hubiera sido opuesta por la persona presuntamente violentada porque es suficiente que esa resistencia haya cedido algunos instantes para hacer presumir el consentimiento.

b) Que una desigualdad evidente existiera entre la víctima y la fuerza de su asaltante porque no se puede suponer la violación cuando se tienen los medios necesarios para resistir y no se hace uso de ellos.

c) Que haya proferido gritos o llamados en su socorro, es decir manifestaciones orales del ataque de que es víctima.

d) Que quedaran algunas huellas impresas sobre la persona que atestiguen la fuerza brutal a la cual tuvo que ceder".
(14)

(14) Chaveau y Hélie. Theorie du Code Penal. 6a. Edición.
París 1887 Tomo IV. Párrafo 1580.

Es característico de la violencia física el que se coaccione corporalmente al sujeto pasivo para realizar en él la cópula, mediante acciones que van desde la simple manipulación violenta, el uso de mordazas y ataduras, hasta las lesiones y el homicidio.

Analizada ya la violencia física, nos toca ahora hacer lo correspondiente con la violencia moral. Se dice que ésta existe cuando el delincuente amaga o amenaza a una persona con un mal grave presente o inmediato, capaz de intimidarla.

El maestro Celestino Porte Petit indica que debemos entender por violencia moral en el delito de violación, la exteriorización al sujeto pasivo de un mal inminente o futuro capaz de constreñirlo para realizar la cópula. (15).

La violencia moral se constituye en elemento de la violación, porque de la misma manera que la violencia física domina el cuerpo del hombre, la violencia moral suspende o impide el libre ejercicio de la voluntad produciendo análogos resultados a la fuerza física.

En ella como en la vis compulsiva se dan los mismos elementos, es decir, que para que se integre es necesario que sea seria, grave y de la cual derive un mal inmediato o futuro.

Por otra parte la gravedad del miedo o lo fundado o irresistible del temor son valores variables que deben ser apreciados stricto sensu por el juzgador en cada caso específico teniendo en cuenta la gravedad de la amenaza y la naturaleza más o menos débil del amenazado, ya que la vis compulsiva no limita en

(15) Porte Petit Celestino. Ob. Cit. Pág. 24.

forma absoluta la posibilidad de actuar. De esta manera han qu
dad expresados en forma somera los cuatro elementos que integran
el tipo penal en el Código Vigente.

4.- El bien jurídico objeto de la tutela.- El ob-
jeto de la tutela penal en el delito de violación es indudablemen-
te la libertad sexual al sufrir la víctima, impositivamente ya sea
mediante el uso de la violencia física o moral, una cópula que -
no se desea, y esto, indudablemente constituye contra la libertad-
sexual el máximo ultraje.

Algunos autores pretenden ver como objeto de la -
tutela otros valores. Así para algunos el bien jurídico lesionado -
es la honestidad o sea el pudor individual, diciendo que si bien -
la violación entraña un ataque a la libertad sexual, no es ésta el
bien jurídico tutelado, sino el sentido del pudor que resiste a las
relaciones sexuales fuera de la normalidad y moralidad. (16).

Otra corriente asegura que el bien jurídico es la -
libertad individual, en cuanto que cada quien tiene derecho a ele
gir el objeto de su actividad sexual.

Por último hay quienes afirman que el objeto de -
la tutela penal es la inviolabilidad carnal.

Es nuestra opinión, fundada en la hipótesis legal,
el bien jurídico tutelado es la libertad sexual, ya que la víctima
sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, -
atacándose así el derecho personal a la libre determinación de su
conducta en materia erótica.

(16) Gómez. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, páginas 87 y
88. Buenos Aires. 1940.

Convergiendo con nuestra opinión los tribunales - han resuelto que "el delito de violación no protege la virginidad - ni la honestidad sino la libertad sexual; (17) que "el bien jurídico tutelado por el legislador al estatuir el delito de violación, es la libertad sexual de cualquier persona, por lo que el hecho de que la ofendida no hubiese sido virgen, no excluye de responsabilidad al sujeto activo de la infracción". (18) . Que siendo la violación un delito que atenta contra la libertad y seguridad sexuales, la - forma en que la víctima pueda oponer resistencia al yacimiento im- puesto requiere facultad de defenderse para frustrar el ataque y es incuestionable que no habrá tal posibilidad si por alguna circuns- tancia, la parte ofendida no puede resistir, por lo que, si la ofen- dida no pudo oponer resistencia al yacimiento debido a la debili- dad mental que presentaba, o sea, que si biológicamente podía ser púber, mentalmente tenía edad infantil, fue correcta la equipara- ción del acto consumado por el agente al delito de violación pro- pia". (19). En fin que "el bien jurídico objeto de la tutela penal en el delito de violación, concierne esencialmente a la libertad - sexual contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia cons- tituye la máxima ofensa ya que el agente activo realiza el acto -- sexual bien por la fuerza material en el cuerpo del pasivo, anulando así su resistencia, bien por el empleo de amagos, constreñimien- tos síquicos o amenazas de males graves, por los que se le impide resistir, independientemente del hecho de que el uso de esa violen- cia, no haya dejado huellas materiales en el cuerpo del ofendido". (20).

5.- La Violación Impropia.- Nos encontramos -- con que nuestra legislación, como la mayoría de las legislaciones, - incluye dentro de la violación o como una nueva especie de ella -

(17) Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXV. Pág. 117 - 6a. Epoca 2a. Parte.

(18) IBIDEM Tomo XX, Pág. 180, 6a. Epoca, 2a. parte.

(19) Semanario Judicial de la Federación. Tomo . pág. 180, - 6a. época . 2a. Parte.

(20) IBIDEM. C.V. Pág. 829. 5a. Epoca.

a la figura conocida en la doctrina como violación presunta, que consiste en términos generales en el ayuntamiento carnal con personas de corta edad incapaces de resistirse o conducirse voluntariamente en sus relaciones sexuales. Esta hipótesis; sin embargo, no requiere para su integración del elemento violencia, que es la esencia del delito de violación, por lo que no puede con propiedad ser clasificado como especie de aquella. Además, como los bienes jurídicos comprometidos o dañados por esas acciones delictuosas no violentas, son a veces distintas de la mera libertad sexual, mas bien constituyen modalidades de un delito especial, autónomo en su descripción legislativa, provisto de sus propios elementos constitutivos y distinto de la violación propiamente dicha, o la que puede equipararse para los efectos exclusivos de la aplicación de las penas. (21).

(21) González de la Vega. Ob. Cit. Pág. 397.

CAPITULO III
LA REFORMA A LOS ARTICULOS 265 y 266
DEL CODIGO PENAL Y LA CREACION DEL ARTICULO 266 Bis.

- 1.- La iniciativa de la Cámara de Diputados. Exposición de Motivos.
- 2.- El texto propuesto. Análisis - del mismo.
- 3.- Su discusión en la Cámara de Senadores: Modificaciones.
- 4.- Texto definitivo y su publicación en el Diario Oficial.

CAPITULO III

LA REFORMA A LOS ARTICULOS 265 y 266

DEL CODIGO PENAL Y LA CREACION DEL ARTICULO 266 Bis.

1.- La iniciativa de la Cámara de Diputados. Exposición de Motivos. - De acuerdo con el artículo 71 de la Constitución Mexicana, "el derecho de iniciar Leyes o Decretos compete: al Presidente de la República, a los Diputados y Senadores, al Congreso de la Unión y a las Legislaturas de los Estados". (1).

Con fundamento en esta disposición legal, el día - 4 de Octubre de 1966 fue presentado ante la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos XLVI Legislatura, la iniciativa suscrita por varios CC. Diputados miembros del Partido - Revolucionario Institucional, tendiente a reformar los artículos 265 y 266 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal.

La exposición de motivos que precede al texto de la reforma y de la adición comienza por decidir:

"Los suscritos diputados en ejercicio, haciendo uso de la facultad que nos confiere la fracción II, del artículo 71, de

(1) "Mexicano esta es tu Constitución "Constitución Política de - los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión XLVII Legislatura. México, 1968. - pág. 184.

la Constitución General de la República, venimos a someter a la aprobación de esta honorable asamblea la iniciativa de reformas - a los artículos 265 y 266 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, y de adición al Capítulo I del Título Decimoquinto, del Libro Segundo, del propio ordenamiento punitivo, fundándonos, para ello, en las siguientes consideraciones:

Uno de los problemas que más estremecimiento social ha producido en los últimos años en la Capital de la República ha sido el del pandillerismo; pero, específicamente, dentro de esas actividades, la que se refiere a los diversos delitos de violación cometidos en forma tumultuaria en contra de mujeres indefensas.

De suyo, el delito de violación es de aquellos que mayor repulsión causa en la sociedad, pero tales conductas alcanzan proporciones verdaderamente alarmantes cuando se realizan por grupos.

Nuestro Código Penal, probablemente por el tiempo en que fue expedido, señala ciertamente una penalidad demasiado benigna para los delitos llamados sexuales, benignidad que se agudiza tratándose del de violación y, por otra parte, no prevé la agravación de la pena cuando, en la comisión de dicho delito, intervienen dos o más personas; situación ésta que en los últimos años ha proliferado y que, sin duda, revela en sus autores una mayor peligrosidad; pues supone un concierto previo, la acechanza de la víctima, el traslado de la misma a un paraje solitario donde se facilite la comisión del delito que, por su propia naturaleza, requiere de la concurrencia de ciertas condiciones, así como porque, tratándose de un acto que realizado en forma normal siempre es procurado lejos de la vista de los demás, los sujetos activos de estas conductas no tienen ningún escrúpulo en realizarlos en forma pública, o, al menos, en presencia de quienes --

constituyen el grupo delincencial. Como se ve, y sin desconocer que las calificativas de premeditación, alevosía, ventaja y traición, jurídicamente operan sólo tratándose de los delitos de homicidio y de lesiones, lo cierto es que sus elementos constitutivos se actualizan en los casos del delito de violación tumultuaria, supuesto que los grupos delincuenciales reflexionan sobre el delito que van a cometer, acechan a la víctima y, por el número de los agentes activos, aquélla no tiene lugar a defenderse, o bien ve violada por sus victimarios la fe o seguridad que, tácita o expresamente, debía prometerse, de ellos.

Por otra parte, el concurso de sujetos activos en el delito de violación constituye una circunstancia de extraordinaria gravedad, en atención a que, además de las razones ya expresadas, los agentes de un delito practicado en tal forma demuestran una mayor corrupción, una degradación moral indiscutible, revelando una peligrosidad notoriamente aumentada; aparte de que la ofensa, el atentado, con relación a la víctima, se hace más intenso el trauma moral sufrido, además de hacerse muy difícil, cuando no imposible, la defensa de la víctima ultrajada.

Resultan, pues, evidentes los gravísimos aspectos de esa criminalidad, salvaje y brutal, de la violación cometida con el inmediato auxilio de varias personas.

Es necesario puntualizar que el propósito que preside la presente iniciativa no es otro que procurar una sanción agravada para el delito de violación cuando en él intervienen dos o más personas, siendo indispensable precisar, también, que para la aplicación, por parte del juzgador, de esa sanción agravada se requiere que él o los concurrentes hayan intervenido en la ejecución del delito; esto es, que el concurso sea simultáneo en el momento del hecho, prestando él o los cooperadores una ayuda material e inmediata durante la violación, debiéndose excluir, por tanto, los actos encaminados simplemente a facilitar el delito que no constituyen una participación activa, directa e inmediata en la comisión de tales actos.

A mayor abundamiento, debe mencionarse que la agravación no exige que todos los concurrentes hayan violado a la persona ofendida, siendo suficiente que uno haya tenido o intentado el acceso. A este respecto, Sebastián Soler estima que cuando la violación se produce con el concurso de dos o más personas el hecho queda agravado sin que sea necesario que todos los partícipes tengan acceso carnal, pues tratándose de simple concurso es suficiente que coadyuven para que otro lo tenga; es decir, para que se actualice la hipótesis normativa prevista por la reforma que se propone, basta con la concurrencia de dos personas que participan en la ejecución o, al menos, uno de ellos presentando ayuda o asistencia durante el hecho, toda vez que, siendo la participación una forma normal no agravada del delito, lo que justifica la agravación de la pena es el hecho de que la concurrencia de varios facilita de modo notable, precisamente, la ejecución de esta clase de delito cuya posibilidad de comisión por un solo varón de fuerzas normales frente a una mujer también normal, ponen en duda todavía algunas autores.

En estas condiciones, y tomando en cuenta que tal como se encuentra sancionado actualmente en nuestra Legislación Penal el delito de violación, su comisión permite a sus autores, aun para el caso de que la persona ofendida fuere impúber, la posibilidad de obtener la libertad provisional bajo la fianza, pues en ninguno de los casos previstos la semisuma de las sanciones señaladas rebasa la cantidad de cinco años de prisión, lo que incuestionablemente contribuye a que en ciertas capas de nuestra sociedad se siga pensando que el Estado nada procura, por la efectividad de la justicia, además de que en virtud de tal circunstancia y por la benignidad de la ley punitiva, los delincuentes de tipo sexual pueden seguir cometiendo sus atentados con la esperanza fundada de que no habrán de permanecer reclusos más del tiempo necesario para tramitar su libertad provisional, ha hecho reflexionar a los suscritos en la formulación de esta iniciativa que tiende a reformar los artículos 265 y 266 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, a fin de, en primer lugar, por lo que hace el párrafo inicial del numeral 265 suprimir -

en la fórmula que se propone, la frase "sin la voluntad de ésta", por estimarse, como lo afirman todos nuestros autores, que el empleo de la vis absoluta o vis moral en realización del acto típico del delito, presupone la ausencia de voluntad del agente pasivo del mismo esto, claro, entendido desde el punto de vista de la técnica juridicapenal, pues si se supone el caso en que por mutuo asentamiento como objetivación de la práctica sadistas o masoquistas, o de cualquiera otra forma de morbosidad, se verifiquen actos violentos previamente al de carácter sexual, no existirá el delito de violación.

Por otra parte, y con relación al mismo primer párrafo, los suscritos consideran, por los motivos y para los efectos suscitadamente expresados, agravar la penalidad de tres a ocho y de cuatro a diez años de prisión para cada una de las hipótesis previstas, tanto para evitar la posibilidad de que los agentes activos puedan obtener su libertad provisional como para que una vez sentenciados no puedan acogerse al beneficio de la condena condicional por no surtirse el requisito de que habla la fracción I del artículo 90 del mismo Código Penal cuyo reforma se propone. Por lo que hace al artículo 266 que reglamenta lo que la proposición concreta consiste en mejorar su redacción simplificando su fórmula con el objeto de abarcar en él todas las hipótesis susceptibles de presentarse para evitar el peligro del casuismo -- que otros ordenamientos penales no han podido superar. Además, la presente iniciativa siguiendo en esto el proyecto de Código Penal Tipo, considera que pueden presentarse casos en que el consentimiento dado por el ofendido esté viciado, o bien, que no haya habido posibilidad de que lo hubiera otorgado, a causa de alguna circunstancia especial en que pudiera encontrarse la víctima. De ahí que deban reputarse delictuosos los actos que realiza el sujeto activo del delito de violación si los comete en una persona que no tiene conscientemente la facultad de querer, es decir, que su consentimiento esté viciado por la impotencia de desear o ejecutar, libre y con perfecto conocimiento; por lo que tales actitudes deben ser equiparadas justamente a la violencia física o moral que se despliega en toda persona consciente y libre de sus actos para hacerla que sufra las consecuencias de aque

llos ajenos a su voluntad; en otras palabras, cuando el sujeto pasivo sufre anomalías en sus facultades cognitivas o volitivas la conducta del o los agentes activos deben reputarse como violentos para los efectos de su penalidad. A este propósito y de acuerdo con la jurisprudencia de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, se considera conveniente reglamentar la hipótesis de los menores, que aún habiendo prestado su consentimiento tienen una edad inferior a los doce años, cuenta habida que resulta necesario mantener inviolable el principio de la abstención carnal, tratándose de niños, puesto que, como afirma Manzini citado por Eusebio Gómez "en esta primera edad a los estímulos carnales son todavía ignorados, o, de todos modos, si son excitados, no pueden encontrar, en la falta de madurez fisiopsíquica de la persona, -- contraestímulos suficientemente fuertes y educados". Por eso la ley impone a todos el deber absoluto de abstención; "puero defectur máxima reverentia". "Igualmente, se abarcan los casos en que la cópula se obtiene con una persona que, por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa".

Por último, se adiciona el Capítulo I del título Decimoquinto del Libro Segundo con lo que vendría a ser el artículo 266 Bis, al través del cual, y también por las razones ya apuntadas se estima necesario agravar la penalidad cuando la violación fuere cometida por dos o más personas incluyéndose también como sanción pecuniaria en todos los casos previstos, la imposición de una multa que fluctúa, según las diversas hipótesis, entre dos mil y doce mil pesos que propenderá, junto con la agravación de las penas privativas de libertad, a disminuir la incidencia de esta clase de delitos".

De la lectura de la exposición de motivos se pone claramente de manifiesto la intención de los legisladores de castigar gravemente a los que cometen delitos de tipo sexual, tanto ese aspecto de la agravación de la pena como en el aumento de la sanción pecuniaria, razones que impiden en un determinado momento al agente activo del delito acogerse al beneficio de la libertad caucional.

2.- El texto propuesto. Análisis del mismo.-

Nos dice la iniciativa propuesta: se reforman los artículos 265 y 266 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales para quedar como sigue:

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 3 a 8 años de prisión y multa de \$ 2,000.00 a \$ 5,000.00 pesos. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de 4 a 10 años.

Se equipara este artículo con la disposición a la cual pretende reformar, aunque si bien presente algunas diferencias ya que el original artículo 265 prescribía: "al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de 1 a 6 años de prisión. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de 2 a 8 años de prisión.

Se desprende de la lectura comparativa que hay puntos diferenciales: en primer lugar la fórmula propuesta suprimió la frase "sin la voluntad de ésta", la razón de ello la encontramos en la propia exposición de motivos cuando se afirma: "debe suprimirse la fórmula que se propone la frase "sin la voluntad de ésta", por estimarse como lo afirmaron todos nuestros autores, que el empleo de la Vis Absoluta o Vis Compulsiva en la realización del delito o más propiamente en la realización del acto típico del delito, presupone la ausencia de voluntad de la víctima. Esto entendido desde el punto de vista de la Técnica Jurídica, pues si se supone el caso en que por mutuo consentimiento como objetivación de las prácticas sadistas o masoquistas, o de cualquier otra forma de morbosidad se verifiquen estos violentos previamente al de carácter sexual, no existirá el delito de violación".

Es decir, se suprime la fórmula "sin la voluntad de ésta" ya que si el delito de violación requiere para la integra-

ción del tipo penal el uso de la violencia física o moral y ésta, a su vez, presupone exactamente la ausencia de voluntad del sujeto pasivo, se consideró innecesario integrarla a la fórmula literal, -- sin cometer una redundancia o exceso de claridad, la cual sin embargo nunca resulta excesiva cuando se trata de hacer llegar a los sujetos para los cuales se creó el acceso a un determinado tipo penal.

Las demás diferencias patentes entre ambas fórmulas, son en cuanto a la penalidad pues la fórmula original nos habla de una pena de 1 a 6 años de prisión y de 2 a 8 años si la víctima fuere impúber; el artículo propuesto señala una penalidad de 3 a 8 años de prisión y de 4 a 10 años tratándose de impúberes, además agrega una sanción de tipo pecuniario al hablarnos de una multa de \$ 2,000.00 a \$ 5,000.00 pesos, la razón de ellos se ha expresado al referirnos a la exposición de motivos donde se dice que por medio de penas trascendentales se trata de refrenar los delitos sexuales, entre los cuales la violación es indudablemente el más grave.

Nos dice la iniciativa que se reforma también el artículo 266 en la siguiente forma:

Artículo 266.- Se equipará a la violencia y se sancionará con las mismas penas la cópula con persona menor de 12 años, o que por cualquier causa no esté en posibilidades de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa.

Esta fórmula también presenta diferencias no sólo literales sino de fondo con el artículo original que prescribía: "Se equipara a la violencia la cópula con persona privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiera resistir.

La diferencia esencial entre las dos disposiciones estriba a la protección a los menores de 12 años, que, incapaces de discernir por sí mismos es improbable que puedan decidir sobre la cuestión sexual.

En la exposición de motivos encontramos esta idea plasmada con bastante claridad....." a este propósito y de acuerdo con la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se considera conveniente reglamentar la hipótesis de los menores que aún habiendo prestado su consentimiento tienen una edad menor a los 12 años, cuenta habida que resulta necesario -- mantener inviolable el principio de la abstención carnal, tratándose de niños, puesto que, como afirma Manzini citado por Eusebio Gómez "en esta primera edad, a los estímulos carnales son todavía ignorados o, de todos modos si son excitados, no pueden encontrar, en la falta de madurez psicopsíquica de la persona, contraestímulos fuertemente fuertes y educandos". Por eso la ley impone a todos el deber absoluto de abstención, puerro defitur máxima reverentia.....".

Además el artículo original señala en forma casuística los casos del delito equiparado a la violación al hablar de "cómpula con persona privada de razón o de sentido o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistir. "Ahora bien, por persona privada de razón se entiende al sujeto pasivo -- que padece de enajenación mental sea en forma de insuficiencia de facultades volitivas, de alteración morbosa de las mismas o de estado psiquiátrico de inconciencia.

Por privación del sentido se entiende al estado -- transitorio de inconciencia en el que el sujeto pierde más o menos momentaneamente su aptitud cognocitiva, la volición y la ideación, sea por causas traumáticas, psíquicas, tóxicas o patológicas, tal -- sería el caso del letargo patológico, el sueño por narcóticos, etc.

Señala también el caso de cópula con persona - que no pudiere resistir como en el caso de parálisis, anemias ex--haustivas y otras.

Por último el artículo abre una infinidad de po--sibilidades cuando en su última frase afirma: cópula con persona - que por cualquier otra causa no pudiere resistir; aquí quedaría com--prendido el caso de los menores de doce años.

El proyecto de artículo abandona este casuismo para excluir la posibilidad de que algunos casos no pudieren que--dar comprendidos dentro del tipo señalado y engloba en una forma generalizada todas las circunstancias y casos que pudieran presen--tarse al hablarnos de que se equipara al delito de violación la có--pula con persona que por cualquier causa no esté en posibilidades de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o desistir la conducta delictuosa.

El artículo II de la iniciativa nos dice que se - adiciona el capítulo I del título XV del Libro II del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia común y para - toda la República en materia Federal con el artículo 266 Bis cuya redacción será la siguiente:

Artículo 266 bis.- Cuando la violación fuere - cometida por dos o más personas, la prisión será de 8 a 20 años y la multa de \$ 5,000.00 a # 12,000.00 pesos.

Esta disposición contempla el caso de que en la realización del delito intervengan dos o más sujetos y al que ha - castigado con una pena trascendental que lo equipara, por ello, al homicidio. Aunque la penalidad parece excesiva el legislador sin--tió la necesidad de sancionarlo de esta manera debido a que consi--deró que en el llamado delito de violación tumultaria se dan los -

agravantes de premeditación, alevosía, ventaja y traición; que si bien jurídicamente operan sólo tratándose de los delitos de homicidio y lesiones, lo cierto es que actualizan sus elementos constitutivos en los casos de violación tumultuaria, supuesto que los grupos delincuenciales reflexionan sobre el delito que van a cometer, haciendo objeto de sus acechanzas a la víctima que queda in defensa o que ve traicionada la confianza que supuestamente había depositado en ellos.

3.- Su discusión en la Cámara de Senadores: Modificaciones. - Siguiendo el proceso legislativo a que debe someterse toda iniciativa para poder alcanzar la calidad de ley o decreto, la iniciativa que ahora nos ocupa pasó a la Cámara de Senadores que en su carácter de Cámara Revisora, la sometió a revisión, dando como resultado algunas modificaciones en su texto quedando los artículos redactados de la siguiente manera:

"Artículo 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 3 a 8 años de prisión y multa de DOS MIL a CINCO MIL PESOS. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de 4 a 10 años y la multa de CUATRO MIL a OCHO MIL PESOS".

"Artículo 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 delictuosa".

"Artículo 266 bis.- Cuando la violación fuere cometida con intervención directa e inmediata de 2 a más personas, la prisión será de 8 a 20 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".

Dichas modificaciones obedecen a las discusiones y polémicas de los CC. Senadores cuyos razonamientos quedaron claramente expresados en la declaración que antecede al texto de los artículos y que comienza por decirnos:

"Según datos proporcionales por la Dirección General de Estadística en el año de 1965 delinquieron en el país 52,614 personas y de esta cifra hubo un aumento notorio en los delitos contra la libertad y la integridad sexual pero lo que más importa señalar es la aparición de grupos de individuos dedicados a cometer delitos contra la vida o la integridad corporal, contra el patrimonio y contra la libertad y la integridad sexual. La delincuencia asociada, como lo señaló Escipión Sighele, es la más peligrosa y ha producido en nuestro medio gran sobresalto la aparición de pandillas de individuos integradas por jóvenes debidamente adiestrados que planean asaltos a personas para despojarlas de lo que llevan consigo o a mujeres indefensas víctimas de la lascivia y del sadismo de este tipo de delincuentes pero lo más grave del caso, según señala la Comisión Dictaminadora de la H. Cámara de Diputados en el Proyecto de Decreto que se tiene a la vista, es que debido a la levedad de las penas señaladas en la Ley, dichos individuos fácilmente obtienen la libertad bajo caución porque la suma de los términos mínimo y máximo les favorece al obtener un término medio aritmético menor de cinco años de prisión quedando en estas condiciones impunes muchos delitos y llegándose hasta el grado de que los culpables hacen escarnio de sus víctimas y reiteran sus actividades delictuosas por la facilidad con que consiguieron salir de la prisión. Como hemos dicho antes, la solución no es únicamente aumentar las penas sino en el desarrollo de una eficaz y efectiva política criminal entre el Estado y los particulares y sobre todo, en evitar la pavorosa impunidad que asfixia al medio mexicano a fin de que los culpables reciban todo el peso de la ley.

Esta Segunda Comisión de Justicia, al estudiar el Proyecto de Decreto aprobado por nuestra Colegisladora, está de acuerdo en que es imprescindible el aumento de las penas a los culpables del delito de violación y especialmente cuando este delito

se cometa con intervención de dos o más personas pero, se permite hacer las siguientes observaciones en lo que se refiere al aumento la penalidad que se señala para los reincidentes, teniendo en cuenta que si se aprobara el Proyecto de Decreto en los términos en que se propone, en rigurosa técnica jurídica, se quebrantarían las disposiciones contenidas en los artículos 65 y 66 del Código Penal en vigor que se refieren a los reincidentes y los habituales. En efecto: al delincuente ocasional o primario declarado culpable de este delito por los Tribunales del país o del extranjero, si comete un nuevo delito se le condena por reincidente, en los términos del artículo 20 del Código Penal y se le impone el aumento de sanciones que establece el artículo 65 del mismo ordenamiento. Si el reincidente declarado así por los Tribunales comete otro y otros delitos, se convierte en delincuente habitual con una sanción más agravada como lo proviene el artículo 66 del mismo ordenamiento punitivo y para poder declarar a esta persona reincidente, es necesario que exista en autos copia de la sentencia condenatoria que lo haya declarado culpable de un delito cometido con anterioridad. Además, para que proceda la concesión de la libertad caucional en las primeras diligencias que se practican ante el juez éste debe tener conocimiento de que quien la solicita es reincidente, lo que no puede saber de inmediato por falta de la copia certificada en que se le declara culpable de un delito cometido con anterioridad y ante el imperativo del artículo 20 fracción I de la Constitución Política de la República que eleva el rango de garantía la concesión de la libertad provisional bajo caución, tendría que concederla. Pero, hay otra razón de peso: si la reforma que se propone considera reincidente al violador y eleva la penalidad de 3 a 8 años al aplicarse las reglas contenidas en el artículo 65 del código Punitivo para el reincidente tendría que aplicarse a éstos dos penalidades.

En cuanto al delito de violación impropia o presunta cuya redacción se propone en el artículo 266, consideramos un acierto que si de lo que se trata es de equiparar dicho delito a la violación, se sustituya el término "violencia" por el de "violación" siguiendo nuestra tradición legislativa contenida en los artículos 796 del Código Penal de 1871 y 861 del Código Penal de 1929.

La adición que se propone al Capítulo I del Título Décimoquinto del Libro Segundo del Código Penal con el artículo 266 bis que contempla el caso en que en la comisión del delito de violación intervengan dos o más personas y agrave la penalidad de 8 a 20 años y multa de \$5,000.00 a \$12,000.00, la estimamos acertada por las consideraciones que se hacen en el dictamen aprobado por nuestra Colegisladora, para que los Tribunales usando del arbitrio judicial que consagran los artículos 51 y 52 del propio ordenamiento punitivo, impongan a los copartícipes en el delito la penalidad que les corresponda, según la intervención que hayan tenido porque estimamos que sujetar a la víctima para que otra persona realice la cópula carnal y así sucesivamente, aún cuando alguno de ellos no tenga ayuntamiento sexual con la víctima, de todas maneras constituye una coautoría y el empleo de los términos "intervención directa e inmediata" despeja toda duda en los demás medios de comisión del delito.

Nuestras observaciones al proyecto de Decreto cuyo estudio hemos realizado, nos permite sugerir que además de las penas privativas de la libertad y pecuniaria, se agreguen otras penas de carácter accesorio como son la destitución del cargo, empleo o comisión cuando el culpable ocupe algún puesto oficial; la pérdida de la patria potestad y de la tutela cuando el culpable ejerza alguna profesión y abusando de su autoridad o de su profesión cometa esta clase de delitos. Han sido frecuentes los casos de profesionistas y de profesores de educación primaria o normal que aprovechan el ascendiente que tienen con sus clientes o con sus alumnos para cometer actos de esta índole; de ascendientes que forzan a sus descendientes y los obligan para tener contacto carnal con ellos en que por razones obvias se impone que el culpable sea condenado a la pérdida de la patria potestad y así lo establecían los ordenamientos punitivos de 1871 y de 1928 y lo establecen en la actualidad los Códigos Penales de los Estados de Nuevo León y de Tamaulipas. El artículo 14, 3er. párrafo de la Carta Fundamental de la República dispone que no puede imponerse una pena que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, de donde resulta que cuando los ascendientes violan a sus descendientes no se les

puede imponer la pena accesoria de pérdida de la patria potestad ni al tutor que cometa un delito de esta índole ni al profesionista, ni al maestro, pues los casos que prevé la vigente Ley Penal son los que contempla el artículo 46 cuando los responsables se encuentran procesados o bien, después de que han cumplido la condena o cuando por ministerio de la Ley así se establece.

En los Estados de Chihuahua, Nuevo León, Tamaulipas, Hidalgo, Guerrero, San Luis Potosí, Michoacán, Tabasco, Estado de México, Morelos, Chiapas y Nayarit, la pena privativa de libertad que corresponde al delito de violación fluctúa entre 3 a 8 años, con lo cual los culpables no pueden obtener su libertad caucional.

Esta Comisión ha tenido en cuenta la alarma que ha producido en la sociedad los asaltos a personas indefensas generalmente mujeres en que los pandilleros realizan el acto sexual con la propia víctima, se permite proponer que en la primera parte del artículo 265 la penalidad sea de 3 a 8 años de prisión".

4.- Texto definitivo y su publicación en el Diario Oficial.- Una vez modificada la iniciativa en la Cámara de Senadores (revisora) y cuyo texto definitivo, fue aprobado por unanimidad de votos, volvió a la Cámara de su origen la cual no tuvo objeción que hacerle y la envió al Ejecutivo para su promulgación y publicación.

En el Diario Oficial No. 17 del viernes 20 de -- Enero de 1967 apareció el Decreto que contiene las reformas a los artículos 265 y 266 que han motivado nuestro estudio, de igual manera se refiere a la adición del artículo 266 bis. Transcribimos a continuación el texto íntegro de dicho Decreto.

DECRETO

"El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, -
decreta:

REFORMAS al Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de Fuero Común y para toda la república en Materia - de Fuero Federal, en sus artículos 265 y 266.

ARTICULO PRIMERO.- Se reforman los artículos 265 y 266 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal para quedar como sigue:

ARTICULO 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 fue re impúber, la pena de prisión sería de cuatro a diez años y la multa será de cuatro mil a ocho mil pesos".

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

ARTICULO SEGUNDO.- Se adiciona el Capítulo y del Título Décimoquinto del libro Segundo del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de fuero federal - con un artículo 266 bis en los términos siguientes:

"ARTICULO 266 bis.- Cuando la violación fuere cometida con intervención directa e 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, 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".

"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 proporcionan, será destituido definitivamente del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión".

T R A N S I T O R I O

ARTICULO UNICO.- Las presentes reformas entrarán en vigor tres días después de su publicación en el "Diario Oficial" de la Federación".

México, D. F., a 29 de noviembre de 1966.-
Luis Dantón Rodríguez, D. P.- Manuel Bernardo Aguirre, S. P.
Everardo Gámiz Fernández, D. S.- Dr. Luciano Huerta Sánchez,
S. S.- Rúbricas".

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a los doce días del mes de diciembre de mil novecientos sesenta y seis.- Gustavo Díaz-Ordaz.- Rúbrica.- El Secretario de Gobernación, Luis Echeverría.- Rúbrica".

CAPITULO IV

EL PROBLEMA DE LA VIOLACION TUMULTUARIA

- a) Su concepto y planeamiento del problema.
- b) La participación; concepto y -
grados.
- c) Análisis de los grados de parti-
cipación.
- d) Opinión personal.

CAPITULO IV

EL PROBLEMA DE LA VIOLACION TUMULTUARIA.

A) CONCEPTO Y PLANEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El artículo 266 bis, de nueva creación en las reformas del Código Penal de que nos estamos ocupando, contempla en su primer párrafo la figura a la cual se le ha dado el nombre de Violación Tumultuaria o sea aquella en la que intervienen dos o más sujetos activos del delito. Al respecto el artículo 266 bis establece: "Cuando la violación fuese cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas, la prisión será de ocho a veinte años y la multa de cinco a doce mil pesos. A los demás partícipes se les aplicarán las reglas contenidas en el artículo 13 de este Código".

Con relación a este delito se plantea el problema de determinar que figura de la participación se presenta, si puede darse la autoría intelectual, la autoría material o inmediata, la coautoría, la autoría inmediata o la complicidad.

Para poder determinar esta cuestión es necesario que analicemos en primer lugar que debemos entender por participación y las formas de presentación que ésta reviste.

B) LA PARTICIPACION: CONCEPTO Y GRADOS.

Normalmente el delito es el resultado de la conducta de un individuo, sin embargo no existe impedimento alguno para que concurren varios sujetos a la realización del acto o del

conjunto de actos que constituyen el ilícito penal.

Los autores se han preocupado por establecer la diferencia entre los llamados delitos colectivos que son aquellos en donde el tipo penal exige para su conformación, la pluralidad de sujetos, como sería el caso de la riña, el adulterio, etc., a quienes no deben aplicarse las reglas de participación ya que el concurso de personas es un presupuesto indispensable para la integración del tipo, de aquellos delitos en los que sin exigirlo el tipo se da la concurrencia de personas ya sean éstas inductoras del delito, proporcionen los medios para su comisión o concurren sin necesidad a la ejecución de los actos constitutivos del tipo.

La participación, pues, se refiere a la cooperación eventual de varias personas en la comisión de un delito que podría ser consumado sin la intervención de todos aquellos a quienes se considera partícipes.

El maestro Castellanos Tena nos define a la participación como "la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad". (1).

Para desentrañar la naturaleza de la participación se han elaborado diversas doctrinas:

- 1) La Teoría de la Causalidad.
- 2) La Teoría de la Accesoriedad.
- 3) La Teoría de la Autonomía.

1) Teoría de la Causalidad. - Esta teoría preten-

(1) Castellanos Tena Fernando Ob. Cit. Pág. 265.

de encontrar la naturaleza de la participación en la causalidad, ya que se dice que el verdadero nexo que une a todos los partícipes con el delito realizado y les hace responsables del mismo, es el hecho de que todos concurren a la causación del evento - producido, aportando cada uno de ellos algún elemento para su perpetración y siendo por ende responsables del delito.

Estas ideas se atribuyeron a Von Buri a quien se le critica por haber afirmado la equivalencia de todas las causas -- concurrentes, sobre argumentos ligeros, para concluir aplicando la misma pena a todos los partícipes.

2) Teoría de la Accesoriedad.- Esta teoría afirma la unidad del delito, considerando autor del mismo sólo a quien realiza los actos descritos en el tipo penal, derivándose la responsabilidad de los partícipes de los auxilios prestados al autor principal, respecto del cual se tienen como accesorias; las conductas dependientes siguen la suerte de la principal, de forma tal que -- aún el efecto eximente de algunas causas de inimputabilidad por parte del verdadero delincuente se deberían comunicar y beneficiar a quien habían auxiliado a éste, pues tales conductas accesorias deberían seguir la naturaleza de la principal y no siendo ésta delictuosa, ni punible, tampoco lo eran la de los demás.

3) Teoría de la Autonomía.- Frente a las dos posiciones anteriores, esta teoría afirma que el delito en cuya realización intervienen varios individuos pierde su unidad, al considerar que los partícipes a la realización del ilícito, realizan comportamientos autónomos surgiendo así diversos delitos, cada uno de ellos con vida propia; quienes intervienen ya no pueden llamarse partícipes, de igual forma, para cada sujeto las excluyentes, atenuantes o agravantes que a él se ligaron sólo son admisibles individualmente, con absoluta independiencia de los demás cuyos actos tienen sus elementos propios y forman unidades distintas.

Ahora bien, analizadas las tres teorías llegamos a la conclusión de que la naturaleza de la participación, radica de acuerdo con el pensamiento de Mezger en sancionar a cada partícipe de acuerdo con su mayor o menor aportación objetiva en la realización de lo que sin discusión alguna constituye un solo delito, concorde esto también con los datos individuales y subjetivos de responsabilidad; esto constituye un enjuiciamiento jurídico valorativo del problema y no simplemente lógico en que acaso toda causa sea, en los hechos, un presupuesto o una condición que, como tal, se puede estimar como equivalente a todas las demás.

Así orientada la estimación de la responsabilidad correspondiente a cada partícipe, debemos examinar separadamente cada uno de los datos que concurren a formarlas: tanto el objetivo de mayor o menor eficacia causal o del aporte prestado a la realización del hecho típico, com el subjetivo que se refiere a la perversidad demostrada por cada sujeto o a su más o menos franca y reprochable actitud de oposición al orden social. (2).

Grados de participación.- La participación presenta diversos grados que van en relación con la mayor o menor actividad de los sujetos en la realización del delito. Ha sido clasificada en diversas formas, así Francisco Carrara distinguía entre AUTOR PRINCIPAL, que es el que concibe, prepara o ejecuta el acto delictuoso y DELINCUENTE ACCESORIO o complice que es aquel que indirectamente coopera para la producción del delito.

En el derecho alemán positivo, según afirma Mezger se reconocen de manera expresa y tacitamente en parte, los siguientes grados de participación en el delito:

1.- La autoría que a su vez comprende, la autoría -

(2) Villalobos Ignacio. Instituciones de Derecho Penal. - Editorial Jus. México 1948 Pág. 215.

de una sola persona, la coautoría y la autoría mediata.

2.- La participación la que a su vez comprende, la investigación y la complicidad. (3).

Para nosotros y de acuerdo con la opinión de -
prestigiados maestros de derecho penal entre ellos el maestro Cas-
tellanos Tena, los grados de participación son:

LA AUTORIA, a la que podemos clasificar en
autoría material, autoría intelectual y autoría mediata.

LA COAUTORIA

LA COMPLICIDAD

EL ENCUBRIMIENTO

C) ANALISIS DE LOS GRADOS DE PARTICIPACION.

Pasando ahora al análisis de los grados de parti-
cipación y ocupándonos en primer lugar de la autoría, diremos -
que AUTOR es el que con su acción antijurídica, típica y culpa-
ble, realiza los presupuestos establecidos por la norma y se hace
acreedor a una sanción.

También el autor es considerado como el sujeto
activo de la relación jurídico penal pues con la conducta que --

(3) Mezger Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo II Pág.
247.

asume lesiona o pone en peligro, en un momento dado, a los sujetos pasivos de tal relación que son a saber: el ofendido directamente e indirectamente la sociedad.

Indudablemente el autor principal al que estamos haciendo referencia es el autor inmediato o material.

Ahora bien, relacionando lo dicho hasta este momento con la participación podemos considerar que el autor no constituye la codelincuencia, sino que por el contrario es su negación. Lo normal es que el ilícito penal sea realizado por un solo sujeto, pero cuando concurren varios la figura del autor cobra una esencial preponderancia, ya que constituye la base sobre la que descansan los demás participantes. Por esta razón se atribuye al autor el primer grado de responsabilidad ya que en un delito cometido por varios sujetos "diversos grados de participación pueden ofrecerse. El primero es el de autor, la persona que lo ejecuta por sí sola, todo entero y de propia mano". (4) Y después vienen todas las demás personas que en una forma accesoria ayudan con su conducta a la tentativa o a la consumación del hecho punible.

Cuando es una sola persona la que realizó el delito, éste le pertenece todo entero y exclusivamente como su producto: él es autor del mismo y toda la esencia del delito se concreta en la actividad externa e interna del individuo que aparece como sujeto delincencial (5); así pues, sólo sobre esa persona recaerá toda la responsabilidad proveniente del delito porque la acción delictuosa, cuya causa generadora es el delincuente, encuentra en la ley una sanción que le corresponde por completo, como única persona que llevó a cabo el hecho delictivo.

(4) Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Tomo II Pág. 132 3a. Edición.

(5) Pessina Enrique. Elementos de Derecho Penal. Pag. 507.

Franz Von Litz nos dice que "autor es, en primer lugar, el que ejecuta por si solo, el acto de ejecución, el que realiza por si solo el delito definido por la ley". (6).

Cada delito está tipificado en los códigos penales, tomando en cuenta la conducta del autor pues éste "es - - quien ejecuta la acción que forma el núcleo de cada delito in specie; por eso la participación es como la tentativa una causa de extensión de la pena puesto que el código penal define cada delito en vista de la consumación por el autor". (7).

Vamos a referirnos por último a la opinión de - Mezger quien al referirse al autor nos dice que es "aquel que ha causado con su acción el tipo penal en tanto su conducta no aparezca como instigación o auxilio. En el autor encuentran - aplicación inmediata los diversos preceptos penales". (8).

AUTOR INTELECTUAL.- El autor intelectual es aquel cuya actividad determina a otra persona a la perpetración de una acción punible siendo responsable de la ejecución de tal acción junto con la persona que en forma material la llevó a cabo.

AUTOR MEDIATO.- El concepto de autor mediato hace suponer innegablemente la existencia de un autor inmediato o material que con su actividad o inactividad configura el tipo de cualquier delito. En la doctrina se denomina autor mediato a aquel que ha causado el resultado valiéndose de otro

(6) Von Litz Franz. Tratado de Derecho Penal. 2a. Edición - Vol. II Pág. 80.

(7) Jiménez de Asúa Luis. La ley y el delito. Pág. 629.

(8) Mezger Edmundo. ob. cit. Pág. 249.

como persona medio. Es decir, que el autor mediato utiliza a -- otra persona como instrumento para la perpetración de un hecho -- punible.

Esa persona medio debe llenar ciertos requisitos -- que nos permitan aplicarle la sanción especificada para cada delito debiendo recaer ésta, en el autor mediato, estos requisitos del autor inmediato o persona medio son: La inculpabilidad y la inimputabilidad, mismos que hacen imposible la aplicación de una pena pero que no por eso dejan al autor mediato libre de toda responsabilidad.

El autor mediato es un criminal de excesiva peligrosidad que se vale de personas no imputables o no culpables para perpetrar un delito, haciendo difícil la comprobación y el castigo del verdadero culpable.

LA COAUTORIA..- La coautoría se encuentra estrechamente relacionada por un lado con la autoría y por otro con la complicidad por lo que es necesario realizar un examen minucioso de ella para no confundirla.

La actitud que asume el coautor es similar a la que -- realiza el autor, pues decir "coautor" significa la identidad de acción; que en concurso de delincuentes todos han realizado aquel mismo delito; por esta razón no es fácil encontrar en los códigos penales definición de "coautor" ni referencia alguna a el por entenderse comprendido en el mismo concepto del autor.

El autor intelectual y el autor mediato, no pueden -- ser llamados en sentido estricto coautores, porque su contribución material al hecho, no llega al grado de ser la misma que la del ejecutor, además en la autoría intelectual, se tiene que separar las conductas --

concurrentes, ya que en primer término se debe hallar la autoría intelectual y después la material, en cambio en la coautoría no hay propiamente diversidad de conducta, sino que la de todos los coautores son semejantes. Lo anterior no excluye la posibilidad de encontrar mayor intención dolosa y excesiva peligrosidad en algunos coautores.

La coautoría desde un punto de vista estricto, no puede considerarse como forma de participación en el delito, porque el coautor no participa en el delito de otro sino que por su parte realiza también el tipo; pero si admitimos el delito como una unidad en la que se inserta la conducta del coautor, entonces podremos decir que el coautor toma parte en el hecho y por lo mismo es un participante en sentido amplio.

Los coautores asumen una conducta típicamente antijurídica y culpable pero no podemos decir, que a todos deba corresponderles la misma sanción porque de acuerdo con nuestro código penal bien puede resultar que un coautor merezca mayor sanción que los demás.

LA COMPLICIDAD.- Actualmente nos encontramos con que la complicidad es sólo una forma de participación en el delito, por el contrario, antiguamente se le llamaba cómplice a aquel sujeto que de cualquier manera intervenía en un hecho delictivo, en esta forma cómplice lo mismo era el coautor que el instigador y todos los demás participantes. Ahora reducido y precisado el concepto, sabemos que cómplices son los que ayudan, cooperan o auxilian al autor a realizar el delito, pudiendo ser sus actos simultáneos o anteriores a tal realización. De esta manera stricto sensu, se pone de manifiesto la accesoriedad de la conducta asumida por el cómplice, es decir, coopera para que otro consume el hecho punible.

Para muchos penalistas, los cómplices ejecutan actos de poca importancia, concediéndole toda la preponderancia

al acto principal ejecutado por el autor, sin embargo, frecuentemente, las conductas de los cómplices constituyen la esencia del delito.

La complicidad puede ser clasificada en:

- a) Material
- b) Moral

La complicidad material se presenta cuando el cómplice por medio de una conducta activa u omitiva, auxilia al delincuente a obtener el resultado criminoso, este auxilio puede brindarse antes o durante la ejecución.

La complicidad moral se manifiesta cuando el cómplice mediante consejos, instrucciones, promesas etc. fortifica el ánimo del autor.

Cobra capital importancia dejar plenamente asentado que cuando el cómplice moral promete su ayuda, en el autor principal existe ya la clara intención de delinquir, es decir, que el cómplice moral no compele al autor a cometer un ilícito, sino que sólo robustece su intención.

Ahora bien, la complicidad para que sea punible debe ser intencional. El cómplice debe tener conciencia plena de que con su conducta está ayudando a la realización de un acto tipificado en la ley como delito.

La complicidad, para su integración, requiere de dos elementos: el primero de ellos es el auxilio o cooperación a

un delito, y el segundo es que ese delito sea ejecutado por otro sujeto como autor plenamente responsable.

Es de vital importancia el establecer la diferencia entre el cómplice y el autor, distinción que por otra parte va a permitirnos establecer la diferencia entre la complicidad y la coautoría que es esencial en la cuestión que nos ocupa.

Debemos empezar por decir que al cometerse un delito por varias personas, el juzgador deberá especificar a que grado de participación corresponde la conducta de cada uno de ellos, es decir, establecer claramente si fue autor, coautor, cómplice, etc.

Este problema de diferenciación se ha tratado de resolver a la luz de las teorías subjetiva y objetiva, y que analizaremos brevemente para después emitir nuestra particular opinión.

Para las teorías subjetivas lo esencial es el interés o finalidad que tienen los partícipes para cometer un delito. Así de acuerdo con este criterio, son coautores los que obran en interés propio, los que quieren para sí el resultado y actúan independientemente. Los cómplices por el contrario siempre actúan en interés ajeno, no quieren el delito para sí, sino para otro, su voluntad es la del autor, aunque su conducta se encamina directamente a la comisión del delito.

Se objeta este criterio diciendo que no resuelve el problema, pues podría presentarse el caso de que todos los que intervinieron en un delito lo hicieran en interés ajeno, entonces no se daría la participación porque no habiendo un autor principal, no se puede concebir un delito realizado sólo por cómplices.

Dentro de este grupo de teorías subjetivas encontramos aquellas que trata de establecer la mencionada distinción - refiriéndola a la teoría de la causalidad, afirmándose que mientras el autor realiza una causa para obrenar un resultado, el cómplice ejecuta sólo una condición.

Von Buri combate esta posición afirmando que el problema no podría resolverse de acuerdo con la teoría de la causalidad, porque si todas las condiciones eran equivalentes al resultado el autor y el cómplice tendrían el mismo carácter. Von Buri tomó partido por las teorías subjetivas afirmando que autor es el que obra con "ánimus auctoris" y cómplice es el que interviene con "ánimus socii".

Las teorías objetivas tratan de establecerla diferencia entre cómplice y autor afirmando que el autor ataca el bien jurídico protegido de una manera directa e inmediata, y por el contrario el ataque del cómplice al bien jurídico objeto de la tutela penal es en forma indirecta y mediata preparando o asegurando el ataque del autor.

Nosotros creemos que la solución se encuentra en aquellas teorías objetivas que refieren la conducta del autor al elemento tipicidad, según nuestro punto de vista, autor es aquel que realiza la conducta injusta descrita en la ley, en cambio cómplice es aquel que ayuda, coopera o auxilia a otro a llevar a cabo la conducta típica.

EL ENCUBRIMIENTO. - Dentro de nuestro derecho positivo, encontramos al encubrimiento bajo dos caracteres, - por un lado es una forma de participación tal y como lo establece la fracción IV del artículo 13 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, y por otro es un delito autónomo que encuentra su tipificación en el artículo 400 del citado ordenamiento.

El encubrimiento no cabe en realidad dentro del concepto de participación ya que si por partícipe entendemos o conocemos a todo aquel que contribuye a producir un delito, no puede corresponder a tal categoría el encubrimiento, en cuyos presupuestos figura el de practicarse cuando el delito ha sido con-sumado.

El encubrimiento como lo establece el artículo 13 Fracción IV no incluye una forma de participación ya que la intervención del encubridor es posterior al delito y la participación requiere una contribución a la producción del resultado, sin embargo como afirma el maestro Castellano Tena, "no es posible admitir la antinómia", "por lo que debemos armonizar los preceptos 13 y 400 y entender que, según se ha dicho el encubrimiento establecido en la fracción IV del artículo 13 (forma de participación) sólo opera si hubo acuerdo previo a la ejecución; de lo contrario el sujeto únicamente podrá ser sancionado como encubridor, en los términos del artículo 400 del Código Penal, para el Distrito y Territorios Federales". (9).

OPINION PERSONAL.- Ya hemos dicho que el problema que se plantea con relación a la llamada violación tumultuaria con respecto a la participación, es establecer que grado de ella se da: La Coautoría, la autoría material o la simple complicidad.

Analizados ya los diferentes grados de participación, y habiéndonos adentrado en la esencia de cada uno de ellos vamos a tratar de dilucidar cual de ellos se presenta en la violación tumultuaria.

Dice el Código Penal en el artículo 266 bis de reciente creación: "cuando la violación fuere cometida con intervención directa e inmediata de dos o más personas, la san--

(9) Castellanos Tena Fernando. ob. cit. Pág. 271.

ción será de ocho a veinte años y la multa de cinco a doce mil pesos. A los demás partícipes se les aplicarán las reglas contenidas en el artículo 13 de este Código".

La solución a este problema tiene importancia en virtud de la pena trascendental con que se encuentra sancionado este delito, ya que según el grado de participación será la pena aplicada y es importante porque se puede sancionar severamente a personas que sólo tienen la calidad de cómplices.

Nosotros creemos que las personas que directamente intervienen en la comisión del delito participan en él en calidad coautores ya que en ellos existe una identidad de acción y con respecto a los demás partícipes a que se refiere el artículo 266 bis estos pueden intervenir ya sea como cómplices o simples encubridores.

Nuestra opinión no es compartida unánimemente por todos los estudiosos que se han avocado a este problema, y así el maestro Celestino Porte Petit afirma "pensamos que no es posible que la coautoría se presente en la violación, ya que en todo caso si se realizaran separadamente cópulas por medio de la violencia física o moral en persona de cualquier sexo, serían casos de autoría material y no de coautoría". No apoyamos este punto de vista porque entonces al darse delitos autónomos de violación, cuando ésta se realiza con intervención de varios sujetos, se sancionaría de igual forma que la violación simple realizada por un solo sujeto, en donde la víctima puede ofrecer resistencia en un grado superior, lo que no sucede cuando es agredida por varios sujetos que indudablemente la someten con una mayor rapidez y la ofensa en mucho mayor que pierde el delito la característica de privacidad.

La Suprema Corte de Justicia ha resuelto en este sentido afirmado que: "si fueron varias las personas que asalta--

ron y violaron a una de las ofendidas y causaron las lesiones mortales a otra, debe estimarse que se está en el caso de la coparticipación, que es el fenómeno jurídico que se da cuando varios delinquentes concurren en la comisión de un mismo delito". (10)

(10) Semanario Judicial de la Federación. Tomo XI. 6a, Época. 2a. parte Pág. 62.

CONCLUSIONES

I.- El delito de violación ha sido uno de los más severamente castigados a través del tiempo en las diferentes sociedades.

II.- La violación como todo delito puede analizarse desde el punto de vista Dogmático Jurídico para conocer sus elementos, y dentro de este estudio es la teoría Tetratómica la que nos lo señala y que son a saber:

a) La conducta, consistente en el acceso carnal violento.

b) La tipicidad, que consiste en la educción de la conducta al artículo 265 del Código Penal, que es el que tipifica a la violación.

c) La antijuridicidad que consiste en la ilegitimidad de la cópula es decir, cuando no concurre ninguna causa de justificación del delito.

d) La culpabilidad, que tiene como presupuesto a la imputabilidad o sea el mínimo de desarrollo físico y mental en el autor, que lo capacitan para responder del ilícito.

La culpabilidad es la relación intelectual y emocional del sujeto con el delito y que en la violación reviste únicamente la forma de dolo directo.

III.- Siendo la Libertad Sexual el bien jurídico objeto de la tutela en el delito de violación, es de ahí donde deriva la importancia de su reglamentación y sanción.

IV.- Pensando en lo anterior los Legisladores -- sintieron la necesidad de reformar los artículos relativos a la violación y establecer uno de nueva creación que sancionará la llamada violación tumultuaria, con miras, también a refrenar el fenómeno social del pandillerismo.

V.- Así el 4 de Octubre de 1966 fue presentada ante la Cámara de Diputados una iniciativa suscrita por varios de ellos, para reformar los Artículos 265 y 266 del Código Penal y para adicionarlo con el Artículo 266 bis. Siguiendo el Proceso Legislativo el Texto de la reforma y adición una vez aprobado en su Cámara de origen, pasó a la Senadores para su discusión y en donde sufrió algunas modificaciones, aun cuando no esenciales en relación a la sanción pecuniaria, adicionando además el artículo 266 bis con dos párrafos más referidos a las sanciones en las violaciones cometidas por ascendientes, descendientes, tutores y por los que ejercen un cargo público. Aprobada definitivamente volvió a su Cámara de Origen donde también se aprobó, promulgándose y publicándose finalmente el 20 de Enero de 1967.

VI.- La reforma al artículo 265 que tipifica a la violación consistió en un aumento en la penalidad, estableciéndose además una sanción de tipo pecuniario, y suprimiéndose la fórmula "sin la voluntad del sujeto" en la definición del delito. Creemos en cuanto a la agravación de la pena que fue un acierto ya que la violación es uno de los delitos sexuales más graves, y el que causa más daños físicos, emocionales y sociales a la víctima, esta penalidad agravada impide al delincuente acogerse al beneficio de la libertad caucional. La supresión de la fórmula mencionada basada en el razonamiento de que la violencia en dos formas, como requisito para la integración del tipo, presupone la --

ausencia de voluntad, pensamos que no debió llevarse a cabo, ya que la claridad aun cuando llegue a la redundancia, nunca resulta excesiva cuando se trata de hacer llegar a los sujetos para los cuales se creó el acceso a un determinado tipo penal.

VII.- El artículo 266 referente a la violación impropia sufrió modificaciones en el sentido siguiente: en primer lugar, establece una protección expresa a los menores de doce años, que por su corta edad son incapaces de discernir en materia sexual y cuya protección en este artículo nos parece acertada. En segundo término este artículo termina con el casuismo de las circunstancias en que podía conformarse la hipótesis en el artículo anterior, estableciendo una fórmula general que engloba todos los casos en que puede darse la llamada violación impropia.

VIII.- El artículo 266 bis, de nueva creación, se refiere a la violación tumultuaria que es a nuestro entender la cópula violenta con persona de cualquier sexo perpetrada directamente por dos o más personas quienes actúan con premeditación, alevosía y ventaja. Este artículo sanciona a la violación con una pena trascendental de 8 a 20 años de prisión y una sanción pecuniaria de cinco a doce mil pesos. Los demás párrafos de este artículo se refieren a la sanción aplicada a violación cometida por ascendientes, descendientes, tutores o quienes ejercen un cargo público. Creemos que estos últimos párrafos más que en este artículo, debieran quedar englobados en el artículo que se refiere a la violación en general.

IX.- Por último debemos hacer referencia al problema de participación que se plantea en la violación tumultuaria, ya que sancionada con una pena tan grave se corre el riesgo de aplicar pena tan severa a simples cómplices o encubridores, por la falta de claridad del artículo. Es nuestra opinión que los que intervienen directamente participan en el delito en calidad de coautores, debiéndose aplicar de igual forma la penalidad establecida. Y son coautores porque existe entre ellos identidad de acción, es decir, realizan una cópula que puede ser coincidente, o

bien en forma sucesiva y bajo las mismas condiciones.

La imposición de penas tan trascendentales a la violación propiamente dicha y a la tumultuaria, tienden a evitar la incidencia de estos delitos, pero ellos sólo se logrará aunando una labor educativa y de integración social de núcleos de población - que hasta hoy permanecen marginados.

B I B L I O G R A F I A

BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI FRANCESCO Manual de Derecho Penal.- Parte General. Editorial Hispano Americana. U. T.E.H.A. Buenos Aires.
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Derecho Penal Mejicano. 4a. Edición. Méjico. 1956.
- CARRARA FRANCISCO. Programa del Curso de Derecho Penal. Parte General. Editorial de Palma. Buenos - - Aires. 1944.
- CASTELLANOS TENA - FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 4a. Edición. México. 1967.
- CUELLO CALON EUGENIO. Derecho Penal. Tomo I. Parte - General. Editora Nacional. 9a. Edición. Méjico. 1961.
- CHAVEAU Y HELIE Theorie du Code Penal. 6a. Edición. Tomo IV. París. - 2887.
- FRIAS CABALLERO A. El Proceso Ejecutivo del Delito Editorial Bibliográfica. Argentina, Buenos Aires. 1956.

GOMEZ EUSEBIO.

Tratado de Derecho Penal.
Tomo III Buenos Aires.
1940.

GONZALEZ DE LA VEGA
FRANCISCO.

Derecho Penal Mejicano. 8a.
Edición. Editorial Porrúa.
México. 1966.

JIMENEZ DE ASUA LUIS

Tratado de Derecho Penal.
Tomo II. Editorial Lozada.
Buenos Aires. 1958.

MAGGIORE GIUSSEPE.

La Ley y el Delito. Editorial
Hermes. 4a. Edición.
Buenos Aires. 1963.
Derecho Penal. Tomo I. Edito-
rial Themis. Bogotá. 1956.

MEZGER EDMUNDO.

Tratado de Derecho Penal.
Editorial Revista de Derecho
Privado. Madrid 1955.

PAVON VASCONCELOS -
FRANCISCO.

Manual de Derecho Penal -
Méjico. 1967 (Editorial - -
Porrúa).

PORTE PETIT CELESTINO

Ensayo Dogmático sobre el
Delito de Violación. Edito-
rial Jurídica Mejicana.
México 1966.

Programa de la Parte General
de Derecho Penal. U.N.A.M
Méjico, 1968.

Importancia de la Dogmática Jurí-
dico Penal. Litográfica Panameri-
cana. Méjico. 1954.

VILLALOBOS IGNACIO

Instituciones de Derecho Penal.
Editorial Jus. Méjico. 1948.

Derecho Penal Mejicano.
Editorial Porrúa. Méjico.
1960.

VON LIZT FRANZ

Derecho Penal. Tomo II Editorial
Rous. Madrid 1927.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917).

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales (1931).

Semanario Judicial de la Federación. Tomo XII.
2a. Parte 6a. Época.

Semanario Judicial de la Federación. Tomo XX.
2a. Parte 6a. Época.

Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXV.
2a. Parte 6a. Época.

Semanario Judicial de la Federación. Tomo XL.
2a. Parte 6a. Época.

Semanario Judicial de la Federación. Tomo LXXX
2a. Parte 6a. Época.

I N D I C E

CAPITULO PRIMERO

ANALISIS DOGMATICO JURIDICO

Pág.

- 1.- Del delito en general. 2.- Escuelas que estudian el delito. 3.- Principales teorías que se avocan a su estudio. 4.- La teoría tetratómica. 5.- Los elementos del delito de violación a la luz de la teoría tetratómica. 8

CAPITULO SEGUNDO

EL DELITO DE VIOLACION

EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA.

- 1.- Antecedentes históricos. 2.- Concepto del delito 3.- La violación en la legislación penal mexicana: Elementos del tipo. 4.- El bien jurídico - objeto de la tutela. 5.- La violación impropia. 28

CAPITULO TERCERO

LA REFORMA A LOS ARTICULOS 265 y 266 DEL CODIGO PENAL Y LA CREACION DEL ARTICULO 266 BIS.

- 1.- La iniciativa de la Cámara de Diputados. Exposición de motivos. 2.- El texto propuesto. Analisis del mismo. 3.- Su discusión en la Cámara

	Pág.
de Senadores: Modificaciones. 4.- Texto definitivo y su publicación en el Diario - Oficial.....	42

CAPITULO CUARTO

EL PROBLEMA DE LA VIOLACION

TUMULTUARIA.

a) Su concepto y planeamiento del problema.	
b) La participación; concepto y grados. -	
c) Análisis de los grados de participación	
d) Opinión personal.....	61

CONCLUSIONES.....	76
-------------------	----

BIBLIOGRAFIA.....	81
-------------------	----