

271

24



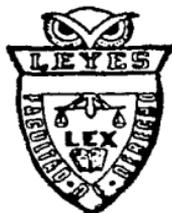
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

" ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE
HOSTIGAMIENTO SEXUAL "

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JUAN MANUEL GUERRERO ALMARAZ



MEXICO, D. F.

1992

FALLA DE ORIGEN



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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

I. ANTECEDENTES	2
A.- EL IMPERIO AZTECA	3
B.- LA EPOCA COLONIAL	6
C.- LA INDEPENDENCIA	7
D.- LA REVOLUCION	9
E.- EPOCA MODERNA. SIGLO XX.	10
II. INICIATIVA DE LEY	13
III. INTERPRETACION DEL TIPO PENAL A ESTUDIO	25

CAPITULO SEGUNDO ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL

I. GENERALIDADES	28
II. CLASIFICACION DE LOS TIPOS PENALES	41
III. TIPO PENAL DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL	53
A.- CONCEPTO	53
1.- ETIMOLOGICO	55
2.- JURIDICO	57
3.- DOCTRINARIO	58
IV. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL	60
A.- NORMATIVOS	60
B.- OBJETIVOS	62
C.- SUBJETIVOS	64

CAPITULO TERCERO TEORIA DEL DELITO

I. CONDUCTA	68
A.- CONCEPTO DE CONDUCTA	69
1.- LA ACCION Y LA OMISION	72
2.- ELEMENTOS DE LA ACCION Y LA OMISION	75
B.- AUSENCIA DE CONDUCTA	77
1.- RELACION DE CAUSALIDAD	79
2.- CAUSALIDAD DE LA OMISION	80

II. TIPICIDAD	81
A.- CONCEPTO DE TIPICIDAD Y TIPO	81
B.- AUSENCIA DE TIPICIDAD O ATIPICIDAD	84
III. ANTIJURIDICIDAD	88
A.- CAUSAS DE JUSTIFICACION	93
1.- LA LEGITIMA DEFENSA	95
2.- EL ESTADO DE NECESIDAD	98
3.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO	104
IV. CULPABILIDAD	106
A.- FORMAS DE CULPABILIDAD	110
1.- EL DOLO Y SUS ELEMENTOS	111
2.- LA CULPA Y SUS VARIANTES	114
B.- LA INCULPABILIDAD	117
PROPOSICION	122
CONCLUSIONES	128
BIBLIOGRAFIA	132

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como propósito el dar a conocer el problema que existe en nuestra sociedad, la cual se enfrenta a diversos casos de hostigamiento sexual, sin importar el sexo de la persona.

Durante la realización de este trabajo encontramos que el individuo es hostigado sexualmente debido a los grupos de homosexuales que existen en nuestro país, un jefe homosexual asedia a sus trabajadores otorgándoles beneficios si aceptan sus proposiciones, de lo contrario tienen el peligro de ser despedidos o molestados durante sus labores. También el hombre es hostigado por la mujer aunque en estos casos para él es un halago y como no le afecta en muchas ocasiones, por eso no son muy conocidos.

Las mujeres son hostigas en mayor proporción durante la realización de sus actividades que implican una subordinación.

Se reformó el Código Penal y se tipificó el hostigamiento sexual en su Artículo 259 bis.

Es en el medio laboral donde se presentan el mayor número de casos de hostigamiento, porque existe un acoso, asedio o chantaje por parte del superior jerárquico a su trabajador, el cual siempre tiene que

acceder a las peticiones de aquel por necesidad de empleo para el mantenimiento de su familia.

De acuerdo a las investigaciones realizadas, se han encontrado una serie de reacciones que presenta la persona que es hostigada sexualmente:

Como son la ansiedad, tirantez, tensión y exaltación, hacen a la persona reaccionar con una serie de malestares como el tic nerviosos, toda clase de achaques y dolores de distinta índole que pueden ser leves o severos, los cuales son el resultado de un conjunto sin solución, es la respuesta del cuerpo humano, afectando la forma de desenvolverse, interfiriéndole o creándole una intimidación, hostilidad o bien un medio ambiente ofensivo con las propias gentes que lo rodean, dando como resultado un bajo rendimiento en sus actividades.

Por todo ello, realmente es llamar la atención y causa un gran revuelo, la creación del tipo penal de hostigamiento sexual, desde su nacimiento ha sido muy polémico, debido, según algun tratadista, a su pésima técnica jurídica, para otros no cumple su función social, otra corriente considera que ya se encuentra regulado en la materia laboral.

En fin, con la incorporación del hostigamiento sexual, como conducta delictiva, se pretende salvaguardar

la inseguridad de autodeterminación sexual de las personas.

CAPITULO PRIMERO

"ANTECEDENTES LEGISLATIVOS"

I. Antecedentes

- A.- El Imperio Azteca
- B.- La época colonial
- C.- La Independencia
- D.- La Revolución
- E.- Epoca Moderna . Siglo XX

II. Iniciativa de Ley

III. Interpretación del tipo penal a estudio

CAPITULO PRIMERO
ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

I. ANTECEDENTES

Por cuanto hace a los antecedentes del tipo penal de hostigamiento sexual en México, no se tienen registros escritos sobre la práctica de éste, por que no se conocía dicha palabra, pero el abuso sexual ha existido a través de las diferentes etapas históricas. Sólo se ha conocido por los chistes en la literatura popular con los clásicos jefes sentando a sus secretarias en las piernas o correteándolas por las oficinas, por igual, a un jefe de familia acosando a la doméstica y, en las aulas escolares, los profesores a las alumnas. Sin embargo, hay algunos antecedentes que nos permiten inferir su existencia, aunque no se haya conocido este fenómeno como tal, sino hasta hace algunos años. Algunas investigaciones realizadas en Estados Unidos de Norteamérica en el año de 1970 y en México en el año de

1980, aunque son escasas señalan que el hostigamiento sexual tiene un fuerte impacto psicológico. Específicamente en investigaciones realizadas en el ámbito laboral, el cual pudiera representar el medio de mayor comisión de la referida conducta, se ha observado que hay una disminución en la satisfacción que sienten hacia sus compañeros de trabajo, promociones y ejecuciones laborales, se da una menor motivación, distracción de sentimientos y miedo de asistir al trabajo. Además, el efecto no solamente se limita al lugar donde labora, afecta también su vida privada, la cotidianidad de su existencia.

A. EL IMPERIO AZTECA.

"Las aztecas eran tradicionalmente destinadas al hogar. La maternidad era de suma importancia dentro de dicha civilización, por ejemplo las mujeres que morían dando a luz adquirirían el rango de diosas y después de la muerte se iban a descansar a la mansión del sol, al igual que los guerreros que morían durante el combate. Las mujeres aztecas siempre tuvieron un lugar secundario, relegadas al encierro del hogar y a la incomunicación desde pequeñas. Tenían poca oportunidad de desarrollar alguna inquietud.

Así mismo, la mujer tenía como deber principal dar hijos al grupo azteca, procrear de preferencia

guerreros y lo mejor que le podía pasar, como ya se había señalado con anterioridad, era la de morir dando a luz.

La función femenina efectiva era la prostitución que, unida a la maternidad, constituía la más importante actividad de las aztecas. Dichas funciones tenían aspectos comunes, en ambas, se consideraba de manera muy importante el aparato sexual y reproductor femenino. Del mismo modo ambas propiciaban una actitud de servidumbre para acoplarlas al sistema y a los valores, entonces, vigentes, ya sea desvirtuando la maternidad o soslayando el descanso y entretenimiento de los guerreros". (1)

El Derecho Penal era, desde luego, muy sangriento y por sus rasgos sensacionalistas es la rama del Derecho mejor tratado por los primeros historiadores. La pena de muerte es la sanción más corriente en las normas legisladas que nos han sido transmitidas, y su ejecución fue generalmente pintoresca y cruel. Las formas utilizadas para la ejecución fueron la muerte en hoguera, el ahorcamiento, ahogamiento, apedreamiento, azotamiento, muerte por golpes de palos, el degollamiento, empalamiento y desgarramiento de cuerpo; antes o después de la muerte hubo posibles aditivos infamantes. A veces,

(1) Pereyra, Carlos. Compendio de Historia Azteca. Edit. Esfinge, México, 1981, pág. 42.

la pena capital fue combinada con la de confiscación. Otras penas eran la caída en esclavitud, la mutilación, el destierro definitivo o temporal, la pérdida de ciertos empleos, destrucción de la casa o encarcelamiento en prisiones, que en realidad eran lugares de lenta y miserable eliminación. (2) Penas más ligeras, a primera vista, pero consideradas por los Aztecas como una insoportable ignorancia, eran las de cortar o chamuscar el pelo.

Curioso resulta, que el hecho de ser noble, en vez de dar acceso a un régimen privilegiado, era circunstancia agravante: el noble debía de dar el ejemplo, noblesse oblige. Observamos un gran rigor sexual, con pena de muerte para incontinencia de sacerdotes, para homosexualidad (respecto de ambos sexos), violación, estupro, incesto y adulterio. (3)

Es de notarse que entre los Aztecas, el derecho penal fue el primero que en parte se trasladó de la costumbre al derecho escrito.

(2) De Mendieta, Fray Jerónimo. Historia eclesiástica Indiana, reimpresión. México, 1945, vol. I, pág. 138.

(3) Margadant S., Guillermo F. Introducción a la Historia de Derecho Mexicano. 7a. Edición, Edit. Esfinge, México, 1986, pág. 24.

B.- LA EPOCA COLONIAL

En la primera etapa de la colonia predominó la mujer indígena, ya que la aparición de los españoles se daría tiempo más tarde. De este modo las mestizas y criollas surgieron con la llegada del hombre blanco en generaciones posteriores.

El carácter de las cuatro mujeres que conforman las raíces del mexicano, la soberbia aparece como característica principal en la española, el orgullo en la criolla y la confusión en la mestiza, sumisión en la india, siendo esta última la más trascendente en la historia.

Las españolas eran las merecedoras de privilegios, ya que eran las esposas legales, y por lo tanto las dominadoras, de modo contrario las indias se sabían inferiores y menospreciadas al tiempo que desprotegidas y desposeídas. No teniendo otro destino que el de servir; eran las que cuidaban a los hijos de los españoles y a la vez eran objeto sexual de los castellanos.

"Las indígenas eran doblemente explotadas, como trabajadoras y como reproductoras. Su trabajo físico y sus favores sexuales pertenecían por completo a sus amos, ya que, las indígenas eran forzadas en el campo de

trabajo, como sirvientas domésticas y como reproductoras y frecuentemente usadas por sus amos, para sus placeres sexuales, no tenían derechos legales para rechazar los avances sexuales de sus amos. Además este privilegio podía desplazarse a los vecinos del amo, sus visitantes o hijos más jóvenes ansiosos de iniciarse en los misterios del sexo". (4)

C.- LA INDEPENDENCIA.

Propiamente en la etapa de independencia, se tiene poco conocimiento de conductas que inculcaran un hostigamiento sexual, toda vez que la atención del pueblo, se encontraba en la hostilidad que se vivía. Pero es menester señalar que a partir de la conquista de los indios, éstos, quedaron sometidos a los españoles en calidad de encomendados. Habiendo sido despojados de sus tierras, los indios desempeñaban trabajos de peones en las haciendas y en las minas de los españoles por lo cual recibían un mezquino jornal y eran cruelmente castigados por las faltas más leves, sin que las autoridades intervinieran para evitar los abusos de los amos.

(4) Florescano, Enrique. La Formación de los Trabajadores en la Epoca Colonial. Edit. Siglo XXI, México, 1980, pág. 85.

Todas estas injusticias y abusos con todos los indígenas hacen que surja un levantamiento de armas para buscar la independencia. (5)

De especial importancia es, en esta etapa, el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana (Constitución de Apatzingan) de 242 artículos, sancionados el 22 de octubre de 1814, que nunca tuvo vigencia pero que no merece ser archivada entre los múltiples planes sin eficacia, ya que contempla, entre otras garantías que " la ley sólo debe decretar penas muy necesarias, proporcionadas a los delitos y útiles a la sociedad" (art. 23), así como el importante principio del nullum crimen sine lege (art. 21), y que la pena debe ser personal contra el reo (art. 22).

En la Constitución de Cadiz, que ha sido la primera constitución formal que rigió a México, y promulgada el 18 de marzo de 1812, se confirma nuevamente, los principios de que el castigo debe referirse directamente al delincuente y no castigar miembros inocentes ni a su familia, la posibilidad de alcanzar una libertad bajo fianza para todo delito que no amerite pena corporal (art. 305 y 296) entre otros tantos principios (objetos de otras materias), así como múltiples de leyes, tratados y planes

(5) Casarrubias, Vicente. Rebeliones Indígenas en la Nueva España. 2a. edición. Edit. Herrero, México, 1978, pág. 35.

preconstitucionales y postconstitucionales que, de igual manera, conservan el espíritu de las ya mencionadas Constituciones.

D.- LA REVOLUCION.

"En el feudalismo el hostigamiento sexual lo podemos encontrar de una forma impuesta en la cual el jefe tenía propiedad sexual, existió una costumbre llamada Derecho de pernada. Esta costumbre estipulaba que todos los peones, o gente bajo su mando debían dar a su patrón o hacendado el derecho de tomar la virginidad de su mujer, la que tenía que pasar la noche de bodas con el hacendado. La única manera en que esto se podía evitar era haciendo un pago en especie para comprar este derecho.

La moral pública y las buenas costumbres del porfiriato están basadas en un régimen feudal de explotación a la fuerza de trabajo. Posteriormente en la revolución, época llena de violencia, inconformidad, lucha y revueltas, la mujer se vió envuelta tanto como los hombres en estos sucesos, ya que al igual que ellos participaban activamente en los frentes de batalla.

Sin embargo, a pesar de que las soldaderas peleaban incluso hasta la muerte en la mayoría de los casos, ellas ignoraban el poder, debido a la ignorancia

sobre las ideas políticas y razones económicas que produjeron dicho movimiento armado". (6)

Ellas lo único que sabían es que tenían un hombre al cual pertenecían y debían apoyar, ya que ellos las proveían económicamente. Para las soldaderas el servir a su hombre y seguirlo era su verdadero principio, una ley intrínseca a su naturaleza.

E.- EPOCA MODERNA SIGLO XX.

Durante esta época, las mujeres trabajaron bajo condiciones casi intolerables y ellas también sufrieron de hostigamiento sexual en sus centros de labor. El referido término aún no se conoce, pero es en el año de 1980, cuando en México se empieza a investigar y a utilizar la palabra de "Hostigamiento Sexual".

Todas las mujeres que experimentaron el abuso sexual en fábricas, talleres, aulas escolares y en el mismo hogar, sufrieron la humillación y temor en privado. Sin embargo una vez sindicalizados (las trabajadoras), los cargos de abuso sexual aparecieron como una de las

(6) Molina Enriquez, Andrés. La Revolución Agraria de México y la caída de Porfirio Díaz. Edit. Hernández, México, 1983, pág. 57.

mayores quejas hechas por éstas a los oficiales de los sindicatos.

Los supervisores, de algunos centros de trabajo, tomaban ventaja de los aprietos de las mujeres trabajadoras y las urgían a darles concesiones, así como en los centros escolares los profesores, con las alumnas. La mujer que los rechazaba, ponía en peligro su trabajo o calificación, respectivamente.

Los trabajos de oficina eran vistos como puestos más altamente favorecidos, más limpios y menos arduos que el trabajo en las fábricas, así como socialmente más aceptables. Sin embargo, el hostigamiento sexual también estuvo presente con estos empleados, en forma de avance, por los hombres que laboraban en éstas, y quienes sentían que la jóvenes eran un pasatiempo y que no se atreverían a protestar.

El incremento de la fuerza laboral femenina ha aumentado por sí mismo y, como consecuencia, la incidencia del hostigamiento sexual en este ámbito; ya que simplemente existen más personas sujetas a ser hostigadas.

Sólo que este problema no se había reconocido hasta recientemente con el término de hostigamiento sexual en el área penal y se ha convertido en un tema de

discusión en México desde 1980 y en Estados Unidos de Norteamérica desde 1970.

II. INICIATIVA DE LEY

Gran revuelo causó el Proyecto de reforma y adiciones al Código Penal del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, enviada y analizada en la Cámara de Diputados a fines del año de 1990, en el que, entre diversos cambios sustanciales, encontramos la inclusión de un nuevo tipo delictivo denominado "Hostigamiento Sexual".

A continuación, se transcribe textualmente, para no perder el espíritu de la misma, algunos párrafos de la Iniciativa de Ley, del ya mencionado paquete, de reformas y adiciones tanto al Código Penal como del Código de Procedimientos Penales, dando con ello especial énfasis en cuanto al tema del presente trabajo se refiere, y que a la letra dice:

LICENCIADO CARLOS SALINAS DE GORTARI
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LOS
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

P r e s e n t e .

Reconociendo el beneficio obtenido en las reformas efectuadas en los últimos años al Código Penal del Distrito Federal, en materia de delitos sexuales y el esfuerzo realizado por su actual administración, mediante la creación de instancias para la atención de las

víctimas de delitos, las mujeres integrantes de todos los partidos políticos, Asamblea de Representantes, Grupos de la Sociedad Civil, Senadores y Diputadas, consideran necesario adecuar y modernizar el marco legal que según los datos empíricos que se reportan han quedado obsoletos, haciendo necesaria una reforma integral que contenga cambios sustanciales desde la reparación del daño, hasta la definición de tipos penales, en virtud de que éstos utilizan esquemas valorativos que datan del siglo pasado.

Es por ello que por conducto del Poder Legislativo queremos hacer llegar a la Cámara esta iniciativa, en la que han participado mujeres de todos los sectores y que busca, como objetivo fundamental, la creación de la infraestructura humana, técnica y jurídica, capaz de darle una atención en forma digna a las mujeres que sufren estos ilícitos".

"EXPOSICION DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE REFORMAS Y ADICIONES AL CODIGO PENAL DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL Y DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, RELACIONADAS CON LA REPARACION DEL DAÑO, APLICACION DE SANCIONES, DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INEXPERIENCIA SEXUAL, DELITOS CONTRA LA VIDA E INTEGRIDAD CORPORAL Y PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD Y OTRAS GARANTIAS.

El Estado Mexicano se ha preocupado con empeño, en el último decenio, por mejorar la situación jurídica del delincuente, mediante la promulgación de ordenamiento legales, creación de instituciones y capacitación de personal. Dentro del contexto de modernización jurídica, se prevé ahora, la atención a la víctima que no se había contemplado.

De ahí la necesidad de que todos los Estados promuevan sus esfuerzos por respetar y garantizar los derechos de la víctima, por lo que son necesarias nuevas directrices de política criminal que den soluciones concretas y eficaces al problema de la victimización, mediante las cuales se recupere la confianza en la autoridad.

Estamos concientes que las políticas victimológicas deber ser intersecretariales (sanitarias, económicas, educativas, etc.), dirigidas en primer término hacia la prevención del delito con el objeto de reducir la victimización y en segundo lugar, si ha fallado la prevención, debemos incorporar soluciones jurídicas que auxiliien a la víctima y le den protección".

"En cuanto a los llamados "delitos sexuales", se cambio su denominación por otra, que se adecuó a la época contemporánea, bajo el rubro "delitos contra la

libertad e inexperiencia sexual", sistematizado el articulado y precisando su contenido.

Se incluye un nuevo tipo penal, bajo el rubro "hostigamiento sexual", que aún cuando se encuentre regulado en algunas legislaciones extranjeras, no definen ni el tipo ni los elementos del mismo, sino sólo señalan los casos en que se comete; en este proyecto se como elementos del tipo el asedio con móviles erótico-sexuales, de personas que por razón de su jerarquía tratan de abusar de algún subordinado, y que al no obtener respuesta causan daño o perjuicio al mismo, caso en el cual es punible el hostigamiento sexual sin que admita la tentativa este tipo penal.

Lo anterior, de ninguna manera lesiona el espíritu del artículo 4o. constitucional, en el sentido de romper la igualdad jurídica del hombre y la mujer".

"Preocupados por un manejo adecuado de escalas punitivas, atendiendo a la calidad de los sujetos activos, incluimos en el proyecto relativo, algunos casos que se omiten en el Código Penal Vigente; por otro lado, se incluyen así mismo, consideraciones relativas a las secuelas que sufre la víctima en las circunstancias agravantes a causa del delito".

"El objetivo de las reformas al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es crear una nueva mística con mecanismos idóneos para la protección de víctimas de alto riesgo, quienes pueden presentar graves secuelas físicas y psicológicas que requieren un tratamiento interdisciplinario, evitando con ello hasta donde sea posible la comparecencia de menores de edad; evitando un enfrentamiento directo de víctima y victimario, así como preguntas innecesarias que no tengan relación con el ilícito cometido, todo esto con el fin de disminuir las consecuencias emocionales derivadas de los delitos contra la libertad e inexperiencia sexual".

PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN, ADICIONAN Y DEROGAN, DIVERSAS DISPOSICIONES RELACIONADAS CON REPARACION DEL DAÑO, APLICACION DE LAS SANCIONES, DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INEXPERIENCIA SEXUAL Y OTROS ILICITOS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.

 TEXTO VIGENTE

TEXTO PROPUESTO

 TITULO DECIMO QUINTO
 DELITOS SEXUALES

TITULO DECIMO QUINTO
 DELITOS CONTRA LA LIBERTAD
 E INEXPERIENCIA SEXUAL.

CAPITULO I

ATENTADOS AL PUDOR,
ESTUPRO Y VIOLACION

ARTICULO 260.- (sin antecedente: el contenido de este numeral se reubicó)

CAPITULO I

HOSTIGAMIENTO SEXUAL,
ABUSO SEXUAL ESTUPRO Y
VIOLACION

ARTICULO 260.- A quien abusando de su jerarquía, ya sea en el ámbito laboral, religioso, escolar, doméstico o cualesquiera otros, provoque un daño o perjuicio a la persona que no acepte su asedio con móviles eróticos sexuales se les impondrá una sanción equivalente a cuarenta días de multa. Si además el que asedie es servidor público se le destituirá de su puesto y será inhabilitado para ejercer un cargo público hasta por tres años.

Sólo es punible el hostigamiento sexual consumado. No se procederá contra el hostigador, sino a petición

de la parte ofendida o de su legitimo representante".

"PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

TEXTO VIGENTE	TEXTO PROPUESTO
CAPITULO VII	CAPITULO VII
DE LAS AUDIENCIAS	DE LAS AUDIENCIAS
ARTICULO 59.- Todas las audiencias serán públicas pudiendo entrar libremente a ellas todos los que parezcan mayores de catorce años.	ARTICULO 59.- Todas las audiencias serán públicas pudiendo entrar libremente a ellas los mayores de dieciocho años.
En los casos en que se trate de un delito contra la moral o cuando en el proceso sea ésta atacada, la audiencia tendrá lugar a puerta cerrada, sin que puedan entrar al lugar en que se celebre mas que las	Cuando se trate de delito contra la libertad y la inexperiencia sexual, la parte ofendida, o quien la represente, podrá solicitar al juez que ordene el desarrollo de las audiencias que tengan lugar a puerta cerrada.

personas que intervienen oficialmente en ella.

En caso de juicio, en los que los ofendidos sean menores de 12 años, las audiencias, siempre serán a puerta cerrada, no siendo aplicables los párrafos anteriores de este artículo.

CAPITULO XI

CAREOS

ARTICULO 229 bis .-
(No existe antecedente)

CAPITULO XI

CAREOS

ARTICULO 229 bis.- Cuando los careos tengan relación con los delitos contra la libertad e inexperiencia sexual, el Juez excusará _ de la práctica de tales diligencias al sujeto ofendido menor de doce años de edad o al incapacitado por cualquier causa para entender la naturaleza de los hechos delictivos, pero esta diligencia se realizará con su representante.

Los sujetos ofendidos que no tengan las características señaladas en el párrafo anterior, podrán pedir al Juez que de existir contradicciones en los careos, se resuelvan aquéllas de manera separada.

SECCION SEGUNDA

DILIGENCIAS DE POLICIA
JUDICIAL

CAPITULO I

INICIACION DE PROCEDIMIENTO

ARTICULO 263 .- . . .

I.- Rapto y estupro;

II.- Injurias, difamación y golpes simples.

III.- ARTICULO 305.- . . .

(este párrafo no tiene antecedente)

SECCION SEGUNDA

DILIGENCIAS DE POLICIA
JUDICIAL

CAPITULO I

INICIACION DE PROCEDIMIENTO

ARTICULO 263.- . . .

I.- Hostigamiento sexual, estupro y privación ilegal de la libertad por móviles sexuales;

II.- Injurias, difamación y calumnias.

III.- ARTICULO 305.- . . .

Quando el acusado reconozca su culpabilidad por confesión libre espontánea,

rendida ante la autoridad judicial, independientemente de lo que establece el primer párrafo de este artículo, podrá optar por el juicio sumario, tomando en consideración lo que establece el artículo 57 del Código Penal".

En los debates de la Sesión Pública Ordinaria efectuada en la Cámara de Senadores en fecha 20 de diciembre de 1990, en la que se estudiaba la citada Iniciativa de Ley, hubo comentarios positivos para la misma, así como fue muy aceptado en cuanto a las relaciones con " la libertad Sexual y el normal desarrollo psicosexual", quedando bien claro, en las diversas intervenciones de los miembros de esta Cámara, que habían varias dudas y cuestionamientos respecto del texto mismo de la ley, ello es normal, porque, además de que se refuerzan algunas de las disposiciones que ya existían en la legislación vigente, se entra al terreno de nuevas figuras jurídicas, de nuevos tipos penales y en la modificación de ciertos criterios procesales, y es por eso, de entrada, muchas de sus disposiciones parecen discutibles, sobre, y debe quedar acentado con la mayor claridad, a algunos parece insuficiente la definición de los tipos delictivos, que incluso en algunas de su

definiciones se prestan a la confusión, tanto por lo que hace el abuso sexual, como al Hostigamiento. La idea del asedio, parece demasiado genérica para que pueda tipificar con claridad y con precisión un delito.

Ya con posterioridad, en fecha lunes 21 del mes de enero de 1991 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforma y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal, y en particular el nuevo tipo delictivo denominado "Hostigamiento Sexual" fue ubicado en el numeral 259 bis, apareciendo de la forma siguiente:

ARTICULO 259 BIS.- Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticos o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilizace los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo.

Solamente será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño.

Sólo se procederá contra el hostigador, a petición de parte ofendida". (7)

Siendo suscrito tal decreto en fecha 20 de diciembre de 1990, y entrando en vigor al día siguiente de la fecha de su publicación, quedando el Título Decimoquinto del Código Penal, bajo el rubro de "Delitos contra la libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual. CAPITULO I HOSTIGAMIENTO SEXUAL, ABUSO SEXUAL, ESTUPRO Y VIOLACION".

(7) Diario Oficial de la Federación. Tomo CDXLVIII, No. 14, pág. 23.

III. INTERPRETACION DEL TIPO PENAL A ESTUDIO

Se debe razonar que el Hostigamiento Sexual debe considerarse como un tipo penal preventivo, que evite el acoso y la persecución sexual, a cuyo sistema están expuestos miles de personas en sus ámbitos laborales o de otras actividades, ya que sus superiores jerárquicos, utilizan su posición como medida de presión, produciéndose con ello una fuerte alteración psicosexual de las víctimas.

Se crea, pues, el delito de hostigamiento; hostigar significa perseguir, acosar, asediar o molestar a una persona insistentemente, y, en la connotación que le da la iniciativa se refiere, a la conducta sexual de una persona que, abusando de su situación jerárquica, asedie reiteradamente a su subordinado y provoque en la víctima intranquilidad y el desequilibrio emocionales que impidan un desarrollo interpersonal en un ambiente de cordialidad y respeto. Siendo como es una definición sumamente casuística, los autores de la iniciativa se mueven dentro de la doctrina subjetiva de Edmund Mezger, conciente o inconcientemente, porque aplican su misma técnica de los tipos jurídicos-penales, con base en la antijuridicidad o lo justo, de tal suerte que el juzgador no puede atenerse a la simple descripción que hace la ley, sino debe realizar un juicio ulterior relacionado con la situación de hecho.

De lo anterior, se concluye que la incorporación del Hostigamiento Sexual como conducta delictiva, permitirá salvaguardar la inseguridad y autodeterminación sexual de las personas, pero siempre que el tipo delictivo se delimite con claridad y precisión, para que de su contenido, no se propicie inseguridad jurídica que ponga en peligro el principio de legalidad. De su estudio se deduce que el delito comparte en sus elementos objetivos una repetición de conductas similares que aisladamente no son delictuosas, porque el tipo se forma del conjunto de todas ellas, considerándose que este tipo penal se difiere de otras conductas delictivas, en que el asedio sexual se expresa en provocaciones, insinuaciones o invitaciones insistentes, destruye cualquier acción orgullosa decretada físicamente del fuero del sujeto pasivo o del agente o de un tercero, como parte lo implica al llegar al punto de los abusos deshonestos.

Por lo que se refiere a los servidores públicos, se menciona que ellos son los que tienen mayor obligación de tratar con más respeto a sus subordinados, y en otro orden de ideas se acordó que el hostigamiento, únicamente se persiguiera a petición de parte y cuando se hubiere ocasionado un daño o un perjuicio.

CAPITULO SEGUNDO

"ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL"

I. Generalidades

II. Clasificación de los tipos penales

III. Tipo penal de hostigamiento sexual

A.- Concepto

1.- Etimológico

2.- Jurídico

3.- Doctrinario

IV. Elementos del tipo penal

A.- Normativos

B.- Objetivos

C.- Subjetivos

I.- GENERALIDADES

En este trabajo, nos avocaremos a una forma de violencia que es comentada en voz baja, considerado como un problema aislado, personal que tiene que ser resuelto de manera individual y debe ser escondido por el temor al descrédito además cuando se le encara públicamente asume características de "un simple chiste de oficina". Esto hace referencia al problema del hostigamiento sexual.

Considérense las siguientes situaciones como forma o casos de hostigamiento.

Un subordinado que es objeto de miradas lascivas o de piropos injuriosos y obscenos, manoseos y acercamientos físicos que no pidió ni le resultan agradables, por parte de su superior jerárquico.

Un trabajador que teme quedarse solo porque su jefe o algún compañero de trabajo, intenta "ciertos acercamientos" que le resultan molestos, o bien que teme perder su trabajo si no acepta "salir con su jefe".

Identificar situaciones de hostigamiento o chantaje sexual en el centro de trabajo no es siempre sencillo, menos fácil acumular pruebas de que ello se dió y aún más costoso y raro llegar a denunciarlas, ya que el hotigamiento y chantaje sexual tienen consecuencias

negativas, no sólo para la víctima, sino también para el ambiente donde se efectúe repercutiendo finalmente en la eficiencia, productividad y desenvolvimiento. Es normalmente en los centros de trabajo donde se vive más nítidamente la relación desigual de poder entre hostigador y hostigado; la necesidad de trabajo, de obtener permisos para asuntos personales, pero también la necesidad de afecto y compañía, son necesidades objetivas de los asalariados que los transforman en vulnerables, capaces de aceptar situaciones de hostigamiento o acoso con las que en otras circunstancias no hubieran transigido.

El hostigamiento se caracteriza por cuatro formas básicas:

a) Acciones sexuales no recíprocas. Que son conductas verbales o físicas que contienen aspectos relacionados con la sexualidad las cuales son recibidas por alguien, sin ser bienvenidas ni recíprocas.

b) Coerción sexual. Esta se refiere a la intención de causar alguna forma de perjuicio o proporcionado algún beneficio a alguien, por aceptar o rechazar las acciones sexuales.

c) Sentimientos displacenteros. El impacto que tiene en quien las recibe, las hace sentirse insatisfechos, molestos, humillados y deprimidos.

Así el hostigamiento puede ocurrir como un simple encuentro o como una serie de incidentes, los cuales pueden extenderse en un continuo que va desde los piropos o comentarios amables, bromas o insinuaciones, hasta la franca proposición de tener relaciones sexuales o la agresión física.

El hostigamiento presenta diversas formas, que van desde las verbales hasta las físicas, con el predominio de las primeras. Las formas verbales incluyen comentarios persistentes sobre el cuerpo de la persona hostigada, bromas o comentarios indignos y proposiciones sexuales. La pornografía a veces es usada como una forma más de hostigamiento. Los actos físicos pueden ser razones accidentales, tocamientos de las manos y otras partes del cuerpo, caricias amistosas, apretones, intentos de abrazarlas o besarlas.

En una sociedad como la nuestra donde la degradación de la capacidad económica de la familia se está acentuando como resultado del estado de crisis general, resulta hasta lugar común que la persona subordinada tenga que soportar los requerimientos inmorales de quienes tienen la posibilidad de abrirles o

cerrarles las puertas de las finalidades que buscan. Esta situación se torna más indignante cuando el agresor es un servidor público que se vale de su jerarquía.

Todos los días y a toda hora hemos encontrado hostigamiento sexual principalmente en los medios de comunicación, basta con encender un televisor para percatarnos con que livianeza y descaro la programación incluida, la de los canales de televisión oficial, bombardean, saturan y enajenan con la trama de sus telenovelas de emisión diaria. "Con la temática sexual, basta remitirnos a los libretos tanto de telenovelas nacionales como de las series televisivas internacionales para descubrir, que en cuatro de cada diez programas televisivos las agresiones sexuales son claras, que en ocho de cada diez programas, por lo menos en la trama hay uno o varios homicidios, incluidos varios con carácter sexual, y que la forma indiscriminada de estos bombardeos televisivos de violencia y en su caso de violencia sexual". (8)

De alguna u otra manera afectan a nuestra población, una población que dedica por lo menos tres horas diarias a estar mirando un televisor, ya que no se respetan los horarios ni las programaciones aptas para

(8) Pérez Castillo, Juan. La T.V. en México y la Comunicación. Editorial Punto y Coma, México, 1988, pág. 35.

niños, adolescentes y adultos, quien pensara que tratámos de negar nuestra realidad social, por que la televisión sólo muestra una parte recopilada de la realidad, somos de la idea de que los medios de comunicación cometen el grave error de mostrar en exceso los aspectos negativos de la sociedad.

Y si alguien considera que la televisión influye en la formación del individuo, somos nosotros, y si esta influencia se ejerce sobre una población principalmente joven y fundamentalmente en proceso de formación física, psíquica, psicológica y sexual, es entonces que estamos en el entendimiento de que sobre nuestra juventud mexicana se ejerce, aunque sea de forma velada o disimulada, el hostigamiento sexual, principalmente en la televisión.

Con respecto a la pantalla cinematográfica, mencionamos que, la cartelera de cine y teatro nos muestra que su clasificación se encuentra dividida en los siguientes porcentajes:

- a) El 6% para niños, adolecentes y adultos, clasificación A.
- b) El 20% para adolescentes y adultos, clasificación B.

c) El 70% para adultos, clasificación C.

d) El 4% para mayores de 21 años, clasificación D.

"En base a los datos mencionados es posible en un país como el nuestro que sólo el 6% de programación apta para toda la familia sea la que la juventud mexicana tiene acceso hoy en día para satisfacer sus necesidades de esparcimiento y diversión, creemos que no existe un equilibrio adecuado en la programación de nuestros cines y teatros. Para quien crea que mentimos lo invitamos a que compre cualquier periódico y que compruebe los porcentajes que nosotros mencionamos, independientemente de que descubrirá que los títulos de las películas son por demás sugerentes y en su caso de doble sentido, haremos mención sólo de algunos de ellos". (9)

"Violación en la cárcel de mujeres"

"Traficantes de placer"

"Juegos diabólicos"

"Las sábanas calientes"

"Año 2069, Odisea del sexo"

En base a los datos antes proporcionados no podemos concluir que los medios de diversión para nuestro pueblo guarden un equilibrio formativo en la juventud, con respecto a los medios impresos de comunicación sobre todo en su género de fotonovela o historieta, encontramos que existen más de 38 publicaciones que son verdaderamente pornográficas o en su caso semi-pornográficas, ya que amparada bajo el pretexto de tener tanto su registro como su permiso y licencia de publicación en trámite, circulan libremente y sin ningún tipo de censura, el que se expendan bajo control sería prácticamente imposible, ya que obviamente, ni la Secretaría de Gobernación, ni la Secretaría de Educación Pública cuentan con el equipo humano suficiente para ejercer control o censura sobre estas publicaciones.

Si sumamos la influencia que tiene sobre nuestra juventud los medios de comunicación antes mencionados, podemos concluir que nuestra juventud sí se encuentra hostigada por los medios de comunicación en materia sexual, ya que si cualquier joven o en su caso niño y la población en general enciende un televisor y encuentra violencia y en algunos casos violencia sexual, si quiere asistir a un cine o en su caso a algún teatro, encontrará que sólo muy pocos cines le ofrecen una programación adecuada para su edad, y si ese mismo niño acude a cualquier puesto de revistas encontrará el tipo de revistas que mencionamos con anterioridad, es por ello

que comprobamos que nuestra juventud se encuentra hostigada por un exceso de información distorsionada de la sexualidad y es así que si nuestros jóvenes buscan cualquier tipo de información acerca de la sexualidad o en su caso, encontrarán información desvirtuada y sobre todo una idea y concepto erróneo y todo esto repercutirá más adelante en su vida social al tener una información sexual contraria y sin principios llevándolos a realizar actos de hostigamiento sexual en los medios en que se desenvuelvan.

El hostigamiento sexual, es un hecho que lastima la dignidad de las personas que son víctimas de ello. Esta conducta por cierto frecuente tanto en hombres como en mujeres, está íntimamente ligada a la situación de poder.

Pero el problema es aún más complejo, puesto que no sólo alcanza a las mujeres sino a los hombres también.

Muy fácil sería hablar de homosexualidad como perversión sexual, pero es importante poner de manifiesto la íntima conexión con el estatus de poder, que generalmente ocupa la persona que hostiga sexualmente a otra.

En las investigaciones que se han emprendido se presenta una constante, la persona que ocupa una posición de mando, es una presión para sus subordinados, para que tengan relaciones sexuales con él, ofreciendo a cambio un ascenso, o una posición mejor remunerada o algún beneficio.

Esta práctica es común y con ella se corrompe y escandaliza tanto a quien la practica, como quien es objeto de ella, además a terceros, quienes se encuentran en ese medio, por tanto que lo advierten y se sienten impotentes para evitarlo.

No obstante, tanto una como la otra persona de las que exhiben tales conductas, establecen una liga de poder que está basada en la incondicionalidad del hostigado, quien debe acatar órdenes cada vez de mayor confianza y sobre asuntos que requieren mayor delicadeza, esto vale tanto para hombres como para mujeres.

Si a ello agregamos la falta de preparación académica que se pretende suplir con improvisación o con un manejo seductor de las relaciones interpersonales, tendremos un cuadro de conducta anormal o patológica.

Por ejemplo entre varones, se puede observar que la conducta homosexual, producto de hostigamiento

sexual en el medio laboral, puede traducirse en travestismo o pérdida de la identidad.

En las mujeres ese mismo hostigamiento sexual en el medio produce la elevación de ansiedad y sentimientos de devaluación.

Ahora bien si los sujetos hostigados recurren a personas que pudieran brindarles alguna ayuda, dentro del mismo medio en que se presenta tal conducta, son hostigados en igual forma y lo único que logran obtener es un cambio de medio.

"Considerando que la homosexualidad es una de las formas de manifestación de la sexualidad humana que se dá en los individuos, al igual que la heterosexualidad y la bisexualidad, y que los homosexuales y lesbianas mexicanas representan un elevado porcentaje de la población nacional. Según estadísticas de la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional Autónoma de México, diez de cada cincuenta hombres son homosexuales, esta misma cifra la encontramos en las mujeres, lo cual nos dá un porcentaje de 20% de cada cien personas". (10)

(10) Pérez Palafox, Arturo. Delitos Sexuales. Editorial Talleres Gráficos Cámara de Diputados, México, 1989, pág. 359.

Con una población de 88 millones, el país tiene un porcentaje de 8.8 millones de personas homosexuales entre hombres y mujeres, tal vez esa cifra sea exagerada, pero un estudio de cuatro años de trabajo en la comunidad homosexual en distintos grupos del país lo confirman.

Estas estadísticas nos dan un claro ejemplo de que existe hostigamiento sexual para hombres y mujeres, y no sólo como se pensaba que la mujer es la única que puede ser hostigada. Los hombres no están exentos de ser hostigados sexualmente, no se reportaron estos casos debido a sus implicaciones tanto personales como sociales y laborales. En primer lugar, se piensa que en una situación de este tipo para ellos resultaría un seducción y, en segundo, cómo va a ser hostigado un hombre por una mujer. Esto provocaría una situación risible en nuestra sociedad.

Se dan algunos casos de hostigamiento sexual entre hombres con hombres y mujeres con mujeres pero no se denuncian, porque en nuestro país no es aceptado ni bien visto el homosexualismo ni lesbianismo por estar contra la moral y las buenas costumbres, así como la humillación y degradación que sufre el sujeto pasivo del delito con sus compañeros y en su familia; por eso estos casos son tan callados si el de la mujer es difícil de denunciar, el hombre es más.

En estudios realizados por la Facultad de Psicología de la UNAM se observó, que son los hombres solteros y sin profesión los que son más hostigados sexualmente, siguiéndoles los profesionales solteros, los no profesionales casados y los profesionales casados.

"Se realizó una investigación en Estados Unidos de Norteamérica con 875 hombres y mujeres que trabajan, tanto como profesionistas como en categoría de servicio en general. La mitad de las mujeres y el 31% de los hombres reportaron haber sido hostigados sexualmente. Los que respondieron mencionaron incidentes de hostigamiento sexual, que involucraban promociones en un 62%, en el proceso de reclutamiento en un 13% , involucrando la ganancia del contrato de planta en un 11% y la asignación de transferencia en un 7%". (11)

A continuación presentamos una lista de las distintas formas en que se presenta el hostigamiento sexual a los hombres como a las mujeres:

- 1) Tratos a base de palabras cariñosas o apodos (sexuales)

- 2) Miradas amorosas, de deseo o de lujuria.

(11) Lorraine Myers, C. Sexual Harassment of Working. Edit. The Florida State University, U.S.A., 1980, pág. 87.

3) Abrazos, palmadas o rozamientos durante la conversación.

4) Rozamientos constantes en el cuerpo.

5) Demostración de fotografías o revistas provocativas.

6) Preguntas o comentarios acerca de la vida sexual.

7) Invitaciones constantes a participar en actividades sociales no deseadas.

8) Exigencia a favores sexuales con la implicación de que acceder puede ser ventajoso y no acceder desventajoso.

9) Llevar a cabo relaciones sexuales después de haber sido sometido a avances sexuales forzados.

10) Violación.

Aun y cuando algunos de ellos puedan tipificar algún otro delito.

II. CLASIFICACION DE LOS TIPOS PENALES.

El maestro Pavón Vasconcelos en su libro Manual de Derecho Penal Mexicano, nos da diversas clasificaciones de los delitos, comenzaremos a analizar la clasificación de los ilícitos penales atendiendo al "sujeto pasivo", y en ese orden de ideas tenemos: a) Personales, cuando la afectación del bien jurídico tutelado por la norma jurídica recae sobre una persona física; y b) Impersonales, cuando dicha afectación recae sobre una persona moral, el Estado o la sociedad en general.

Así por ejemplo, las lesiones, el homicidio y el hostigamiento sexual son delitos personales; la traición a la patria constituyen ejemplos de delitos impersonales.

En cuanto al "sujeto activo" y tomando en consideración la "calidad" y el "número" de los que intervienen en la comisión de éstos, los delitos pueden ser clasificados de la manera siguiente:

I.- Atendiendo la calidad del sujeto:

a) Delitos de sujeto común o indiferente, en los cuales la ley al no destacar carácter alguno, permite su comisión por personas cualquiera, y

b) Delitos "exclusivos, propios o de sujeto calificado" en los que se exige la concurrencia, en el sujeto, de una determinada cualidad o relación personal, de manera tal que únicamente quienes reúnen tal cualidad pueden realizarlos (infanticidio, parricidio, hostigamiento sexual por la calidad que se exige de "superior jerárquico", etc.). (12)

II.- En razón del número de los sujetos:

a) Delito "monosubjetivos", en los que el tipo legal permite la comisión de la conducta delictiva o del hecho por una sola persona (como es el caso del tipo a estudio: hostigamiento sexual), y

b) Delitos plurisubjetivos, los cuales, según el modelo legal, solamente pueden realizarse con el concurso necesario. De igual manera, Pavón Vasconcelos al citar en su obra al maestro Silvio Ranieri (Diritto Penales), manifiesta que se distingue, en esta categoría, entre delitos plurisubjetivos "en sentido propio" y plurisubjetivos en sentido "impropio", siendo que en estos últimos se hace necesaria la cooperación de una pluralidad de sujetos, siendo sólo uno de ellos culpables y punible, con exclusión de los demás, en tanto que los primeros todos son considerados culpables, aun cuando en ocasiones la pena sea diversa.

 (12) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo II. Editorial Reus, Madrid, 1927, pág. 254.

Continúa, el maestro Pavón Vasconcelos, citando a Ranieri y manifiesta que realiza una distinción entre los delitos plurisubjetivos, según "la proyección de la conducta", de la manera siguiente:

a) Delitos plurisubjetivos de "conductas paralelas", en los cuales las conductas se desarrollan en planos paralelos, con la misma dirección y hacia idéntico resultado.

b) Delitos plurisubjetivos de "conducta convergente", en los cuales las conductas de los sujetos necesarios, partiendo de puntos opuestos, se encuentran en colaboración una con la otra hacia el mismo sentido, y

c) Delitos plurisubjetivos de "conductas contrapuestas", en los que las conductas partiendo de puntos opuestos, una contra la otra, se encuentran en igual plano de colaboración.

Así mismo menciona que el maestro Vincenzo Cavallo en su obra titulada Diritto Penale, hace una nueva clasificación, refiriéndose a las "condiciones del sujeto activo, y que comprende:

a) Delitos ocasionales, que son cometidos por sujetos de personalidad normal y equilibrada en los cuales "las dificultades para cometer el delito se han

superado excepcionalmente por una causa externa de considerable importancia", y

b) Delitos de hábito, cometidos por personas en las cuales se han atenuado las dificultades para cometer el delito y que por ello se inclinan fácilmente a repetirlo.

Por otra parte el maestro Porte Petit, efectúa una clasificación de los delitos en "orden a la conducta" teniendo entonces:

a) Delito de acción, que se presenta cuando la conducta se manifiesta a través de un movimiento corporal o conjunto de movimientos corporales voluntarios. Así por ejemplo, el hostigamiento sexual puede ser un delito de acción pues en la mayoría de sus casos, tal y como lo marca el tipo legal, la conducta del sujeto activo se manifiesta mediante "un asedio reiterado".

b) Delitos de Omisión, que se dan cuando la conducta consiste en una inactividad, en un no hacer de carácter voluntario, es decir, es una omisión del deber de obrar.

c) Delitos de omisión mediante acción, existen algunos autores que pretenden hablar, en orden a la conducta de este tipo de delitos, por existir casos en

los cuales para omitir el deber prescrito en la norma se requiere la realización de una acción. Tal criterio, cuya fundamentación resulta lógica, no autoriza a pretender una clasificación del delito refiriendo la omisión a una acción previa constitutiva del medio necesario para su expresión, pues si de acuerdo al tipo, lo relevante es la omisión misma, resulta indiferente llegar a la omisión, mediante una acción.

d) Delitos Mixtos: de acción y de omisión, en los cuales la conducta del sujeto se integra tanto con una acción como con una omisión, tratándose en consecuencia de una conducta mixta por expresarse en sus dos formas, ambas cooperantes para la producción del evento, si éste es requerido por el tipo penal o para agotar la pura conducta.

e) Delitos sin conducta (de sospecha o posición). Por nuestra parte negamos la existencia de este tipo de delitos, pues como veremos en el capítulo siguiente, la conducta o el hecho, según la descripción típica, es un elemento esencial del delito. No obstante, existe autores, que estiman que se está en presencia de este tipo de delitos cuando no es requisito del tipo la existencia de una conducta positiva o negativa, o sea de una acción o una omisión, y sostienen que consisten en una simple situación bajo la cual se coloca el sujeto,

configurativa del hecho incriminado por la ley, como sucede, por ejemplo, en la vagancia y malvivencia.

f) Delitos de omisión de evento o resultado, los cuales existen cuando en el tipo se contienen ordenes de resultado, cuando la ley espera del agente una determinada modificación del mundo fenomenológico, y precisamente la no verificación de tal resultado configura el delito y en esa virtud la conducta al expresarse trae como consecuencia la omisión del evento. Cosa en la que diferimos, toda vez que las normas penales contienen mandatos de hacer o prohibiciones de no hacer, siendo indiferente si mediante el acatamiento de tales mandatos o prohibiciones, puede conducirse una determinada mutación del mundo exterior del agente, pues lo que interesa en realidad es la acción o la omisión que contraría al precepto legal.

g) Delitos doblemente omisivos, siendo este tipo de delitos una variedad de la anterior, y en ellos el sujeto viola tanto un mandato de acción como uno de comisión, al no realizar un evento que debe ser producto omitiendo el mando de acción.

h) Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes siendo el primero de ellos cuando la acción se agota en un solo acto, y los segundos cuando la acción requiere, para su agotamiento, de varios actos.

i) Delitos habituales, son aquellos que se constituyen por diversos actos cuya comisión aislada no se juzga delictuosa. Desprendiéndose como elemento de este tipo de delitos los siguientes: a) una acción formada por una repetición habitual de varios actos; b) los actos repetidos deben ser de la misma especie; c) cada uno de los actos realizados no constituyen delito, y d) la suma de todos los actos son los que constituyen delitos, del cual el tipo delictivo de hostigamiento sexual encuadra perfectamente.

El propio maestro Celestino Porte Petit, aporta otra clasificación de los delitos, esta ocasión, atendiendo al resultado, y lo hace de la manera siguiente:

a) Delitos Instantáneos, los cuales la consumación y el agotamiento del delito se verifican instantáneamente.

b) Delitos instantáneos con efectos permanentes, son aquellos en los cuales permanecen las consecuencias nocivas, en los que tras su momento de consumación no dejan más alteración que la lesión jurídica aún no reparada por una condena.

c) Delitos permanentes, son los delitos de consumación indefinida, el delito que dura, cuyo tipo

legal continúa realizándose hasta que interviene una causa que lo hace cesar. Aquí podemos encuadrar al hostigamiento sexual por su conducta reiterada.

d) Delitos necesariamente permanentes, son aquellos que requieren para su existencia una conducta antijurídica permanente. La naturaleza del delito requiere en forma necesaria, la persistencia del estado antijurídico representado por la compresión del bien jurídico. Como lo es el caso del hostigamiento sexual.

e) Delitos eventuales permanentes, que son aquellos en los cuales tal persistencia no es requerida para la existencia del delito, pero si se realiza, existe un único delito y no delitos en concurso o continuidad.

f) Delitos alternativamente permanentes, en los cuales se descubre una conducta culpable completamente diversa de la otra, por ejemplo en el rapto que puede ser instantáneo en caso de que el agente ponga en libertad a la persona y permanente en caso de que la retenga.

g) Delitos formales y de resultado o materiales, así en lo llamados delitos de simple actividad se agota el tipo penal en el movimiento corporal del agente, no siendo necesario un resultado externo, por lo contrario, en los llamados delitos de resultado, el tipo exige, además del movimiento corporal

del agente, un resultado externo. Igualmente en este rubro encontramos al delito de hostigamiento sexual, en virtud de que para que se integre debe existir o causar "un perjuicio o un daño".

h) Delitos de peligro y delitos de daño o de lesión, los cuales para Cuello Calón, son los primeros, aquellos cuyo hecho constitutivo no causa un daño efectivo y directo en intereses jurídicamente protegidos, pero crean para éstos una situación de peligro, debiendo entenderse por peligro la posibilidad de la producción, más o menos próxima de un resultado perjudicial, continúa afirmando, que los delitos de lesión son los que consumados causan un daño directo y efectivo en intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma violada.

(13)

Esta clasificación por cuanto hace al criterio del maestro Porte Petit. (14)

Igualmente se dan variadas las clasificaciones formuladas sobre los tipos penales, y que han continuación mencionaremos las que dan algunos autores, sin ahondar más en ellos que dar la mera clasificación.

(13) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. 12a. Edición, Barcelona, 1956, pág. 286 y 287.
(14) Porte Petit, Celestino. Apuntes de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S. A., México, 1960, pág. 233.

Mezguer distingue entre: I.- delitos de simple actividad y de resultado (hostigamiento sexual); II.- de lesión y de peligro; III.- básicos o fundamentales y cualificados y privilegiados; IV.- compuestos, en los que incluye: a) de varios actos; b) compuestos en sentido estricto; c) permanentes, y d) mixtos, acumulativa y alternativamente formados; V.- necesitados de complemento, los cuales subdivide en: a) Tipo en que el complemento se halla contenido en la misma ley; b) Tipos en que el complemento se halla contenido en otra ley, pero enmendada de la misma instancia legislativa y c) Tipos en que el complemento se halla contenido en otra ley, pero emanada de otra instancia legislativa. (15)

Por su parte, Jiménez de Asúa aborda el estudio de los tipos conforme al orden siguiente:

En razón de sus fundamentos: fundamentales, cualificados y privilegiados. En referencia a la autonomía de los tipos: básicos, especiales y complementarios. Atendiendo al acto: a) Tipos de formulación libre, casuísticamente formados, alternativos y acumulativos; b) otras clasificaciones en orden al resultado; c) delitos condicionales; d) Exámen especial de los llamados delitos de resultado cortado. Atendiendo

 (15) Mezguer, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, Madrid, 1955, pág. 391.

a los elementos subjetivos de lo injusto: a) Por elementos subjetivos referentes al autor: Delitos de expresión, de tendencia o impulso y de intención; b) Por los elementos subjetivos que se dan fuera del agente. (16)

Jiménez Huerta los clasifica de la siguiente manera: En torno a su ordenación metodológica: a) Básicos; b) Especiales: a') Agravados, b') Privilegiados; c) Complementados: a') Agravados, b') Privilegiados. En torno al alcance y sentido de la tutela penal: a) Tipo de daño; b) Tipos de peligro: a') Tipos de peligro afectivo; b') Tipos de peligro presunto; c') Tipos de peligro individual, y d') Tipos de peligro común. En torno a la unidad o pluralidad de bienes tutelados: a) Simples; b) Complejos: a') Complejo especial y b') Complejo complementado. (17)

Resulta importante no dejar de mencionar la clasificación de los delitos catalogados en el Libro Segundo del Código Penal, cabe apuntar, en atención al sujeto pasivo y al objeto jurídico o bien jurídicamente protegido, la siguiente: a) Delitos contra el individuo (contra su vida e integridad corporal, contra su honor, su patrimonio, su estado civil, la libertad y el normal

 (16) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, Editorial Losada, Buenos Aires, 1951, pág. 785.

(17) Jiménez Huerta, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S. A., México, 1955, pág. 95.

desarrollo psicosexual, etc.); b) Delitos contra la familia (en las relaciones mismas del matrimonio o en la relación paterno-filial); c) Delitos contra la sociedad (contra la salud pública, contra la moral o las buenas costumbres, por funcionarios en ejercicio de su función, etc.); d) Delitos contra la Nación o el Estado (contra la seguridad exterior de la Nación, contra el orden público, ultraje a las insignias nacionales, etc.); e) Delitos contra la seguridad internacional (piratería, ect.).

A.- CONCEPTO

Hostigar significa: Perseguir, acosar, asediar o molestar a una persona insistentemente, y en la connotación que le da la iniciativa se refiere a la conducta sexual de una persona que abusando de su situación jerárquica asedie reiteradamente a su subordinado, provocando en él intranquilidad y desequilibrio emocional que impida un desarrollo interpersonal en un ambiente de cordialidad y respeto.

El hostigamiento sexual se define como una imposición no deseada de conducta física o verbal de naturaleza sexual en el contexto de una relación desigual de poder, este último derivado del estatus social superior que los hombres tienen en relación con los subordinados, ya sea en el ámbito laboral, doméstico, educativo o cualquiera otra que implique tal relación.

Así tenemos, dos tipologías de los que podría considerarse hostigamiento sexual:

1.- Aquella imposición de requerimientos sexuales que no necesariamente llegan a la cópula, que intimidan y molestan física y psicológicamente a alguien. Estos requerimientos sexuales, se hacen sin el consentimiento de quien los recibe, o se aceptan por temor e ignorancia; van desde comentarios sexuales que

resultan insultantes y obscenos, hasta aquellos acercamientos sexuales considerados como preámbulos al acto sexual en sí mismos.

2.- Aquella imposición de requerimientos sexuales que pueden llegar a la cópula y que tiene la finalidad de evitar un perjuicio u obtener algún beneficio, a cambio de aceptar tales requerimientos.

Por lo tanto, definimos como hostigamiento, acoso, asedio o chantaje sexual, todas aquellas acciones incluyendo actitudes diferentes, sutiles o violentas, que teniendo un objetivo erótico sexual, presionan, obligan o conducen a la persona ofendida a situaciones embarazosas, incómodas o violentas, angustiantes o desesperantes, coartando su libertad de acción, de pensamiento o de realización en todos los ámbitos de su vida, permitiendo o fomentando la estructura social patriarcal.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia, hostigamiento viene a ser sinónimo de persecusión. Ahora bien, la persecusión sexual debe ser observada como aquella conducta donde el agente ejerce una presión en contra de la víctima, valido de ciertas circunstancias que le permiten doblegar la voluntad de ésta.

Pero debe tenerse especial cuidado de no llegar a la confusión con aquella conducta que es propia del

cortejo. Es evidente que el galanteo para llegar a convertirse en un acto molesto para la persona hacia la que se ejerce; y en estos casos, únicamente debería llegar a considerarse delictuosa la acción si el agente se vale de la amenaza de causar un perjuicio o el ofrecimiento de acarrear un bien a la otra persona.

En la actualidad, el hostigamiento sexual se puede describir como una imposición no deseada de requerimientos sexuales en el contexto de una relación desigual de poder, esta última derivada de la posibilidad de dar beneficios o de imponer privaciones.

El hostigamiento sexual puede ser moral o físico. Este delito se denomina en otras legislaciones de la manera siguiente:

El Código Francés lo llama "Atentados contra la costumbres"; el alemán "Crímenes y delitos contra la moralidad"; el belga, "Contra el orden de la familia y la moralidad pública"; el danés, "Atentados contra las costumbres".

1.- ETIMOLOGICO

A.- Hostigamiento. Acción de hostigar.

Hostigar (Latín fustigare) azotar, dar

latigazos: acosar, molestar a uno sin descanso. (18)

B.- Sexual (latín sex valis). Perteneciente o relativo al sexo. (19)

C.- Lascivo. De la persona dominada por el deseo sexual, juguetón, alegre, que tiene el vicio de la lascivia. (20)

D.- Reiterada. Volver a decir o ejecutar, repetir una cosa, reiteración. Circulación que puede ser agravante, derivada de anteriores condenas del reo, por delitos de índole diversa del que se juzga. (21)

E.- Asedio. Importunar sin descanso a uno. (22)

F.- Daño. Del latín damnum, -i, "daño, perjuicio, pérdida, gasto". (23) Efecto de dañar, perjuicio; hacerse daño al caer, deterioro, nocividad, avería, destrozo. Daños y perjuicios indemnización que

 (18) García, Ramón. Pequeño Larousse Ilustrado. Ediciones Larousse, Décima Quinta Edición, 1990, pág. 553.

(19) Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para juristas. Ediciones Mayo, México, 1981, pág. 1249.

(20) García, Ramón. ob. cit., pág. 616.

(21) Ibidem, pág. 885.

(22) Ibidem, pág. 101.

(23) Couture, Eduardo. Vocabulario Jurídico. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, pág. 197

se debe a uno para reparar un perjuicio causado. Hacer daño, lastimar. (24)

G.- Perjuicio. Daño, lesión, monoscabo. Sin perjuicio dejando a salvo. Efecto de perjudicar o perjudicarse. Ganancia lícita que deja de abstenerse o demérito o gastos que se ocasionan por actos u omisiones de otro, y que éste debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo. (25)

2.- JURIDICO

La denominación del Título Decimoquinto, Libro Segundo; y del Capítulo I, del Título Decimoquinto, Libro Segundo, fue reformada por el artículo cuarto del Decreto de 22 de diciembre de 1990, publicado en "Diario Oficial" del día 21 de enero de 1991, en vigor el día siguiente, para quedar como sigue:

TITULO DECIMOQUINTO.- Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

CAPITULO I.- Hostigamiento Sexual, Abuso Sexual, Estupro y Violación.

(24) Ibidem, pág. 316
(25) Ibidem, pág. 791

ARTICULO 259 Bis.- (Creado o adicionado por el Artículo Segundo del Decreto de 22 de diciembre de 1990, publicado en Diario Oficial de 21 de enero de 1991, en vigor el día siguiente, para quedar como sigue):

"ARTICULO 259 Bis. Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a personas de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquier otra que implique subordinación se le impondrá sanción hasta de cuarenta días de multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilice los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo.

Solamente será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño.

Sólo se procederá contra el hostigador, a petición de la parte ofendida".

3.- DOCTRINARIO

Expondremos algunas ideas del doctor Carrancá y Rivas respecto del hostigamiento sexual.

El doctor Carrancá, considera en primer término que la creación del hostigamiento sexual, es repetitivo de algunos tipos penales, manifestando que en rigor no es un delito, puesto que se trata de una figura de tentativa, es decir, de una acción encaminada hacia algo, el delito por el contrario, implica un cambio o peligro en el mundo exterior, y tanto en el peligro como en el cambio hay siempre un resultado, por ende, si no hay resultado, no hay delito posible. Considera al hostigamiento sexual como una cuestión que forma parte del ámbito y perímetro de la libertad de cada persona, que el Derecho Penal no tiene porque intervenir en todo, que los hombres y mujeres manejen la libertad como mejor les convenga.

IV. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

El tipo legal se nos presenta, de ordinario, como una mera descripción de la conducta humana, tal como sucede, por ejemplificar, en los artículos 148 (la violación de cualquier inmunidad diplomática), 150 (importar, fabricar, vender, portar, etc., armas prohibidas), entre otros. En otras el tipo describe además el efecto o resultado material de la acción u omisión, como sucede en los artículos 288 (lesiones) 302 (homicidios), etc., o bien contiene referencia a los sujetos, artículos 123, 259 Bis (hostigamiento sexual), a los medios de comisión específicamente requeridos por la figura especial, modalidades de la propia acción (apoderamiento con violencia en el robo) que forman parte del tipo penal igualmente o hace referencia a determinados estados de ánimo o tendencia del sujeto al fin de la acción. De ahí la necesidad de realizar un estudio por separado de los distintos elementos que se encuentran en la integración de los tipos, mismos que pueden ser de naturaleza objetiva, normativa o subjetiva.

A.- NORMATIVOS

Para el maestro español Mezguer, este tipo de elementos son "presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho. Para el maestro Pavón

Vasconcelos, estos elementos normativos forman parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos por el aplicador de la ley.

Tal valoración se reputa pertinente para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídica, de acuerdo con el contenido iuris del elemento normativo, o bien cultural, cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico.

De tal manera en el tipo penal de hostigamiento sexual en nuestro derecho penal mexicano, dichos elementos se encuentran en la violación jurídica que efectúa el legislador al mencionar "... el que asedie en forma reiterada y con fines lascivos...", entre otros delitos que se encuentran en nuestro Código Penal.

Los elementos normativos, al decir del maestro Jiménez de Asúa, se encuentran vinculados a la antijuridicidad, pero no puede por ello excluirseles de la descripción típica y negarles su carácter de elementos como pretende el maestro Mezguer, al mencionar, que no observa razón alguna para que el legislador los consigne expresamente en un tipo concreto, cuando las características de ser "antijurídico", contrario al derecho, fuera de los casos permitidos por la ley, etc.,

es patrimonio general de todos los delitos, ya que éste no existe si no es contrario a la norma.

B.- OBJETIVOS

"Son aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal". (26)

Aunque el núcleo del tipo lo constituye la acción u omisión trascendentes para el derecho, expresado generalmente por un verbo y excepcionalmente por un sustantivo (atentar, destruir, poseer, vender, asediar, etc.), son igualmente elementos del tipo todos los procesos, estados, referencias, etc., conectadas a la conducta y que resultan modalidades de la misma cuando forman parte de la descripción legal.

Siendo estas modalidades las que a continuación se enlistan:

a) Calidad referidas al sujeto activo. En algunas ocasiones el tipo establece determinada calidad en el sujeto activo a la cual queda subordinada, por así

(26) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S. A., México, 1982, pág. 248.

mencionarlo, la punibilidad de la acción bajo un concreto tipo delictivo. Ello excluye la posibilidad de ejecución de la conducta (acción u omisión) por cualquier sujeto y por tal situación se les ha denominado delitos propios, particulares o exclusivos, los cuales excluyen la posibilidad de ser cometidos por persona distinta del autor, en atención a su especial naturaleza, como es el caso del tipo penal a estudio (hostigamiento sexual) en el cual se requiere al sujeto activo la calidad de superior jerárquico respecto del sujeto pasivo.

b) Calidades referidas al sujeto pasivo. En algunas otras ocasiones la ley exige determinada calidad en el sujeto pasivo, operándose el fenómeno de la ausencia del elemento típico cuando el sujeto no la reúne y por ende la impunidad de la conducta o del hecho en el especial ámbito del tipo concreto. Siendo calidad exigida por la ley, en el sujeto pasivo, el ser subordinado en relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique tal situación.

c) Referencias temporales y espaciales. La punibilidad de la conducta o del hecho queda a veces condicionada a determinadas referencias de tiempo y de lugar, de manera tal que la ausencia en el hecho de dichos elementos del tipo trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción u omisión, ejemplo en el infanticidio en la que se exige, en dicho

tipo, la muerte del niño dentro de las 72 horas de su nacimiento).

d) Referencia a los medios de comisión. Aun cuando por lo general el medio comisivo resulta indiferente, en ciertos casos la exigencia de la ley al empleo de determinado medio lo hace esencial para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravación de la pena. En el caso del hostigamiento sexual debe ser un asedio reiterado con "Fines lascivos".

e) Referencias al objeto material. Es en el objeto material sobre el cual recae la conducta, es decir, al objeto material o corporal de la acción. Las referencias al objeto en los tipos penales son frecuentes: en el hostigamiento sexual tenemos "persona de cualquier sexo siempre y cuando se encuentre en un plano de subordinación del sujeto activo del delito".

C. SUBJETIVOS

Los tipos penales contienen frecuentemente elementos subjetivos por cuanto están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita.

Los procesos subjetivos son los que hacen ilícita una acción y son diversos de los que interesan a

la culpabilidad, con lo cual se considera que los elementos subjetivos de la ilicitud son "características propias" de la antijuridicidad, pero no son características de la culpabilidad, ni propias ni impropias.

Las distintas posiciones de los autores, nos llevan a formular una síntesis de la doctrina, en la siguiente forma:

a) Una corriente precisa que los elementos subjetivos pertenecen a la antijuridicidad.

b) Otra corriente las ubica en el ámbito de la culpabilidad.

c) Un criterio mixto encuentra referencias de tales elementos tanto en la antijuridicidad como en la culpabilidad, debiéndose hacer la separación con vista a los tipos en particular.

Por su parte el maestro Jiménez de Asúa en su obra Tratado de Derecho Penal Tomo III, al establecer el deslinde de los elementos subjetivos, los separa de la siguiente manera:

1) Elementos que de modo invariable se refieren a la culpabilidad;

2) Elementos ambivalentes respecto a la culpabilidad y a lo injusto.

3) Elementos que al vincularse al fin originan los delitos de tendencia interna trascendente;

4) Elementos que al referirse al móvil se ubican en la culpabilidad;

5) Elementos de exclusiva referencia a lo injusto, como el animus lucrandi en el robo y el animus iniuriandi en los delitos contra el honor.

El propósito o la finalidad hacen clara la vinculación de los elementos subjetivos a la antijuridicidad (proponiéndose un interés; propósito de causar un perjuicio, para fines propios o ajenos, etc.).

CAPITULO TERCERO

"TEORIA DEL DELITO"

I.- Conducta

A.- Concepto de conducta

- 1.- La acción y la omisión
- 2.- Elementos de la acción y la omisión

B.- Ausencia de Conducta

- 1.- Relación de causalidad
- 2.- Causalidad de la omisión

II.- Tipicidad

A.- Concepto de tipicidad y tipo

B.- Ausencia de tipicidad ó Atipicidad

III.- Antijuridicidad

A.- Causas de jufificación

- 1.- La legítima defensa
- 2.- Estado de necesidad
- 3.- Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.

IV.- Culpabilidad

A.- Formas de culpabilidad

- 1.- El dolo y sus elementos
- 2.- La culpa y sus variantes

B.- La inculpabilidad

CAPITULO TECERO
TEORIA DEL DELITO

I.- CONDUCTA

Para definir este elemento del delito, hay que resaltar la controversia que se ha dado para determinarlo, utilizando términos tales como acto, acción y hecho. Coincidimos con la opinión del maestro Castellanos Tena, en cuanto al empleo del término conducta, ya que como él lo expone "dentro del concepto conducta pueden comprenderse la acción y la omisión; es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar". (27)

El maestro Porte Petit hace una distinción entre conducta y hecho, componiéndose este último por una conducta, un resultado material y un nexo causal. En la conducta quedarán contenidos los delitos que se colmen con la sola actividad o inactividad.

Ahora bien, si conocemos a la conducta como elemento objetivo del delito debemos mencionar las tres formas en que se puede presentar: ACCION.- Que se integra con la ejecución voluntaria. OMISION.- Se caracteriza por la inactividad. COMISION POR OMISION.- --

(27) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. Parte General. Editorial Porrúa, S. A., México, 1991, pág. 78.

Aquí se violan dos deberes jurídicos: obrar y abstenerse.

A.- CONCEPTO DE CONDUCTA.

" Estimamos que la conducta consiste en el peculiar comportamiento del hombre que se traduce en una actividad o inactividad voluntaria". (28) Analicemos, ahora, a los sujetos de la conducta. Sólo puede ser susceptible de conducta el ser humano, ya que no aparece contemplado en nuestro Código Penal sanción alguna para cualquier otro tipo de ente, ni siquiera tipos penales que les atañen directamente, a pesar de que en épocas pasadas se sancionaba a algunos animales por considerarse contrarios a los principios existentes.

En lo que a las personas morales se refiere se presenta un problema. De acuerdo al artículo 11 de nuestra legislación penal vigente en el que encontramos que la única sanción aplicable es la disolución de la sociedad, nos sirve para entender que sólo las personas físicas pueden ser sujetos de conducta, y por tanto deben ser éstas las responsables, individual o colectivamente.

El sujeto pasivo y el ofendido son elementos importantes. El primero es el sujeto titular del derecho violado y sobre el segundo recae el efecto que causa la violación penal.

(28) Pavón Vasconcelos, Francisco. ob. cit., pág. 261.

Analicemos los objetivos del delito, el primero lo constituye la persona o cosa sobre la que recae el peligro o daño causado por el delito y se conoce como objeto material el segundo es el objeto jurídico, que podemos definir, como lo hace el maestro Villalobos al decir que: "Es el bien o la institución amparada por la ley y afectada por el delito".

En la definición anterior se pueden ver los mismos elementos que en la de el maestro Castellanos Tena.

Ahora desglosaremos los elementos de la conducta, en primer lugar el sujeto de la conducta es exclusivamente el ser humano, ya que, como se mencionó anteriormente, es el único del cual puede emanar voluntad en los actos, aunque en épocas pasadas se castigaba a animales, de cualquier manera tenemos que el único sujeto de la conducta es aquél que tiene capacidad de voluntariedad. En cuanto a las personas morales se presenta el problema de catalogar a las personas morales responsables ante el derecho penal, pero si tomamos en cuenta que estas personas carecen de voluntad propia, sería absurdo imputarle responsabilidad a una de ellas, a pesar de que el Código Penal establece la suspensión temporal o total de actividades de una persona moral, con el único objeto de proteger a las personas físicas que se pudieran ver afectadas pero si lo vemos como sanción

serían las personas físicas, las únicas afectadas por ella, que obtuvieron ganancias de la persona moral en cuestión.

En este orden de ideas, en el tipo penal de Hostigamiento Sexual, el sujeto de la conducta delictiva es exclusivamente la persona física que asedie en forma reiterada a otra persona física, sin importar el sexo de ambos sujetos; valiéndose de su posición jerárquica, debiendo ser ese asedio con fines lascivos. No importando si esa persona sujeto activo del delito sea representante de alguna persona moral, y no por ello se llegue a pensar que la persona moral es la responsable de la conducta desplegada, aún y cuando este sujeto actúe y cometa el hecho dentro de su ámbito, llámese de trabajo, escolar, doméstico, etc.

Unicamente se castigará a esa persona física, superior jerárquico, que lleve a cabo la conducta contemplada en el citado tipo penal de hostigamiento sexual.

Otro elemento de la conducta son el sujeto pasivo y el ofendido. El primero es el titular del derecho violado y jurídicamente tutelado, mientras que el segundo es el que resiente el daño, podría pensarse en que la misma persona sea sujeto pasivo y ofendido, pero

no siempre es así, de ahí la necesidad de distinguirlos uno del otro.

En cuanto a los objetos del delito, se señalan dos, objeto material y objeto jurídico. El primero de ellos lo constituye la persona o cosa sobre la que recae el peligro o daño; es decir, sobre la persona o cosa en la que se concreta la acción delictuosa.

1.- LA ACCION Y LA OMISION.

El acto o la acción, es todo movimiento humano y voluntario capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. Es precisamente por ello que es sólo el ser humano quien puede hacer que su conducta produzca resultados de derecho, en esto por tanto, debe existir un movimiento corporal, en cambio la omisión es un abstenerse de actuar; es decir, que no se produzca ningún movimiento corporal para efectuar una tarea que debió haberse cumplido. de acuerdo como nos lo manifiesta el maestro Castellanos Tena, "es una forma negativa de la acción". Así tenemos que la conducta es efectuar una actividad o bien, abstenerse de llevar a cabo un deber. De acuerdo con lo anterior, para cometer un delito no siempre es necesario efectuar una acción, se puede violar una norma sin mover ninguna parte del cuerpo. "En los delitos de acción se hace lo prohibido, en los de omisión se deja de hacer lo mandado

expresamente. En los de acción se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una ley dispositiva".

(29)

El maestro Porte Petit estima como elementos de la omisión propia: a) voluntad o no voluntad (delitos de olvido); b) inactividad y c) deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico.

Estos son elementos de la omisión propia o simple, pero es necesario hacer notar los elementos de la omisión impropia o comisión por omisión, para tal efecto el maestro Castellanos nos indica que: "en los delitos de simple omisión el tipo se colma con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno. En cambio, en los de comisión por omisión (impropios delitos de omisión), es necesario un resultado material, una mutación en el mundo exterior mediante no hacer lo que el derecho ordena" (30)

Es interesante ver la diferencia, mientras en los delitos de omisión basta solamente la inactividad y la adecuación al tipo para que se colme este último, en los delitos de comisión por omisión es necesario un resultado material, es aquí donde se distinguen, según

(29) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. pág. 153.

(30) Ibidem, pág. 154

nuestro parecer, los conceptos de conducta y hechos; la conducta, como ya se dijo, puede ser de hacer o abstenerse de hacer, el hecho es ya un resultado en el mundo exterior, por consiguiente el maestro Porte Petit hace esta peculiar distinción; la conducta es requisito para que el hecho se presente, de una determinada conducta, positiva o negativa, es decir de hacer o de abstenerse de hacer, dependerá un resultado en el mundo exterior que se dará como hecho. Dentro de los delitos de comisión por omisión, citamos al maestro Castellanos, quien hace alusión a la tèsis del maestro Porte, donde se toca dentro de los delitos de comisión por omisión, a los llamados delitos de olvido donde por imprudencia se olvida de hacer algo jurídicamente mandado produciéndose un resultado, estos delitos son culposos ya que faltó la voluntad. "El hacer como el no hacer tiene íntima conexión con un factor de carácter psíquico que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción o de no realizar la actividad esperada". (31) Esto hace suponer entonces que tanto para el actuar como para el omitir es necesario que se presente el factor volutivo y psíquico, ya habíamos mencionado con anterioridad, que en la conducta es el ser humano el único capaz de tener voluntad, pero en los delitos de olvido donde se ha producido un resultado material, pero no se tenía la voluntad de producirlo, sería tal vez ingrato el pensar en que existe culpa, pero esto no es así, ya que la

(31) Ibidem, pág. 203

voluntad debe, según nuestro punto de vista, estar ligada a la obligación, que es un valor psíquico que operaría en favor del propio individuo. "Si no quiero obtener un resultado debo encaminar mi conducta a hacer lo mandado y abstenerme de hacer lo posible". Es entonces por ese mismo pensamiento que la voluntad está sujeta o debe estarlo, siempre encaminada a una forma inconciente de hacer o no hacer. Es por ello que, en estos casos, estamos de acuerdo con lo expresado por el maestro Castellano Tena, en el sentido de que en los delitos de olvido no está ausente el factor volutivo.

2.- ELEMENTOS DE LA ACCION Y LA OMISION

El maestro Castellano Tena, hace mención de los diferentes criterios que toman algunos autores para señalar a los elementos de la acción, casi todos ellos hacen mención de una manifestación de la voluntad y un nexa causal, que es lo que nos parece más importante de esto, ya que como vimos primeramente en el concepto de conducta, es un comportamiento humano voluntario, positivo o negativo y encaminado a un fin, y es precisamente aquí donde cabe el nexa de causalidad, puesto que se presenta el factor voluntivo y el resultado o fin. Para explicar la relación de causalidad en la acción se ha considerado varias doctrinas que citaremos en su momento.

Los elementos de la omisión llevan, al igual que en los de acción, una manifestación de voluntad que se traduce en una actividad, un abstenerse de hacer lo debido, un abstención emanada de la voluntad. Hasta aquí hemos visto, entonces, lo que la conducta representa y sus elementos, analizaremos ahora la ausencia de la conducta, sus elementos y sus consecuencias.

Pero antes de ello, resulta de importancia mencionar que el tipo penal a estudio en esta labor, es claramente un delito de acción, porque nuestro Código Penal al señalar "... al que asedie reiteradamente...", está requiriendo de una conducta, de una actividad del individuo, condicionando con ello al sujeto activo del delito a efectuar una conducta que es la de "asediar" para que ésta se encuadre y tipifique en el ilícito penal de "Hostigamiento Sexual". Conducta en la que es notoria la voluntad del sujeto en efectuarla, tan es así que debe manifestarse una " reiteredad " en ella y siempre debiendo ser con fines "lascivos'.

Existiendo en el delito de Hostigamiento Sexual un nexo causal entre la conducta del asedio reiterado con el hecho de que éste sea con fines lascivos y además, marca la propia ley, que se cause un daño o perjuicio.

B.- AUSENCIA DE CONDUCTA.

Siendo la conducta un elemento esencial para la integración del delito, la falta de éste será como obvia consecuencia la inexistencia del delito, sencillamente si el delito es únicamente imputable al ser humano y siendo la conducta también propia del mismo, sin ella no existe el delito. "Existen conductas que la técnica legislativa no puede fácilmente modelar, sin hacer referencia a un elemento normativo, ya que normalmente son conductas lícitas y sólo por excepción, cuando son realizadas injusta, indebida o ilícitamente, adquieren relevancia penal". (32) En efecto, la conducta es necesaria para conformar el delito, pero no todas las conductas emanadas de la voluntad humana son delictuosas, sería absurdo pensar en eso, sin embargo es importante recalcar que el legislador no puede modelar todas ellas y es por eso también que, solamente se ha tomado en cuenta las conductas que se han realizado indebida, injusta o ilícitamente, por tanto, si el legislador no tomase en consideración a la "ausencia de conducta" como excluyente de responsabilidad no estaría cometiendo error alguno, toda vez que cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, será suficiente para impedir la formación de éste, con independencia de lo que diga o

(32) Jiménez Herta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S. A., México, 1978, pág. 48.

no el legislador en el capítulo de las circunstancias eximentes de responsabilidad . (33)

Efectivamente, a lo que se refiere el maestro Castellanos Tena con lo antes expuesto, es a lo estipulado en el artículo 15 del Código Penal vigente, sin embargo el legislador no lo ha dejado sin mención, ya que en la fracción I del citado artículo se lee: "Incurrir el agente en actividad o inactividad voluntaria". Esto se traduce muy fácilmente en si no hay voluntad, no hay conducta y sin ésta no existe delito. Dentro de este razonamiento y por ausencia de conducta, no existe delito en la vía mayor, vía absoluta, movimientos reflejos y el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo. En ninguno de ellos existe la voluntad, aunque sí la conducta, pero por ser esta más fuerte a la voluntad del hombre no se integrará el delito, todo esto, nos dice el maestro Castellano Tena, queda traducido en la fórmula "Nullum crimen sine actione"

Así, en el tipo penal de Hostigamiento Sexual sino se presenta la actividad, la conducta del sujeto activo del delito encaminada al asedio de otra persona, no se integrará el ilícito penal referido.

(33) Ibidem, pág. 164.

1.- RELACION DE CAUSALIDAD.

Habrá antes que resaltar que esta relaci3n se puede dar en los elementos de la conducta, positivo o negativo, es decir tanto en la acci3n como en la omisi3n, en cuanto a la acci3n se refiere, y para describirla debemos hacer alusi3n al elemento objetivo que el maestro Porte Petit denomina hecho, es decir que su realizaci3n tiene resultados en el mundo externo, por lo que existe una relaci3n entre éste y la conducta. Resaltan las corrientes generalizadora, que señala que las conductas que producen un resultado son causa del mismo; la individualizaci3n que propone seleccionar de entre las condiciones s3lo una en atenci3n del tiempo, calidad y cantidad. Hay varias teorías para determinar la relaci3n de causalidad, la *Conditio sine Qua Non*, (equivalencia de las condiciones) debido a Von Buri, quien nos dice que todas las condiciones que producen el resultado son equivalentes y por consecuencia causa del mismo; Teoría de la última condici3n, en la que se dice que la última es la verdadera causa del resultado; Teoría de la condici3n más eficaz, que se da con la dialéctica, es el resultado de la t sis y la antítesis; Teoría de la adecuaci3n, se ocupa del criterio cualitativo, para resolver el problema.

Estas teorías se han discutido en varios sentidos, así también se han criticado y muchos autores

están a favor de una y en contra de otras simultáneamente.

2.- CAUSALIDAD EN LA OMISION

No es factible hablar de causalidad en la omisión, ya que sólo comportan resultados jurídicos, en cambio en la comisión por omisión es donde, según Mazguer, debemos formular mentalmente la pregunta de que si pudiera evitarse el hecho antijurídico con la acción esperada y de acuerdo a la respuesta saca la causalidad con relación al resultado.

De acuerdo a la legislación penal vigente, seguimos la teoría del resultado, en donde el delito se realiza en el mismo lugar y tiempo; existen además varias teorías que de vez en cuando son ocupadas en casos específicos.

II.- TIPICIDAD

A.- CONCEPTO DE TIPICIDAD Y TIPO.

Antes de comenzar con el concepto de tipicidad es necesario recalcar varias cuestiones, en primer lugar, que la tipicidad es, al igual que la conducta, un elemento esencial para que exista el delito, y en segundo lugar, que tipo y tipicidad de ninguna manera son lo mismo. "El tipo penal es por naturaleza eminentemente descriptivo. En el se detalla con la máxima objetividad posible, la conducta antijurídica que recoge. De ahí que la mayoría de los tipos de la parte especial de un Código tenga como contenido, una mera descripción objetiva de conducta". (34)

No debemos confundir el tipo con la tipicidad. El tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta. La tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizado como prohibida por un tipo penal.

"Tipo" es la fórmula legal que dice "al que asedie reiteradamente con fines lascivos a personas de cualquier sexo valiéndose de su posición jerárquica

(34) Jiménez Herta, Mariano. ob. cit., pág. 38.

derivada de cualquier relación que implique una subordinación" (está en el Código Penal); "tipicidad" es la característica adecuada al tipo que tiene la conducta de un sujeto "A" que asedia constantemente a otra persona subordinada con fines lascivos y causándole un daño a la misma ("B") estando esta conducta en la realidad. La conducta de "A" por presentar la característica de tipicidad, decimos que es una conducta "típica".

a) Típica es la conducta que presenta la característica específica de tipicidad (atípica la que no la presenta); b) tipicidad es la adecuación de la conducta a un tipo; c) tipo es la fórmula legal que permite averiguar la tipicidad de la conducta.

El juez comprueba la tipicidad comparando la conducta particular y concreta con la individualización típica para ver si se adecúa o no a la misma. Esta faena mental es el juicio de tipicidad que debe realizar el Juez.

Y vemos así, que el tipo es exclusivamente una descripción a veces demasiado detallada y otras demasiado pobre, de una conducta opuesta, que de llevarse a cabo encuadrará por lo expresamente descrito por el legislador. "En sentido más restringido, limitado al derecho penal, el tipo ha sido considerado como el

conjunto de las características de todo delito para diferenciarlo de una concreta figura del delito". (35)

El legislador introduce en un código, el tipo, la descripción con todas las características de un delito, mismo que jamás existirá sin una conducta, pero además una conducta que tenga las mismas características que las detalladas en el tipo.

La tipicidad y el tipo no son lo mismo, pero uno sin el otro no puede ser, para que haya tipicidad se necesita del tipo. "Entendemos por tipicidad, dado el presupuesto del tipo, que define en forma general y abstracta un comportamiento humano, la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa" (36). Así es, el legislador plantea una hipótesis, una posibilidad de que una conducta, una voluntad humana exteriorizada quepa dentro del supuesto que él consideró, así la tipicidad se traduce en la justa adecuación de una conducta a lo expresado por un legislador. Si no hay tipo no habrá entonces conducta que adecuar y por tanto no habrá delito. Forte Petit lo traduce en la fórmula "Nullum crimen sine tipo".

Por tanto, en el tipo penal en estudio

(35) Ibidem, pág. 287.

(36) Ibidem, pág. 261.

(hostigamiento sexual) para que la conducta que realiza el sujeto activo debe adecuarse a lo que expresamente señaló el legislador en la ley; es decir, debe ser un asedio reiterativo y además con fines lascivos, dándole otra calificativa, al mencionar que debe ser de un superior jerárquico a un subordinado, ello dentro de un ámbito laboral, escolar, etc., en concreto en todos aquellos que impliquen subordinación, y una vez que la conducta del sujeto cumpla con todos y cada uno de los requisitos que se marquen para el delito, se dirá que ésta es una conducta "típica".

B.- AUSENCIA DE TIPICIDAD O ATIPICIDAD.

Este es otro aspecto negativo del delito. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa. Es decir, que si una conducta no encuadra en lo señalado expresamente por el legislador, no habrá tipicidad. (37) Es importante señalar un antagonismo entre dos autores con respecto a este aspecto negativo del delito. "La ausencia de tipicidad o atipicidad, constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito, más no equivalente a la ausencia del tipo. Esta supone la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho". (38)

(37) Ibidem, pág. 174.

(38) Ibidem, pág. 261.

Como ya hemos dicho, antagónicamente el maestro Castellanos Tena nos dice con respecto a la atipicidad que en el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en lo descrito por la ley, respecto del él, no existe tipo".

(39)

Con respecto a saber, si la tipicidad es la adecuación de una conducta al tipo, el primer autor nos dice que la tipicidad o falta de una conducta que se adecue al tipo, nada tiene que ver con la falta de tipo, podemos ver entonces que una conducta antijurídica que no encuadre exactamente en lo tipificado por el legislador no es entonces un delito, si la atipicidad se da porque falta alguno de los elementos, no hay entonces tipicidad, pero si hay tipo para otra conducta que encuadre perfectamente, aunque ésta sea muy similar a la que no cumple con todo los elementos. Ahora lo que nos dice el maestro Castellanos Tena, en el fondo en toda atipicidad, hay falta de tipo, también es válido, ya que si se considera una conducta dañina, pero no encuadre perfectamente o específicamente en el tipo, no podrá ser castigado de acuerdo al precepto ya citado de Nullum crimen sine tipo pero no por eso deja de ser reprochable, entonces haría falta adecuar la hipótesis de manera completa, y en el fondo sí hay falta de tipo, ó de una

(39) Ibidem, pág. 175.

más precisa descripción. Veamos al respecto la opinión del maestro Porte Petit, quien toma un ejemplo de código Penal. "Si la tipicidad consiste en la conformidad al tipo y éste puede contener uno o varios elementos, la atipicidad existirá cuando no haya adecuación al mismo, es decir, cuando no se integre el elemento ó elementos del tipo descrito por la norma, pudiéndose dar el caso de que cuando el tipo exija más de un elemento, puede haber adecuación a uno o más elementos de éste pero no a todos los que requiere. (40) Así un individuo puede asediar a otra persona de cualquier sexo y ello con fines lascivos, pero no haberse empleado la reiteración en su acto, o bien no existir una subordinación de uno a otro, o dándose todos esos requisitos señalados, no se cause un daño o un perjuicio. Actualmente, el artículo 259 bis del Código Penal en vigor está viviendo una etapa que podemos denominar de incertidumbre, y que la práctica hará que se modifique para adecuarlo a la realidad, ya que resultaría muy difícil adecuar una conducta similar en las hipótesis que se nos da, y en fin cada problemática planteada es una atipicidad si no reúne los requisitos.

(40) Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal. Editorial Porrúa, S. A., México, 1983, pág. 475.

Con todo esto concluimos que sin una conducta que se adecúe exactamente al tipo, no habrá tipicidad y por ende tampoco delito, por falta de una más explícita labor del legislador.

III.- ANTIJURIDICIDAD.

Debemos tener presente, que la antijuridicidad no surge del derecho penal, sino de todo el orden jurídico, porque la antinormatividad puede ser neutralizada por un permiso que puede provenir de cualquier parte del derecho. La antijuridicidad es, pues, el choque de la conducta con el orden jurídico, entendido no sólo como un orden normativo (antinormatividad), sino como un orden normativo y de preceptos permisivos.

El método según el cual se comprueba la presencia de la antijuridicidad consiste en la constatación de que la conducta típica (antinormativa) no está permitida por ninguna causa de justificación (precepto permisivo) en ninguna parte del orden jurídico (no sólo en el derecho penal, sino tampoco en el civil, comercial, administrativo, laboral, etc.).

A comienzos del siglo el campo jurídico era dominado por el positivismo, aunque por dos corrientes enfrentadas del mismo; por un lado el positivismo jurídico y por otro el positivismo sociológico. Como resultado de esta oposición, en tanto que el positivismo jurídico concebía a la antijuridicidad como un concepto legal, el positivismo sociológico la concibió como un concepto sociológico, al que llamó antijuridicidad

"material" (en oposición a la forma del positivismo jurídico).

La antijuridicidad "material" fue concebida como lo socialmente "dañoso" y el defensor de esta posición fue Von Liszt. No obstante, Liszt, sostenía que la antijuridicidad "material" no podía ser relevada sino pasando previamente por la antijuridicidad "formal" o "legal", puesto que consideraba al derecho penal como la "Carta Magna" del delincuente. De cualquier manera hemos visto que estas pretensiones de estructurar lo antijurídico a partir de supuestas valoraciones sociales, invariablemente desembocan en un delito "natural" que suele construirse al arbitrio del intérprete.

Si bien las cosas no parecían haber llegado tan lejos en Alemania como en Italia, lo cierto es que observando detenidamente el fenómeno, ocurrió algo parecido. Si la antijuridicidad puede reconocerse como algo "socialmente dañoso", fuera e independientemente de la ley, primero se reconocerá que este concepto "material" sirve para restringir la antijuridicidad llamada "formal", y luego se lo usará para extenderla. Así fue que del concepto material de antijuridicidad --o de sus análogas manifestaciones-- surgió la justificación supralegal (las llamadas "causas supralecales de justificación") y luego directamente de un injusto supralegal, que fueron alimentados por corrientes

distintas del positivismo sociológico, pero que tenían su origen en sus conceptos.

Entendemos que tanto para la determinación de la tipicidad como de la antijuridicidad, el legislador no tiene frecuentemente más remedio que apelar para ello a valoraciones de carácter social, lo que no implica la afirmación de que toda la determinación de la antijuridicidad se convierta en un terreno librado a criterios sociológicos de harta dudosa objetividad.

Como consecuencia de lo anterior, negamos que la antijuridicidad pueda tener otro fundamento que la ley, aunque para su determinación en los casos concretos, como el del hostigamiento sexual, se deba eventualmente acudir a valoraciones sociales. No creemos que en el plano dogmático se pueda hablar de una antijuridicidad "material" opuesta a la "formal": la antijuridicidad es una, material porque implica invariablemente la afirmación de que se ha afectado un bien jurídico, formal en cuanto a que su fundamento no puede hallarse fuera del orden jurídico.

Ahora bien, desglosaremos las ponencias de diversos autores para tener un parámetro, ya que existen algunos que no lo toman como elemento del delito. "La antijuridicidad es la oposición a las normas. Pero toda vez que las reglas de conducta están recogidas en el

derecho, con sus variables especialidades, puede hablarse de una antijuridicidad en la especie penal, lo mismo que en otras. Viendo a la antijuridicidad como la oposición a las normas del derecho, es de acuerdo con lo anterior elemento esencial del delito, pero también de otras ramas del derecho y no exclusivamente penal, ya que existen ramas del derecho que no precisan penas, hacer lo contrario a esas normas sería antijuridicidad, pero no delito, sin embargo para el derecho penal, según nuestro parecer, la antijuridicidad es elemento esencial del delito. (41)

El maestro Porte Petit por su parte expone lo siguiente con respecto al papel que desempeña la antijuridicidad en la teoría del delito, y por ende en el tipo delictivo de "Hostigamiento Sexual"; al respecto podemos señalar varias tèsis, comenta el maestro, a saber:

a) La que afirma que constituye un carácter del delito.

b) La que sostiene que es un elemento del delito.

(41) Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa, S. A., México, 1985, pág. 227.

c) La que manifiesta que constituye un elemento del delito, y

d) La que indica que es el delito en sí (42)

Con las anteriores tèsis se exponen distintos criterios, por nuestra parte compartimos la opinión de Puig Peña, Jiménez Huerta y Petrocelli, al considerar a la antijuridicidad como elemento del delito, porque un elemento es una parte que forma a un todo, si un todo está compuesta de elementos y existen contra-elementos, es decir, tèsis que se contraponen a esos mismos, el todo pierde su calidad, así un delito que tiene como principio una conducta de hacer lo debido y de abastecerse de hacer lo prohibido, cualquier conducta que contravenga esos mandatos de derecho será antijurídica y por tanto elemento clave del delito.

Por su parte el maestro Fernando Castellanos Tena, cita a Javier Alva Muñoz quien dice que "el contenido último de la antijuridicidad que interesa al jus-penalista, es lisa y llanamente la contradicción objetiva de los valores estatales".

El legislador en el tipo penal de Hostigamiento Sexual, tutela normas de conducta o valores que para el ser humano son de gran importancia que se respeten, para

(42) Porte Petit, Celestino. ob. cit. pág. 4581.

el mejor desarrollo y desenvolvimiento de éste dentro del ámbito donde se desenvuelva (escolar, laboral, doméstico, etc.), y cuando ellos se contravengan se dirá que esa conducta que ocasiona ese desequilibrio, es antijurídica.

A continuación analizaremos la ausencia de la antijuridicidad como una introducción a las causas de justificación. Al respecto cabe señalar que una conducta puede adecuarse exactamente al tipo, es decir, que exista tipicidad en la conducta y sin embargo puede no ser antijurídica, a eso es lo que se llama como "causas de justificación".

A.- CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Como su nombre lo indica, las causas de justificación son aquellos casos en que una conducta que se adecúa a un tipo penal tiene una justificante y de acuerdo con ella, no se podrá responsabilizar al individuo, ya que una causa de justificación equivale a una ausencia de antijuridicidad. Al respecto tomémos el siguiente párrafo: "Las causas de justificación son aquellas condiciones que tiene el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguno de ellos falta uno de los elementos esenciales del delito,

a saber, la antijuridicidad". (43)

Las causas de justificación están contenidas en el artículo 15 del Código Penal en vigor y se encuentran comprendidos en once apartados:

El primero se debe a una ausencia de conducta, que como ya se citó con anterioridad, es la parte negativa de la conducta, elemento esencial del delito; el segundo se refiere a la inimputabilidad, que a nuestro criterio no es elemento esencial del delito; las fracciones de la III a la VI se refiere a la legítima defensa y de la VII a la XI, se presumen actos donde la voluntad del individuo está ausente por causas de fuerza mayor.

Siendo el derecho el portador del cumplimiento de la tutelación de los bienes jurídicos, debe enfrentarse también a los casos en que un individuo tiene una justificante a su acto, hecho o conducta, siempre y cuando éste se encuentre completamente comprobado. Sería largo y tedioso enumerar las diversas posturas a un tema tan extenso, tomaremos y se expondrán sin entrar en antagonismos, aquellos de diversos autores, que a nuestro parecer son los más acertados.

(43) Ibidem, pág. 317.

1.- LA LEGITIMA DEFENSA.

Todos los autores coinciden mucho en sus conceptos, sin embargo parece más completo el que da el maestro Jiménez de Asúa, al decir que es la repulsa de una lesión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios. (44)

En la actualidad se reconoce unánimemente la naturaleza justificante de la legítima defensa, especialmente a partir de Hegel, quien la explicaba igual que la pena (la negación del delito, que es la negación del derecho, luego, como la negación de la negación es la afirmación, la legítima defensa es una afirmación del derecho).

El problema más complejo de la legítima defensa no es su naturaleza, sino su fundamento. Se le define por la necesidad de conservar el orden jurídico y de garantizar el ejercicio de los derechos. Según se acentúe uno u otro de los aspectos de este doble fundamento, se insistirá en su contenido social o individual. En realidad, el fundamento de la legítima defensa es único, porque se basa en el principio de que

(44) Jiménez de Asúa. El criminalista. Buenos Aires, pág. 191.

nadie puede ser obligado a soportar lo injusto. Se trata de una situación conflictiva en la cual el sujeto puede actuar legítimamente porque el derecho no tiene otra forma de garantizarle el ejercicio de sus derechos o mejor dicho, la protección de sus bienes jurídicos.

De lo dicho se deduce que somos partidarios de la naturaleza subsidiaria de la legítima defensa, es decir, que en la medida en que haya otro medio jurídico de proveer a la defensa de los bienes jurídicos no es aplicable el tipo permisivo.

El fundamento individual (defensa de los derechos o de los bienes jurídicos) y el fundamento social (defensa del orden jurídico) no pueden hallarse encontrados, porque el orden jurídico tiene por objeto la protección de los bienes jurídicos, objeto que, cuando en una situación conflictiva extrema no llega a satisfacer, no puede negarle el derecho a que el sujeto provea por sus medios a la protección de los bienes.

La legítima defensa tiene lugar cuando media una situación de necesidad, lo que la vincula a otra causa de justificación: el estado de necesidad. No obstante, ambas se mantienen nitidamente separadas: en el estado de necesidad se hace necesario un medio lesivo para evitar un mal mayor, en tanto que en la legítima

defensa el medio lesivo se hace necesario para repeler una agresión antijurídica.

Esta diferencia hace que en el estado de necesidad deba mediar una estricta ponderación de los males: el que se causa y el que se evita, debiendo ser mayor el que se quiera evitar. En la legítima defensa, en lugar, no hay una ponderación de esta naturaleza, porque en uno de los platillos de esa balanza hay una agresión antijurídica, lo que la desequilibra totalmente. La ponderación de los males en la legítima defensa sólo puede funcionar como "correctivo", es decir, como límite. La legítima defensa no puede contrariar el objetivo general del orden jurídico (la posibilidad de la coexistencia) en forma tal que cuando entre el mal que evita quien se defiende y el que le quiere causar quien le agrede media una desproporción inmensa, por que el primero es íntimo comparado con el segundo, la defensa deja de ser legítima. Es así que el empleo de una escopeta para evitar que un niño se apodere de una manzana, por mucho que sea necesario, como sucedería en el caso de que el propietario de la manzana fuese un paralítico y la escopeta fuese el único medio que tuviera al alcance de su mano (ejemplo de Mezguer), no puede ser tolerado por un derecho, pero no porque el bien jurídico vida tanga superior jerarquía que el bien jurídico propiedad, sino porque el orden jurídico no puede tolerar que la lesión a la propiedad de tan pequeña magnitud

justifique el empleo de un medio que, aunque necesario, sea tan enormemente lesivo, como un disparo mortal.

La conducta de disparar, en el ejemplo del paralítico, es necesariamente para defender el bien jurídico agredido injustamente, pero contraría el objetivo de seguridad jurídica como forma de posibilitación de la coexistencia.

Esta característica de la legítima defensa se encuentra consagrada en nuestra ley cuando exige que haya una "necesidad racional" de la conducta: en el caso del paralítico, la conducta es necesaria, pero no es racional. Análoga es la situación en los casos de injurias por parte de enfermos mentales o de niños o de otras agresiones de incapaces, cuando existe la posibilidad de que el sujeto se retire o huya.

Normalmente no se exige que el agredido huya, como tampoco que soporte lo injusto, pero en algunos casos en que no resulta deshonroso, como los mencionados, la defensa deja de ser "racional".

2.- EL ESTADO DE NECESIDAD.

"Es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación para el amenazado, hace impredecible el

sacrificio de interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio". (45)

Aquí podemos observar que legítima defensa y estado de necesidad pueden confundirse, pero tienen una diferencia, en la legítima, defensa se actúa en una reacción a un ataque inminente de los bienes jurídicos propios, es decir una defensa, mientras que el estado de necesidad no hay reacción, sino ataque.

En este supuesto, el que sufre el mal menor no ha hecho nada contrario al derecho y, no obstante, debe soportar el mal, porque el que lo infiere se encuentra en una situación de necesidad en la que el conflicto fáctico le impone una elección. De ahí que aquí, a diferencia de la legítima defensa, en que sólo tiene valor correctivo para los extremos en que excede la racionalidad, la ponderación de los males (el que se evita y el que se causa) tiene una importancia capital.

El mal que se quiere evitar puede provenir tanto de una fuerza de la naturaleza como de una acción humana: actúa en estado de necesidad justificante quien arranca un madero de una cerca para repeler la agresión de que es objeto, como el que comete un delito contra la propiedad coaccionado por otro que le amenaza con matar a

(45) Ibidem, pág. 327.

su mujer, como el que viola un domicilio para escapar de un secuestro, etc.

El fundamento general del estado de necesidad justificante es la necesidad de salvar el interés mayor, sacrificando el menor, en una situación no provocada de conflicto extremo.

Teniendo como requisitos, el estado de necesidad, los siguientes: 1) Elementos subjetivos. El tipo permisivo de estado de necesidad justificante requiere el conocimiento de la situación de necesidad y la finalidad de evitar el mal mayor. Al igual que en las restantes causas de justificación, el elemento subjetivo puede estar acompañado de otras intenciones o de otros estados anímicos, sin que ello sea relevante, siempre y cuando exista la finalidad de evitar el mal mayor. Tampoco interesa aquí que el mal mayor se haya evitado efectivamente, bastando con que la conducta típica se muestre ex-ante (desde el punto de vista del necesitado en el momento de actuar) como adecuada para evitarlo.

2) Mal. Por "mal" debe entenderse la afectación de un bien jurídico, que puede ser del que realiza la conducta típica como de un tercero o incluso del mismo que sufre el mal menor.

El mal puede provenir de cualquier fuente, es decir, humana o natural, entre las que cuentan las propias necesidades fisiológicas, como la sed o el hambre. El hambre da lugar a un caso particular que se conoce como "robo famélico". La miseria es una fuente de necesidad, que está considerada como una de las pautas generales para atenuar la cuantía de la pena, y siempre y cuando no se reúnan los requisitos que marca la propia ley para que se configure un estado de necesidad justificante.

3) El mal debe ser inminente, respecto de lo cual cabe repetir lo que hemos dicho respecto de la legítima defensa: inminente es el mal que puede producirse en cualquier momento, sin que lo sea únicamente el que se habrá de producir dentro de un segundo.

4) El mal amenazado debe ser inevitable de otro modo lesivo, lo que no está exigido expresamente por la ley, pero se deriva de la naturaleza de una situación de necesidad, porque, debe ser evitable de otro modo menos lesivo, el mal causado no sería necesario.

5) El mal causado debe ser menor que el que se quiere evitar. El mal menor se individualiza mediante una cuantificación que responde fundamentalmente a la

jerarquía de los bienes jurídicos en juego y a la cuantía de la lesión amenazada a cada uno de ellos. La jerarquía de los bienes en abstracto nos la proporciona la tabulación de la parte especial, pero la magnitud de la afectación a cada uno de ellos debemos determinarla en cada caso atendiendo a las penas conminadas y a la extensión concreta del daño o peligro. Si bien el mal amenazado siempre debe ser inminente, lo cierto es que hay grados de proximidad del peligro, que deben tomarse también en cuenta como también la consideración de la afectación en relación a las condiciones personales de los titulares consideradas objetivamente.

En algunos casos particulares no resultará sencillo determinar cuál es el mal menor. De cualquier manera, en los casos en que los males sean vidas humanas, el estado de necesidad justificante no podrá amparar nunca a la conducta homicida, por ejemplo, porque una vida humana siempre vale para el derecho tanto como otra, no pudiéndose cuantificar los males tampoco por el número de vidas humanas en juego, porque aunque sea una vida sacrificada para salvar mil, lo cierto será que esa vida ha sido usada como medio y, conforme a los principios de respecto a la dignidad humana, el derecho no puede tolerar que nadie sirva como medio, ni siquiera para salvar a otro. De allí que los casos en que los males que choquen en la situación concreta sean vidas humanas,

no puede imponerse otra solución que el estado de necesidad inculpante.

6) La ajenidad del autor a la amenaza del mal mayor implica que el mismo no se haya introducido por una conducta del autor en forma que, al menos hiciera previsible la posibilidad de producción del peligro. Cuando esto haya sucedido, el autor se hallará excluido del tipo permisivo y actuará antijurídicamente, sin perjuicio de que pueda hallarse eventualmente en un estado de necesidad inculpante, en cuyo caso, al igual que en la provocación suficiente en la legítima defensa, no habrá otra solución que imputarle el resultado a título culposo.

7) El agente no debe estar obligado a soportar el riesgo. El agente no puede ampararse en el estado de necesidad justificante cuando se halla garantizado la conservación del bien jurídico que afecta. Nuestra jurisprudencia ha entendido, correctamente, que quien se halla obligado a sufrir un daño no es "extraño" al mal amenazado.

Cabe aclarar que no cualquier obligación jurídica puede dar lugar a la exclusión del tipo permisivo de estado de necesidad, sino sólo la que le hace perder al sujeto su condición de "ajeno" al mal que le amenaza, lo que configura una particular relación

jurídica que debe emerger de su posición garantizadora del bien jurídico que lesiona.

Naturalmente que la posición garantizadora del bien jurídico amenazado les excluye del tipo permisivo sólo en la medida en que les obliga a la garantía del mismo: "la tripulación de un barco actúa lícitamente si arroja la carga al agua para salvar sus vidas o el barco; el bombero no debe renunciar a su vida para salvar los muebles".

3.- EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EL EJERCICIO DE UN DERECHO.

El ejercicio de un derecho tiene para algunos el carácter de una causa de justificación. En realidad, es menester formular una serie de distinciones. En principio, ejercen sus derechos todos los que realizan conductas que no están prohibidas. Esto surge claramente del principio constitucional de reserva. "Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no mande la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". No sería necesaria ninguna disposición del código penal para establecer esta verdad tan simple. Si la ley penal menciona el ejercicio de un derecho, es porque se refiere al caso en que haya un precepto permisivo especial para autorizar una circunstancia determinada la realización de una conducta típica, es decir prohibida.

En este sentido, no puede considerarse esa mención como una causa de justificación o precepto permisivo, sino como el enunciado genérico que remite para su resolución a cualquier parte del ordenamiento jurídico, donde se halle el respectivo precepto permisivo. En determinadas circunstancias los códigos procesales autorizan a particulares a detener delincuentes. Dentro de ciertos límites, el padre ejerce un derecho de corrección sobre los hijos que, si bien no autoriza los malos tratos físicos realizados, respecto de un extraño sería típico de lesiones o de ciertas privaciones de libertad ambulatoria. Estos ejemplos son suficientes para demostrar que no es esta causa de justificación sino el enunciado genérico que remite a cualquiera de las restantes ramas jurídicas y cuyo análisis acabado no es tarea nuestra.

IV.- CULPABILIDAD.

Siguiendo un proceso de referencia lógica, una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable. (46) De esta referencia del maestro Castellanos Tena, vemos claramente que la culpabilidad es entonces otro elemento esencial del delito, y vemos también que para que ésta exista debe ser el sujeto ejecutor del acto antijurídico imputable. Cosa que en la que no estamos de acuerdo con el maestro Castellanos, ya que como se mencionó con anterioridad la imputabilidad no es elemento esencial del delito. Observamos entonces que una conducta es culpable cuando un sujeto tiene la capacidad de querer la acción y aceptar el resultado, ésta puede estar dividida en dos doctrinas sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad:

a) Teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad.

En esta Teoría el carácter de la culpabilidad radica esencialmente en un hecho psicológico y que contiene dos elementos: uno emocional y otro intelectual; "el primero indica la suma de dos quererres: de la conducta y del resultado; y el segundo el conocimiento de

(46) Ibidem, pág. 233.

la antijuridicidad de la conducta" (47)

b) Teoría normativa o normativista de la culpabilidad.

Para esta doctrina la culpabilidad radica en reprocharle el derecho, una conducta antijurídica y típica, a un sujeto capaz de querer, entender y aceptar el resultado. "Para el psicologismo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado: en el normativismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto." (48)

Así, hemos llegado al concepto más debatido de la teoría del delito. Hasta aquí está en toda la teoría presente el hombre, pero en la culpabilidad nos enfrentamos a él más que nunca. Por otra parte, es una suerte de coronación de la teoría y todos los errores que hayamos cometido en los estratos inferiores repercutirán en éste. Cuando un edificio tiene sus cimientos mal contruídos, el problema más arduo es lograr que soporte los pisos que rematan la construcción. La culpabilidad es, por estas razones, el más apasionante estrato de la teoría del delito.

(47) Ibidem, pág. 234.

(48) Ibidem, pág. 235.

Su concepto general ya lo hemos dado: es la reprochabilidad del injusto al actor. ¿Qué se le reprocha? El injusto. ¿Porqué se le reprocha? Porque no se motivó en la norma. ¿Porqué se le reprocha no haberse motivado en la norma? Porque le era exigible que se motivase en ella. Un injusto, es decir, una conducta típica y antijurídica es culpable, cuando el autor le es reprochable la realización de esa conducta porque no se motivó en la norma siéndole exigible, en las circunstancias en que actuó, que se motivase en ella. Al no haberse motivado en la norma cuando podía y le era exigible que lo hiciese, el autor muestra una disposición interna contraria al derecho.

Así, si un sujeto de cierta instrucción y de posición social acomodada, hurta un anillo en un joyería, sin que nadie lo obligue a ello o lo amenace y sin estar mentalmente enfermo, decimos que ese sujeto podía motivarse en la norma que prohíbe hurtar y que le era exigible que se motivase en ella, porque nada se lo impedía, razón por la cual le reprochamos su injusto, concluyendo en que su conducta es culpable, reprochable.

Este concepto de culpabilidad es un concepto de carácter normativo, que se funda en que el sujeto podía hacer algo distinto a lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias que lo hiciese.

El concepto normativo de culpabilidad es el resultado de una larga evolución doctrinaria que termina por volver a los principios aristotélicos.

Antes de dedicarnos a echar una mirada sobre esta evolución, cabe que nos preguntemos para qué sirve distinguir entre la antijuridicidad y la culpabilidad y, para ello, menester es destacar la diferencia a partir de los distintos efectos de su ausencia, es decir, de la diferencia entre justificación e inculpabilidad.

Hemos visto que una conducta está justificada cuando el derecho le concede al autor un permiso para que en esa circunstancia actúe de esa manera. Hemos visto también que la conducta justificada sólo está permitida, pero no está fomentada y menos ordenada por el derecho. Hay en ello una suerte de resignación ante la fatalidad de una situación fáctica conflictiva en el máximo grado, en la que no se tiene otro remedio que admitir una conducta que viola la norma prohibitiva. En la inculpabilidad la situación es aún peor, porque ni siquiera se trata de un permiso, el derecho no puede allí ni siquiera permitir la conducta, sino que únicamente no le puede exigir al sujeto que no haya hecho lo que hizo, que no haya cometido el injusto. La conducta queda siendo un injusto y tiene todos los efectos que de un injusto se derivan tanto para el derecho penal como para otras ramas del derecho. Ante la conducta inculpable

puede haber una legítima defensa o cualquier otra causa de justificación, caben las reparaciones civiles, las sanciones administrativas, etc. Cuando media una legítima defensa, un estado de necesidad o cualquier ejercicio legítimo de derecho, la conducta queda justificada para todo el orden jurídico y ninguna consecuencia puede haber de ella para su autor por parte de ninguna rama del ordenamiento; pero cuando media una conducta que sólo es inculpable, lo único que se excluye es el reproche jurídico-penal de la conducta.

En la justificación hay una situación conflictiva que el derecho debe resolver dando un permiso, porque de no hacerlo resultaría perjudicado su objetivo general. En la inculpabilidad hay una situación en la que sólo se excluye el reproche porque al autor no se le puede exigir otra cosa, pero reconociendo perfectamente que su conducta afectó la finalidad general del orden jurídico.

A.- FORMAS DE CULPABILIDAD.

La culpabilidad se reviste de dos formas que son el dolo y la culpa. En el código penal en vigor están tipificados algunos delitos dolosos y culposos, estas dos formas tienen que ver con la conducta, es decir, con el modo de dirigirse de un sujeto. El dolo es especialmente calificado cuando en el actuar u omitir

existe una intención delictuosa; la culpa tiene que ver cuando en el actuar u omitir hay un hecho delictuoso, pero no la intención, simplemente no se han observado las medidas que el estado impone para la vida en sociedad. A continuación analizaremos con precisión cada una de estas figuras de la culpabilidad, el dolo y la culpa.

1.- EL DOLO Y SUS ELEMENTOS.

Según el maestro Castellanos Tena el dolo contiene un elemento ético y otro volutivo, el primero de ellos comprende el saber que un acto es contra derecho; pero aun así el querer efectuarlo constituye entonces el elemento voluntativo. Así mismo debemos saber que el dolo tiene las siguientes características:

a) El dolo directo, que es aquel en el cual la voluntad del agente se encamina directamente al resultado o al acto típico.

b) El simplemente indirecto, cuando el sujeto se propone un fin y sabe ciertamente que se producirán otros resultados típicos y antijurídicos.

c) El indeterminado, es cuando el agente tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse causar un delito en especial.

d) El eventual, que se da cuando el sujeto se propone un evento determinado, previendo la posibilidad de otros daños mayores y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial.

El dolo en el derecho mexicano está contenido en el Código Penal, en su artículo 80.

Dejando de momento de lado los llamados elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, que pueden o no ser requeridos por los tipos penales, el dolo es el elemento nuclear y principalísimo del tipo subjetivo, y frecuentemente el único componente del tipo subjetivo (en los casos en que el tipo no requiere otros).

Repetimos una vez más que el dolo es el querer del resultado típico, la voluntad realizadora del tipo objetivo. Ahora bien: para que un sujeto pueda querer algo, necesariamente debe también conocer algo. Cuando Martín Fierro quiere regresar atravesando el desierto sabe adónde se dirige y cómo guiarse: "Lo gufan el sol, las estrellas, el viento y los animales". Todo querer presupone un conocer.

Con el dolo sucede lo mismo, pues es un querer. El conocimiento que presupone este "querer" es el de los elementos del tipo objetivo en el caso concreto: el dolo

de hostigamiento sexual (art. 259 bis) es el querer asediar reiteradamente con fines lascivos a otra persona de cualquier sexo, que presupone que el objeto de la conducta es un hombre (dicho sea un término genérico), que el asedio será con fines lascivos causando un resultado (daño o perjuicio) siendo esto la previsión de la causalidad, además de que el sujeto pasivo es un subordinado jerárquicamente hablando.

De allí que, si queremos perfeccionar un tanto la definición del dolo que hemos dado, sea conveniente conceptuarlo como la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto.

Dicho más sintéticamente: el dolo es una voluntad determinada que, como cualquier voluntad, presupone un conocimiento determinado. Durante muchos años algunos autores insistían en el aspecto de conocimiento del dolo, haciendo fincar su esencia en él (teoría de la representación), en tanto que otros acentuaban su aspecto de voluntad pura (teoría de la voluntad). Hace casi medio siglo que la doctrina se percató de que es falso que el dolo sea representación como que el dolo sea voluntad: el dolo es representación y voluntad. En el fondo de la disputa había casi un equívoco verbal, como lo reconocieron finalmente sus protagonistas.

El reconocimiento de que el dolo es una voluntad individualizada en un tipo, nos obliga a reconocer en su estructura los dos aspectos en que consiste: el del conocimiento presupuesto al querer (aspecto de conocimiento o aspecto cognoscitivo del dolo), y el querer mismo -- que no puede existir sin el conocimiento-- (aspecto del querer o aspecto conativo del dolo).

2.- LA CULPA Y SUS VARIANTES.

Como ya hemos dicho, la culpa es la segunda forma de la culpabilidad y en ella no se presume la voluntad, es decir, no hay la plena voluntad sólo una responsabilidad por no haber observado una norma debidamente. Hay dos clases de culpas consideradas: la conciente y la inconciente, en la primera se presenta cuando el agente ha previsto el resultado pero espera que no se produzca, y la otra forma se da cuando hay voluntariedad en la conducta, pero se abriga, también, la esperanza de que no se produzca.

"La culpa es denominada en el Código Penal vigente, delito "no intencional o de imprudencia" (art. 80. frac. II). Consistente en el obrar sin la debida previsión por lo que se causa un resultado dañoso y previsible, tipificado en la ley penal. En consecuencia no hay previsión del resultado, siendo esperada y

jurídicamente exigible dicha previsión. El resultado dañoso, es no obstante la imprevisión, incriminable, pues no por ello la causación es involuntaria ni deja de causarse un daño a un bien o interés jurídico protegidos.

La teoría de la culpa se integra con la definición que contiene el precepto comentado y con las reglas que impone la ley al juzgar para fijar la penalidad en el artículo 60 del Código Penal. En cuanto al elemento psicológico del delito no intencional o imprudencial, de la fracción comentada resulta que consiste en la "imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado", es decir, imprevisión (falta de previsión o falta de reflexión), descuido (negligencia, falta de cuidado) o ineptitud (impericia). En cuanto a la tipificación penal del resultado, se expresa diciendo que ha de causar "igual daño que un delito intencional". El citado artículo 60 del Código Penal por su parte se refiere a la previsibilidad y a la evitabilidad del evento, con lo que se completan los elementos de dicha teoría" (49)

Por tanto y según la teoría de la ley, los elementos y denominación que la fracción mencionada adscribe a los delitos culposos, la de "imprudenciales",

(49) Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa, S. A., México, 1991. pág. 38.

ha sido criticada por entender que la imprudencia es un hacer omitiendo algo en tanto que la negligencia un no hacer; que la primera contiene eficacia activa mientras la segunda pasiva; que en consecuencia no puede haber imprudencia donde hay negligencia; y que la imprevisión y la falta de reflexión son los que sustentan todo caso de culpa por lo que no pueden constituir especies per se sino que el elemento común a los delitos culposos. (50)

Los últimos Códigos y proyectos penales mexicanos han recogido esta posición crítica y retornado con sana solución a la denominación de "delitos culposos" (Proyecto para el Distrito y Territorios Federales de 1949 en su artículo 7o. fracción II, por ejemplo). El Código Penal de Veracruz con buena técnica, define la culpa: "Cuando se ejecuta un acto o incurre en una omisión cuyas consecuencias eran previsibles y no se previeron; cuando habiéndose previsto se confía en que no sucederán; o cuando se causa un daño por impericia o falta de aptitud" (artículo 6o. fracción II); distinguiéndose así entre la culpa con representación, la culpa sin representación, la impericia y la ineptitud.

(50) Carrancá y Trujillo, Raúl. ob. cit. pág. 445

B.- LA INCULPABILIDAD.

Todas las causas de inculpabilidad son supuestos en los que no pueden exigírsele al autor una conducta conforme al derecho, sea porque no podía exigírsele la comprensión de la antijuridicidad, sea porque pese a esa comprensión no podía exigírsele la adecuación de su conducta a la misma. Nos hemos venido ocupando hasta aquí de los supuestos en que la inexigibilidad (y la consiguiente ausencia de culpabilidad) provienen de la inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad.

La inculpabilidad es obviamente la ausencia de culpabilidad, presume la falta de los elementos intelectual y volutivo. De acuerdo con el concepto adoptado sobre la culpabilidad, su aspecto negativo funcionará, haciendo inexistente el delito, en los casos en los cuales el sujeto es absuelto en el juicio de reproche.

Son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad:

- a) El terror, y
- b) La no exigibilidad de otra conducta.

En cuanto al primero de ellos, se cuenta por igual con la ignorancia, y que junto con el error son actitudes psíquicas del sujeto en el mundo de relación, aunque con características diversas. Siendo la ignorancia el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone una actitud negativa, en tanto el error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación constituyendo un estado positivo. Este tipo de causa, se divide en dos: error de hecho y de derecho, ambos consisten en una equivocada concepción de la verdad, pero en el error de derecho no es justificable que se tenga una falsa interpretación de la ley por ejemplo, aunque sí puede constituir una atenuante de la pena, y ello se puede encontrar en el artículo 59 bis del Código Penal vigente.

Tradicionalmente se ha considerado que cuando el sujeto ignora la ley o la conoce erróneamente no hay inculpabilidad, pues "la ignorancia de las leyes a nadie beneficia", principio casi universal, apoyado en la falsa presunción del conocimiento del Derecho. La distinción entre el error de hecho y error de derecho no encuentra fundamento en la ley.

El error de hecho se subdivide en error escencial y error accidental (inescencial). El primero produce inculpabilidad en el sujeto cuanto es invencible,

pudiendo caer sobre los elementos constitutivos del delito, de carácter esencial, o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad (calificativa del delito). El error inesencial o accidental no es causa de inculpabilidad por recaer sobre los elementos no esenciales, accidentales del delito, o sobre simples circunstancias objetivas, etc., comprendiendo los llamados casos de "aberración".

El Código Penal únicamente se refiere, al error de hecho, esencial e invencible, en los casos específicos de las fracciones VI y VII del artículo 15. La primera declara excluyente de responsabilidad el ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar. La segunda hace consistir la excluyente en obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituye un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía.

Por lo que se refiere a la exigibilidad de otra conducta, y tomando como base el carácter eminentemente individualizador del "pensamiento jurídico penal", la concepción normativa de la culpabilidad, que hace consistir ésta en el juicio de reprobación, identificado con la propia reprochabilidad del hecho al autor, tratando de escapar a los rígidos moldes del ordenamiento

jurídico, incapaces en ocasiones de adaptarse a las extrañas formas de la vida concreta, ha buscado la solución en la llamada "inexigibilidad", que apoyándose primeramente en la culpa, ha sido posteriormente extendida al ámbito del dolo.

Dentro del artículo 15 del Código Penal, como "circunstancias excluyentes de responsabilidad", se recogen auténticos casos de "no exigibilidad de otra conducta". Ellos son: a) El estado de necesidad, cuando el bien sacrificado es de igual valor al salvado, comprendido en la fracción IV del referido artículo y Código Penal, en el cual se alude en forma genérica "a la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes a la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial"; b) La coacción violencia moral, llamada por la ley "temor fundado e irresistible" (fracción IV) y c) El encubrimiento de parientes o personas ligadas por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad (fracción IX). Como casos específicos de "inexigibilidad", el Código se refiere, sancionándolo con pena atenuada, al aborto por causas sentimentales (artículos 332 y 333 del citado ordenamiento).

Por último, haremos mención a las palabras del maestro Castellanos Tena, al decir que lo cierto es que la inculpabilidad opera al hallarse ausente los elementos

esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad, tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, porque si el delito integra un todo sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia. (51)

(51) Ibidem, pág. 236.

P R O P O S I C I O N

PROPOSICION.

Hostigar, significa perseguir, acosar, asediar o molestar a una persona en forma insistente; se refiere a la conducta sexual de una persona que abusando de su situación jerárquica asedia reiteradamente a sus subordinados, provocándole intranquilidad y desequilibrio emocional que impide un desarrollo interpersonal en un ámbito de cordialidad y respeto de la persona.

De lo anterior, el legislador pretende que con la incorporación del hostigamiento sexual como conducta delictiva, se permitirá salvaguardar la inseguridad y la autodeterminación sexual de las personas. Ello será siempre y cuando el tipo delictivo se delimite con claridad y precisión, para que de su contenido no se propicie inseguridad jurídica que ponga en peligro el "Principio de Legalidad".

De su estudio se desprende que, el delito comparte en sus elementos objetivos una repetición de conductas similares que aisladamente no son delictuosas, porque el tipo se forma del conjunto de todas ellas y se considera que el Hostigamiento Sexual se difiere de otras conductas delictivas en que el asedio se expresa en provocaciones, insinuaciones o invitaciones insistentes que destruyen cualquier acción orgullosa decretada físicamente del fuero del sujeto pasivo.

Resulta criticable el por qué el Legislador al hablar de hostigamiento se refiere única y exclusivamente que se presentará si hay una relación de subordinación entre el sujeto activo y pasivo. Esto hace pensar que se pretende proteger a la persona subordinada y no a otra más, debiendo tener muy presente que cualquier persona subordinada o no, puede ser hostigada; se olvida la hipótesis, común en la vida real, del subordinado que asedia u hostiga a su superior jerárquico.

Objetivamente hablando, y a primera vista, se puede referir más bien de un problema estrictamente laboral. Así tenemos que el patrón que asedia a su trabajadora doméstica o a su empleada, teniendo ésta la acción de la rescisión del contrato de trabajo, independientemente de las sanciones laborales correspondientes. Pero se pretende que dicha actividad no sea del ámbito laboral sino competencia de la materia penal; aun y cuando se cuente con otras figuras penales que tipifican la conducta desplegada, por ejemplo si el patrón asedia a su trabajador hasta el grado de amenazarlo, lógico resulta que se pueden invocar el tipo penal de amenazas, y en algún caso extremoso argumentar las lesiones.

Asediar, en sentido figurado, es importunar a otro si descanso con pretensiones, entendiendo por ellas, como el empeño de conseguir algo. Y Hostigar quiere

decir perseguir, molestar a uno, ya burlándose de él, ya contradiciéndolo o de algún otro modo.

Hasta aquí no hay delito, resultando por tanto no muy adecuado el empleo de la palabra.

El Código Penal marca que solamente será punible el Hostigamiento Sexual cuando se cause un perjuicio o daño. Al referirse a estos términos hablamos de un resultado concreto, resultado que no es compatible con el tipo delictivo de hostigamiento sexual, el cual se reduce a importunar, a pretender, a perseguir, a burlarse de otro. Lo que demuestra que en el Hostigamiento Sexual, en sí, no hay resultado, es decir no hay cambio o peligro de cambio en el mundo exterior. Siendo esta figura delictiva una tentativa más que una consumación, ya que si el sujeto activo logra el fin lascivo o se extralimita se tratará de un delito sexual (Violación, etc.) o de amenazas, lesiones, etc., ya contemplados en nuestra Ley penal y en caso de no alcanzarlo se estará en presencia de la tentativa.

Es necesario marcar a qué tipo de daño se refiere ya que de momento existe dificultad para precisarlo, en virtud de que existen una multiplicidad de daños, así tenemos los de orden psicológico, material, jurídicos, etc.

Se presenta la calificativa en cuanto a los "Servidores Públicos", pero qué pasa con el capítulo de delitos cometidos por los servidores públicos de nuestra ley penal, no se efectuó reforma alguna en él, toda vez que el tipo penal de Hostigamiento Sexual es más para la protección de los alumnos en las aulas escolares así como de los trabajadores en centros laborales como talleres o empresas particulares. Amén de que no se marca el tiempo que se "Destituira de su Cargo" al servidor público que cometa el ilícito penal de Hostigamiento Sexual, valiéndose de los medios que el cargo le proporciona.

Todo hombre corteja y piropea, de acuerdo a su educación y cultura, y no por ello es un delincuente. Bastantes piropos y cortejos podrían identificarse con un asedio u hostigamiento, según el legislador. No se piense que negamos que la mujer deba ser defendida de algunos requerimientos groseros del hombre, pero para hacerlo no hay por qué hacer de los galanteos, piropos y cortejos una nueva especie de delitos.

De todo lo anterior, se concluye que el tipo penal de Hostigamiento Sexual debe desaparecer o ser derogado de nuestro Código Penal, en virtud de implicar un comportamiento de conductas de orden anglosajón que no corresponden a nuestra idiosincracia ni a nuestros valores culturales.

Para finalizar, y parafraseando al doctor Carrancá y Rivas, mencionaremos las siguientes palabras: " DEJEMOS EN PAZ AL HOMBRE Y A LA MUJER EN SU ORBITA DE RELACIONES YA DE SUYO HARTO COMPLEJAS. TODOS SOMOS, DE ALGUNA MANERA Y FORMA, ASEDIADOS Y HOSTIGADOS; TODOS, IGUALMENTE, HOSTIGAMOS Y ASEDIAMOS. ES LA VIDA, CON SUS TRAMPAS Y ESPEJISMOS".

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1) Se entiende por Hostigamiento Sexual el perseguir, acosar, asediar o molestar a una persona insistentemente, y en la connotación que le da la iniciativa a la conducta sexual de una persona que abusando de su situación jerárquica asedia reiteradamente a su subordinado, provocando en él intranquilidad y desequilibrio emocional que impida un desarrollo interpersonal en un ambiente de cordialidad y respeto.

2) Los antecedentes de hostigamiento sexual son muy pocos debido a la falta de conocimiento de este término, pero en México desde los Aztecas ha existido el abuso sexual, estando la mujer destinada al hogar, la maternidad y la prostitución. En la época colonial las indígenas se sabían inferiores y menospreciadas al mismo tiempo que desprotegidas no teniendo otro destino que el de servir, eran las que cuidaban a los hijos de los españoles y a la vez eran objeto sexual. Durante la revolución el hostigamiento sexual lo podemos encontrar en una forma impuesta en la cual el jefe o hacendado tenía propiedad sexual, y la hacía valer en la costumbre llamada derecho de pernada. La moral pública y las buenas costumbres del porfiriato estaban basadas en un régimen feudal de explotación a la fuerza del trabajo.

3) Se debe entender por sujeto activo, el que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice. El sujeto activo en el hostigamiento sexual es el que acosa, hostiga o asedia sexualmente a su subordinado. El sujeto pasivo en este delito, es aquél que recibe imposiciones indeseadas de conductas de naturaleza sexual, en el contexto de una relación de poder desigual: el subordinado.

4) Queda establecido en el Código Penal en su artículo 259 bis el tipo de hostigamiento sexual, siendo al que con fines lascivos asedie reiteradamente a personas de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de las relaciones laborales, domésticas, docentes o cualquiera otra que implique subordinación, imponiéndole sanción hasta de 40 días de multa, y destitución del cargo al servidor público que lo haya efectuado utilizando los medios que su mismo puesto le otorgue; y siempre que se cause un daño o perjuicio y a petición de la parte ofendida.

5) Sólo se puede dar el hostigamiento sexual en forma dolosa y es punible cuando se consuma.

6) Debe derogarse este tipo penal, ya que no cubre ninguna función social, además no ha sido muy feliz su redacción y ser una figura de orden anglosajón

que no presenta injerencia en nuestra cultura e idiosincracia.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA.

- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa S. A., México, 1985.
- Casarrubias, Vicente. Rebeliones Indígenas en la Nueva España. 2a. Edición, Editorial Herrero, México, 1978.
- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. Editorial Porrúa, S. A., México, 1991.
- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Tomo I, 12a. Edición, Barcelona 1955.
- De Mendieta, Fray Jerónimo. Historia Eclesiástica Indiana. Volumen I. Reimpresión, México, 1945.
- Florescano, Enrique. La Formación de los Trabajadores en la Epoca Colonial, Editorial Siglo XXI, México, 1980.
- Jiménez de Asúa, Luis. El Criminalista. Buenos Aires.
- Jiménez Huerta, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S. A., México, 1955.

- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, Editorial Reus, Madrid, 1927.
- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, Editorial Losada, Buenos Aires, 1951.
- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa S. A., México, 1978.
- Lorraine Myers, C. Sexual Harassment of working. Editorial The Florida State University, U.S.A., 1980.
- Margadant S., Guillermo F. Introducción a la Historia de Derecho Mexicano. 7a. Edición, Editorial Esfinge, México, 1986.
- Mezguer, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Madrid, 1955.
- Molina Enriquez, Andrés. La Revolución Agraria de México y la Caída de Porfirio Díaz. Editorial Hernández, México, 1983.
- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa S. A., México, 1982.
- Pereyra, Carlos. Compendio de Historia Azteca, Editorial Esfinge, México, 1981.

- Pérez Castillo, Juan. La T.V. en México y la Comunicación. Editorial Punto y Coma, México, 1988.
- Pérez Palafox, Arturo. Delitos Sexuales. Editorial Talleres Gráficos Cámara de Diputados, México, 1989.
- Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Editorial Porrúa S. A., México, 1983.
- Porte Petit, Celestino. Apuntes de la Parte General del Derecho Penal. Tomo I, Editorial Porrúa S. A., México, 1960.

C O D I G O S

- Carrancá y Trujillo Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa S. A., México, 1991.

D I C C I O N A R I O S

- Couture, Eduardo. Vocabulario Jurídico. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976.

-- García, Ramón. Pequeño Larousse Ilustrado. Ediciones Larousse, 15a. Edición, 1990.

-- Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para Juristas. Ediciones Mayo, México, 1981.

D I A R I O O F I C I A L

-- Diario Oficial de la Federación. Tomo CDXLVIII, No. 14.