

17

2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

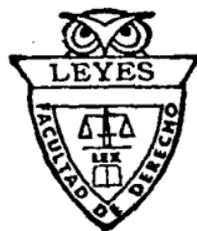
FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO
HOSTIGAMIENTO SEXUAL Y SU INEFICAZ
APLICACION DEL MISMO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
BERNARDO ALBA BUENDIA



MEXICO, D. F.

FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA GENERAL DE
EXAMENOS PROFESIONALES

1993

TESIS CON
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.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

I N D I C E

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO HOSTIGAMIENTO SEXUAL Y SU INEFICAZ APLICACION DEL MISMO.

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

I.- Nota Introductoria	1
II.- Breves antecedentes históricos del delito sexual en México.	3
2.1.- Causas generadoras del delito sexual	8
a).- Factores Psicológicos	
b).- Factores Sociológicos	
c).- Otros	
2.2.- Comentarios a la exposición de motivos que dió origen a la figura de Hostigamiento Se xual.	23
2.3.- Definición.	25

CAPITULO SEGUNDO

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO HOSTIGAMIENTO SEXUAL

I.- Los presupuestos del delito	30
---------------------------------	----

1.1.- Teorías acerca de los Presupuestos.	30
1.2.- Presupuestos Especiales y Generales.	31
1.3.- Presupuestos de la Conducta y Presupuestos del Hecho.	31
1.4.- ¿Presupuestos en el delito Hostigamiento Sexual.	32
II.- Conducta o Hecho.	
2.1.- Delito Hostigamiento Sexual ¿Conducta o Hecho?	39
2.2.- La omisión en el delito Hostigamiento Sexual.	40
2.3.- Clasificación en orden a la Conducta.	41
III.- Ausencia de Conducta.	44
3.1.- Hipótesis de ausencia de conducta que pueden presentarse en el delito Hostigamiento Sexual.	44
IV.- Tipicidad	47
4.1.- Comentarios sobre la unidad del delito Hostigamiento Sexual.	49
4.2.- Elementos del tipo:	51
a).- Bien Jurídico Protegido	
b).- Objeto Material	
c).- Sujeto Activo	
d).- Sujeto Pasivo	
e).- Medios	
f).- Referencias Temporales y Especiales	

g).- Elementos Subjetivos y Normativos	
4.3.- Clasificación del delito en orden al tipo	60
V.- Atipicidad.	62
5.1.- Hipótesis que pueden presentarse en el delito Hostigamiento Sexual.	62
VI.- Antijuridicidad.	64
6.1.- Formas de antijuridicidad en el delito Hostigamiento Sexual.	64
VII.- Causas de Justificación o Propositiones Permisivas en el delito Hostigamiento Sexual.	66
7.1.- Hipótesis que pueden presentarse.	66
VIII.- Imputabilidad.	72
8.1.- La imputabilidad como elemento o presupuesto del delito.	73
8.2.- Las acciones libres en su causa.	75
IX.- Inimputabilidad.	79
9.1.- Hipótesis de inimputabilidad en el delito Hostigamiento Sexual.	81
X.- Culpabilidad.	83
10.1.- Su estructura.	83
10.2.- El dolo	88

10.3.- La culpa	91
10.4.- Preterintencionalidad	93
XI.- Inculpabilidad.	95
11.1.- La no exigibilidad de otra conducta.	95
11.2.- Los errores.	96
11.3.- Las eximentes putativas.	98
XII.- Condiciones Objetivas Punibilidad y su Aspecto Negativo.	101
XIII.- Punibilidad.	105
13.1.- Critica a la reforma penal de 1990.	106
13.2.- La finalidad de la pena. Aspectos Psicológico, Sociológico y Criminológico.	106
XIV.- Las Excusas Absolutorias.	108
CAPITULO TERCERO	
EL ITER CRIMINIS.	109
I.- La fase interna	109
II.- La fase externa	110
III.- La tentativa	110
IV.- Concurso de delitos	114
V.- Autoría y Participación	116

CAPITULO CUARTO

PRACTICA DE CAMPO

I.- Visitar las Agencias Especializadas de Delitos Sexuales
de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Fe-
ral.

119

CONCLUSIONES

123

BIBLIOGRAFIA

128

1.- NOTA INTRODUCTORIA.

(Motivos para la exposición de la presente investigación)

Razón que me avocó a elaborar este trabajo, él interes -
y pasión por el Derecho Penal.

El palpar en este nuestro medio y éste nuestro momento,-
la enorme transformación social ha venido surgiendo en la vi-
da sexual; ya que es una manifestación más de la conducta del-
ser humano. No sabemos si la iniciación de la realización de -
la mujer, en todos los ámbitos de nuestro existir cotidiano ha
sido causa o efecto de esa transformación o evolución en el --
comportamiento sexual, tanto de esta como del hombre.

Através de la presente exposición, se hará una breve re-
seña de los delitos sexuales en la época Precolombina; así co-
mo también se expondrán los factores fundamentales que influ--
yen en la comisión del ilícito.

Que fúe lo que motivo a los Legisladores de introducir -
esta figura delictiva, en nuestro Ordenamiento Punitivo. Pos--
teriormente el análisis del Estudio Dogmatico de la figura de
Hostigamiento Sexual (hipótesis: superior Jerárquico-relacio--
nes laborales), y ver si encuadra en cada uno de los elementos
tipicos del delito, tanto positivos como negativos y el iter -

criminis.

Podemos observar que en la aplicación del mismo, se pone de relieve una serie de deficiencias en la creación del tipo penal aludido, ya que no protege en esencia la libertad sexual sino más bien, trata de evitar que en las relaciones laborales que se dan entre superior-jerárquico y empleado, se de una conducta de tipo sexual, es decir, con fines lascivos y reiterados, cuando en caso extremo exista anomalía en los sujetos antes mencionados, debe regularse bajo la protección del Ordenamiento Laboral respectivo.

Por lo que haré un estudio sociológico del tema e investigar lo mas serenamente posible nuestra realidad social. Y -- acudir a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; y en especial a las Agencias del Ministerio Público Investigador (Delitos Sexuales), con los resultados obtenidos comentaré, la prosperidad o su ineficaz aplicación del mismo.

1.- BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA SEXUALIDAD EN MEXICO.

A través del tiempo, se ha podido observar que la moralidad sexual en nuestro país se ha caracterizado por su rigidez en los usos y costumbres sexuales; estos, aunados a los pocos escritos existentes al respecto, pues sus autores eran sujetos con fuertes y arraigados principios morales, como se desprende de la lectura de los diversos códigos existentes sobre la cultura mexicana. Así, las pocas veces que describen un hecho de naturaleza sexual, o lo distorcionan, o lo cortan de golpe por parecerles demasiado inmoral.

En la época precortesiana, los pueblos que habitaban el país tenían como cultura madre a la Olmeca, en cuestiones a su modo de vida. Sin embargo, la situación geográfica de cada pueblo hacía variar sus costumbres, entre las que destacan las sexuales.

Si en algunos pueblos había mayor liberalidad sexual, en otros nunca, como se observa en lo narrado por VICENTE RIVA PALACIOS: "...iniciación tan pronto los jóvenes estaban en condiciones físicas de realizarlos. Los mayas por ejemplo, llevaban a cabo una ceremonia llamada "Caputzihil" para señalar y celebrar la entrada a la vida sexual de los jóvenes: Es el advenimiento de la pubertad llamado con razón una nueva vida; es el nacimiento de otra existencia de amor y de ilusión

de fuerza y de placer; la virilidad en el hombre, el encanto, las gracias y la pasión en la mujer. Por eso a los niños les daban a fumar las hojas de tabaco, como señal de que ya son -- hombres, y por eso también cae la concha de las niñas y les da ban a oler las flores, símbolo de la juventud que empieza a as pirar con todas las ambiciones de su alma y con todos los anhe los de su corazón".(1)

Existía también culturas que llevaban a cabo el homose-- xualismo, como lo eran los totonacas y los aztecas: era un de-- lito que era gravemente castigado. Si eran hombres; al sujeto-- activo lo empalaban y al pasivo le extraían las entrañas por - el orificio anal; por otra parte, si se trataba de mujer, se - le producía la muerte por garrote; se castigaba a toda persona que no se pusiese ropas propias de su sexo, y a quienes tam-- bién les daban muerte. Existe, relatos que indicaban que entre los aztecas existía una ceremonia en la cual por exigencias re ligiosas el rey se veía obligado a tener relaciones de natura-- leza homosexual.

En la gran generalidad de los pueblos, la moralidad era muy estricta en lo referente a la sexualidad, pues se conside-- raba que, era una gracia concedida por los dioses y en ello es tribaba su práctica moderada.

(1) Riva Palacio, Vicente, México através de los siglos, T. I, Editorial Herrerías, México, 1989, pág. 191.

Continuando con el tema de la sexualidad de nuestros ante pasados, se ha comentado que la caída del Imperio Tolteca fúe - como resultado de la perversidad de su misma gente, pues se cuena ta que estando como rey Topiyzin, éste se prostituyó tanto, que las mujeres de alto linaje iban a los templos a realizar actos- sexuales con los sacerdotes, que estaban obligados a guardar -- castidad. Este degenerere, que se extendió hasta el pueblo, se señala que fue la causa de que a los cuarenta años de dicho imperio desapareciera la ciudad de Tolan, despues de una serie de - enfermedades, falta de lluvias e inundaciones.

Uno de los pueblos a los que no se puede omitir por su - grandeza de nuestro país lo es el Azteca, en el que como la ma yoría, imperaba un gran rito en materia de sexualidad. Así, cuando el rey se dirigía al pueblo hacia recomendaciones las cua les entre otras dice Bernardino de Shagún "El tomar "util" (pu l que) sólo les era permitido a los enfermos, a los ancianos y al pueblo en determinadas ocasiones y en cantidad limitada. De esta borrachera proceden la mayoría de adulterios, estupro, co- rrupción de virgenes y violencia de pariente y afines".(2)

La mujer en el pueblo azteca era debidamente guiada desde que nacía, pues se le hacía aprender labores domésticas y pos-- tre se les preparaba en una escuela para convertirse en buena - -----
(2) De Shagún, Bernardino, Op. cit., T. III, pág. 106

esposa para cuando contrajese matrimonio; esta educación consistía: saber ver, vestir, hablar, escuchar y caminar.

También y por lo que hace a la virginidad a esta se le concedía gran importancia, ya que la mujer que no llegaba virgen al matrimonio, era repudiada por el marido.

La prostitución en el pueblo azteca se distinguía entre las mujeres que pertenecían a la clase noble y las pertenecientes a la clase de los plebeyos; la primera de las mencionadas prostitutas se les castigaba con la muerte y a las segundas sí se les permitía el ejercicio de dicha actividad.

El aborto dentro del pueblo azteca, era también objeto de sanción, cuando era de manera intencional sin mediar alguna causa de justificación legítima, y si en cambio era permitido el aborto terapéutico y en cuyas circunstancias se privaba de la vida a la criatura en el vientre de la madre y era extraído luego a pedazos.

En los delitos de violación, se castigaba en el pueblo náhuatl con la muerte, al igual que entre los tarascos.

Por lo que hace al adulterio, dentro del pueblo azteca y zapoteca se le daba muerte tanto a la adúltera como al amante ejecución; que llevaba a cabo el marido ofendido y, quien también podía matar al amante o cortarle las orejas, nariz o la

boca.(3)

Como se ha podido observar dentro de este pequeño recorrido en las diferentes culturas de nuestro país, la moral en lo que atañe a la sexualidad, es muy rígida, circunstancia que con el transcurso del tiempo y época se va modificando paulatinamente, sin que se trasgreden ciertos lideros de la sexualidad de cada individuo, es decir, atentar contra su libertad sexual.

(3) Martínez Roaro, Marcela, Delitos Sexuales, Segunda Edición Editorial Porrúa S.A., México, 1982, páginas 49 a 61 (la Sexualidad en cuanto al tiempo).

1.2.- CAUSAS GENERADORAS DE LOS DELITOS SEXUALES.

Las causas que generan la comisión de los delitos sexuales (abuso sexual, estupro, violación e incesto) son múltiples y variadas; entre otra, la farmacodependencia, la desintegración familiar, los hacinamientos poblacionales, el consumo habitual de pornografía, etc.

Si como delitos sexuales, se ha fijado entre otros, la violación, estupro e incesto, se parte de la base que el bien jurídico protegido en los mismos (tipos penales correspondientes) es la libertad sexual de las víctimas. De ahí el nombre de delitos sexuales, pues la violencia que se ejerce sobre la totalidad de su persona, constituye el conjunto de elementos biológicos, psicológicos y sociales, todos ellos van de su libre albedrío.

Tomando en cuenta que intervienen varios aspectos en la vida normativa de un individuo, el no cumplimiento a la no observancia de estos aspectos, coloca al sujeto en una situación de análisis y crítica de los demás individuos que conforman su sociedad.

Existen muchas teorías acerca de lo que debe considerarse como delitos, los cuales están tipificados en las leyes, pero existen conductas que no son aplicables a todos los conceptos que regula la ley (Hostigamiento Sexual).

Las causas generadoras de delitos puede ser diversas como se ha apuntado ya, mismas que pueden ir desde las más complejas a las más simples y en las que el individuo que comete un delito tiene que ser tratado psicológicamente en razón del ilícito realizado ya que sus actividades personales, tienen -- que ver con su realización con familiares y la sociedad en sí misma.

Los delitos que se cometen van en relación directa, en -- la mayoría de los casos, con la educación elemental de todo -- sujeto, es decir, quien tiene una educación elemental, realiza acciones delictivas más simples, y por el contrario, los delitos de mayor grado de planeación y ejecución, lo realizan -- personas que tienen mayores grados de estudio.

En lo específico a los delitos sexuales, la información que reciben los sujetos es, muy deformada en lo referente a -- aspectos sexuales, lo cual se suma a la cantidad de mala in---formación que han tenido en pláticas con amigos, en las películas y demás medios de comunicación masivos.

La formación sexual en el hogar no se ha dado en la forma más adecuada que se desea, ya que son pocas las familias en las que los padres tratan estos temas, ya que ellos mismos no tiene en la mayoría de los casos la información adecuada para proporcionarla a sus hijos.

La falta de satisfactores que reafirman la sexualidad de los individuos, es un factor importante para que no tengan que realizar actos o pruebas ante otras personas o ante ellos mismos para sentirse hombres o mujeres.

La disminución de los delitos sexuales se reduciría de manera considerable en la medida que la impartición de una adecuada educación sexual en la escuela, a la familia a través -- del trabajo social y por los medios comunicación masivos; elementos preventivos como ya se dijo para disminuir el índice de delitos sexuales.

A continuación se pasará a exponer los factores primordiales que influyen de manera tajante en la comisión de los diversos delitos sexuales.

a).- Factores Psicológicos.

El estudio psicológico del delincuente y no delincuentes ha señalado que todos los individuos traen consigo al nacer -- tendencias e impulsos considerados criminales y antisociales -- y, que posteriormente son reprimidos u orientados hacia otros fines para conseguir una adaptación social correcta.

Este proceso se realiza principalmente en los primeros años de vida, fundamentalmente a la influencia de factores externos antesquienes el niño sacrifica parte de sus satisfac- -

ciones institivas con la esperanza de recibir cariño, por el -
temor de ser objeto de un castigo y más tarde a consecuencia -
de una inhibitoria interna como resultado de esos mismos factores
res.

Es evidente que no pueden estudiarse ni comprenderse los
delitos sexuales sino se parte de un mínimo de conocimiento so
bre lo que significa la sexualidad en la conducta de todo indi
viduo.

En otras conductas criminales o delictivas se originan -
por la influencia de algunos factores ambientales o familiares ,
se tienen también que en lo tocante a conductas sexuales ilici
tas, las condiciones ambientales o familiares particularmente
originadas en la infancia o adolescencia son de vital importan
cia.

La exploración psicológica en todo delincuente sexual se
hace necesaria para poder entender su conducta y los orígenes
de la misma.

Por otro lado, para el jurista, un delito es un acto de
carácter voluntario que se aparta de las normas establecidas -
por la Legislación del Estado.

La preocupación de los psicólogos consiste en compren--
der su motivación y no en definir el delito, en descubrir el -
valor de la reacción personal como consecuencia de las fuerzas

y factores que lo determinan.

Los delincuentes sufren perturbaciones que se originan en la infancia, dicha perturbación es consecuencia de sentimientos tales, como la inadecuación, ya sea en la familia o en la sociedad, ante fuerzas muy poderosas que el individuo no puede controlar y que se presenta en el presente caso en forma de conductas antisociales.

Las anomalías sexuales constituyen un amplio problema y que se expresan en un sinúmero de ilícitos.

En este orden de ideas, el tratadista norteamericano Weinberg S. señala: "El pensamiento de los niños en principio es resultado del ambiente familiar". (4)

El ejemplo más conocido por todos y en lo que se refiere a los delitos sexuales, es el conocido como el El Complejo de Edipo. Aquí, el móvil que induce a conservar, deformar y exagerar los restos de una conducta sexual apropiada, es creada por conflictos retenidos en la mente del niño.

En El Complejo de Edipo, existen varias razones, entre las que destacan el impulso sexual prematuro del niño o niña originados por la estructura familiar constituida por la madre y el padre.

(4) Weinberg S., Kirson, Conducta Incestuosa, Editorial Constancia, S.A., D.F., 1a. Edición, pág. 111.

El tratadista Delahanty, sostiene: "La conducta de los - sujetos incestuosos está compuesta por dos elementos: El "Su-- per-yo", heredero del conflicto y el ideal del "Yo". El signifi-- cado del "Super-yo" es evitar lo que hace el padre, es decir las relaciones sexuales, y el ideal del "Yo" es hacer lo mismo que el padre, esto es, seguir su trayectoria. El ideal del - - "Yo" es una identificación con el deseo erótico de la imagen - paterna e implica la derrota del "Super-yo", la frustración de la negación inicial". (5)

Esta situación se presenta entre otros casos cuando el - niño o la niña presencia la relación sexual entre los padres, - ya sea de manera accidental o cuando los pequeños duermen en - compañía de sus padres y éstos simulan dormir.

Por otra parte, la seducción de los padres, es también -- origen de las conductas sexuales desviadas como lo es el in- - cesto. Sigmund Freud en su obra ¿Pueden los lejos ejercer el - análisis?, señala: el niño toma a ambos miembros de la pareja paternal, y sobre todo a uno de ellos, como objeto de sus de-- seos eróticos. Por lo común obedece a ello a una incitación de padres mismos, manifestada en una ternura o efectividad equivo cada misma que presenta los más nítidos caracteres de un queh~~a~~ cer sexual. El padre prefiere por regla general a la hija, y la madre al varón; el niño reacciona a ello reemplazar al padre y

(5) Delahanty, Guillermo, Tabú del Incesto, Editorial El G. de la Luz S.A., 1a. Edición 1982, pág. 167.

toma por esposa a su madre, y la niña a la madre. El mito del Rey Edipo, que mata a su padre y toma por esposa a su madre, - es una revelación, muy poco modificada todavía, del deseo infantil, al que se le contrapone luego el rechazo de la barrera del incesto".(6)

Luego entonces, la ternura correcta de los padres al niño evita desarrollar el deseo sexual y también es fundamento para elegir un objeto sexual fuera de las personas amadas de su familia, por lo cual se ha de levantar una barrera contra el incesto.

En la adolescencia se elige un objeto sexual no incesto, en cambio, el deseo infantil no tiene el elemento sexual del elegir adulto.

Por lo que desde pequeño se le debe de encausar correctamente en lo que a lo sexual se refiere.

Se puede concluir en este punto, afirmado que, la infancia es un proceso psicosocial durante el cual el individuo armoniza el nuevo funcionamiento de su cuerpo con conductas - -- "aceptables" socialmente para formar una personalidad integrada en sus tres elementos básicos: biológicos, psicológicos y - -----

(6) Freud, Sigmund. citado por Delahanty. Ob. cit. pág. 89.

social.

En la infancia se adquiere una identidad sexual definida y se traza metas y proyectos que delinearán la vida adolescente y posteriormente adulta. Todo esto, es el resultado de como la familia comprendida principalmente por el padre y la madre hayan influido sobre la conducta del infante.

b).- Factores Sociológicos.

El delito es un acto de conducta específica, que daña y viola las normas mínimas de convivencia humana que están para garantizar por los preceptos establecidos en las leyes y códigos del Estado, al sancionar las conductas que son consideradas ilícitas. Ejemplo de las mismas constituyen los delitos sexuales.

La conducta de los delincuentes sexuales se debe a un variado número de factores o causas. Así, tenemos, la clasificación realizada por Solís Quiroga, en su obra Sociología Criminal, en donde establece: "Existe una principal división: endógena y exógena, con las subdivisiones siguientes: las exógenas pueden ser somáticas, psíquicas y combinadas; las exógenas pueden ser físicas, familiares y sociales".(7)

Por lo que hace a las causas endógenas son las que el sujeto trae en su interior, tales como el temperamento, el carácter, los instintos, los hábitos, la voluntad, la intención, -- así como la afectividad y cualquier otro estado mental. Todo esto manifestado hacia su exterior y, por consecuencia, produciendo un efecto o un resultado; tal es el caso de los delitos sexuales. Las causas exógenas están constituidas por el barrio, la habitación, ubicación urbana, etc. (físicos); el hogar, su organización, la moral etc. (familiares); y por último

(7) Solís Quiroga, Héctor, Sociología Criminal, Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 1985, 3a. Edición, pág. 77.

como las costumbres, las compañías nocivas, centro de diversión etc. (sociales).

Existe una relación lógica entre factores endógenos y los exógenos que preparan el camino para la comisión de los delitos sexuales.

La influencia del mundo social es determinante sobre el desarrollo de la personalidad del individuo y más concretamente sobre el niño y el adolescente.

En el grupo de los factores del mundo social, que originan los ilícitos sexuales, es importante en primer término la familia, puesto que representa una sociedad en la cual se desarrolla los caracteres del sujeto, entre otros el sexual. Donal R. Taft, señala: "el niño no entra en la familia como un ser social se adapta a la vida colectiva tras de hacerlo a la vida familiar.

"En ella aprende que debe respetar los derechos de los demás y se entrena para conducirse bien o mal, tras de recibir el diario ejemplo y el impacto afectivo de sus padres como símbolo, cada uno de su propio sexo, a imitar o rechazar".(8)

(8) Taft Donal R., Ob. cit., Quiroga, pág. 187.

La familia es el primero y más fuerte grupo homogéneo -- al que el niño gusta pertenecer y donde, como resultado, puede desarrollar sus actitudes para actuar normalmente.

Los valores morales son inspirados por la familia en el niño, en el caso de que sean sentidos y realizados por sus miembros.

Sutherland y Cressey afirma: "La familia tiene un contacto directo y exclusivo con el niño durante varios años jugando un primordial papel para determinar los patrones de conducta que el menor exhibirá hacia el exterior." (9)

Por su parte, Abrahamsem establece "Las tensiones emocionales en la familia establecen las condiciones necesarias para el desarrollo de la conducta desviada del menor." (10)

Es por demás redundante señalar que la comisión de los diversos delitos sexuales, se desatan circunstancialmente en la mala formación del infante y que se proyecta en la adolescencia y continúa en la adultez teniendo de sí un contenido familiar anormal.

Aunados al factor familia, existen también los siguientes:

(9) Sutherland y Cressey, Ob. cit. Quiroga. pág. 200.

(10) Abrahamsem, Ob. cit. Quiroga. pag 200.

- a).- La habitación
- b).- La educación
- c).- La moralidad
- d).- La moralidad (se omite)
- e).- Los medios de comunicación masivos
- f).- El cine y el teatro
- g).- La comunicación escrita (pornografía)
- h).- Las malas amistades.

Tomando uno de estos factores a la suerte, pues los resultados serían similares, tenemos que los medios de difusión o comunicación masivos influyen de manera relevante en la conducta del menor, ya que cualquier medio de acción que se use, sirve de conducta para difundir ideas o malos ejemplos, que aunados a los conflictos familiares, cambian totalmente el contenido de los conceptos correctos. Verbi gracia, un individuo con conflictos sexuales receptor de ideas semejantes o parecidas a través de los medios de difusión, sólo obtendrán como resultado agrandar más su confusión sobre su conflicto.

Así también no puede dudarse que las malas amistades constituyen también un factor importante en el proceso de formación en el niño y del adolescente, al aprender de éstos y hacer suyas las conductas incorrectas de las malas amistades o nocivas y, observar como el adulto viola las normas establecidas por la sociedad en las leyes del país. El recurrir a ese tipo de compañías, es propiciado por la carencia de afectivi-

dad familiar originando que el niño o adolescente perciban malos ejemplos.(11)

Al examinar los factores sociológicos que pueden influir en el menor para la comisión de los ilícitos sexuales, se observa también que el mecanismo modelador de la sociedad tiene gran influencia sobre el componente afectivo-emocional del menor, porque es durante la infancia, cuando factores como lo son la organización familiar, la habitación, la educación, la moralidad, la comunicación escrita, los medios de comunicación o difusión-masivos, las malas amistades, etc. si son incorrectos para la formación del menor, propiciaría en él un alto sentimiento de inseguridad, lo cual hace necesaria la identificación del menor con un modelo que facilite la natural tendencia de él a incorporar a su personalidad los nuevos valores ambientales, y con ello, transformar su conducta en algunos casos ilícitos, como son los delitos sexuales.

c).- Otros.

Analizando lo anterior, no cabe duda que existen infinidad de factores que contribuyen en o a la comisión de los delitos sexuales, sin embargo cabe agregar a esa lista las perturbaciones

(1) Tocaven García, Roberto. Elementos de Criminología Infante-Juvenil. Editorial Edicol/México. México, 1979. 1a. Edic. - pág. 99-101.

ciones del instinto sexual que sufren algunos individuos y que pueden llevarlos a la comisión de los ilícitos sexuales, tal sería el caso de los estados de satirasis (aumento de apetito sexual en el hombre) y de ninfomanía (aumento del apetito sexual en la mujer).

La persona víctima de una condición de satirasis o ninfomanía, no puede dominar su intensa atracción sexual por cualquier persona y por resultado trata de violar o seducir a cualquier sujeto accesible.

Otra perturbación que sufre el instinto sexual lo es la pedofilia (afección sexual por los niños).

Hay que hacer mención también, de la intoxicación como factor que puede dar origen a un delito sexual. En este caso se produce cuando el sujeto se encuentra bajo la influencia de algún tóxico, droga, estuperfaciente o bajo el influjo del alcohol, mismos que actúan como agentes que desequilibran las facultades mentales, conduciendo así al sujeto a la realización de algún delito sexual.

Se considera a la intoxicación como la deficiencia mental la sensualidad degenerada y depravada, así como las ideas deficientes sobre las leyes y la moral como factores de influencia indudable sobre el comportamiento del delincuente sexual. De al

guna manera, el uso habitual o indebido de tóxicos afecta la -
integridad de la mente y conduce a cometer algún ilícito de na-
turaleza sexual.

Todos estos factores son de variable indole y todos - --
ellos, contribuyen a la comisión de infracciones sexuales, ya-
que actúan de manera trascendental sobre la conducta del indi-
viduo, y lo afectan más si es que dicho sujeto no posee lazos-
emocionales normales lo suficientemente fuertes para eludirlos

1.3.- COMENTARIOS A LA EXPOSICION DE MOTIVOS QUE DIO ORIGEN A LA FIGURA DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

Para dar principio a esta opinión personal sobre la iniciativa presentada por la Cámara de Diputados, destaquemos la participación mayoritaria de mujeres. Las diputadas participantes, algunas de estas, no ocultaron su perfil feminista, tiene caracteres similares en lo que respecta a su fundamentación para la incorporación de dicha figura en nuestro Ordenamiento Penal respectivo, pues todas son contestes en señalar, que la inclusión del ilícito en comento se hace necesario para la protección de la dignidad, respeto y desarrollo sano de relaciones interpersonales en el área laboral.

También refiere que el Hostigamiento Sexual, se da utilizando jerarquía y poder y de manera reiterada, constituye un trato ofensivo en los empleos, especialmente en mujeres a quienes con dicha agresión se les hace la vida imposible e intolerable (diario de los debates de fecha 17 de mayo de 1990, páginas 14 a 31).

El término o palabra "hacerle la vida imposible e intolerable" carece de un significado netamente científico, y por lo que excluye a todas luces a la figura Hostigamiento Sexual, del también nuevo título de Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, pues como lo señalan las diputadas que intervinieron en la iniciativa, dicha figura protege -

el respeto y desarrollo sano de relaciones interpersonales en el ámbito laboral.

González Blanco, señala, en su libro denominado Los Delitos Sexuales: "Para que un delito pueda ser denominado científicamente sexual, se requiere que sea objetivamente, no subjetivamente sexual, es decir, que el resultado de la conducta, no la intención, sea sexual; y que el sujeto pasivo del delito sea ofendido sexualmente, es decir, como titular de un bien --jurídico". (12)

En nuestro delito a estudio, es decir, no se cumple en ningún de estos extremos. Más adelante explicaré detalladamente el porqué no se reúnen los requisitos de esta figura típica, con la práctica de campo que llevaré acabo antes las Agencias Especializadas de Delitos Sexuales.

(12) González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales. 2a. Edic. --- Editorial Porrúa, S.A. 1969. págs. 22 y 23.

1.3.- DEFINICION.

De esta forma se pasará a la integración de la norma penal del delito a estudio.

1.- (art. 259 bis, la hipótesis, párrafo primero y párrafo segundo).

Art. 8 fracción I y art. 9 párrafo primero.

Tipo, en teoría general se conoce como la figura elaborada por el Legislador descriptiva de una determinada clase de eventos delictivos, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos.

2.- Texto Legal: Código Penal.

Art. 259 bis, párrafo primero "Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales. . ." "Si el hostigador fuese servidor público y utilice los medios o circunstancias que el cargo le proteccione. . .".

Solamente será punible el Hostigamiento Sexual, cuando se cause un perjuicio o daño.

Art. 8 fracción I.

Los delitos pueden ser:

I.- Intencionales

Art. 9 párrafo primero

Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiere o acepta el resultado prohibido por la ley.

3.- Análisis Semántico.

Deber jurídico, en doctrina se define como la prohibición categórica e incondicionada de la actividad o inactividad dolosa o culposa que lesiona o pone en peligro al bien tutelado. En el delito de Hostigamiento Sexual creemos no es vía penal, la adecuada para salvaguardar el supuesto bien jurídico tutelado, que lo es protección a la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual de toda persona, así como la dignidad humana evitando actos que la degraden, pues bien otras materias serían las aptas para regularlas.

A continuación se analizará conceptos como hostigamiento, asedio, lascivo y reiteradamente.

Por lo que hace a hostigamiento, dicha palabra tiene el significado:

"hostigamiento (lat. futigare), azotar, dar de latigazos: Hostigar el caballo; fig. Acosar, molestar a uno sin descanso."(13)

"Hostigar, azotar, castigar con latigo, vara, etc., perseguir, acosar, molestar a uno. Empalagar a un mangar, hostigar."(14)

La palabra asedio tiene el significado siguiente:

"Asediar, cercar a un punto fortificado, para impedir -- salgan los que están en él o que les llegen socorros, (fig.),- importunar a uno sin descanso con pretensiones."(15)

"asediar, sitiar, cercar, importunar."(16)

Por lascivo, se entiende:

"Lascivo, relativo a la lascivia, que tiene este vicio."(17)

"lascivo, lujurioso."(18)

(13) Dicc. Enciclopédico Ilustrado Sopena, T. III. Editorial - Ramón Sopena, S.A., 1982. pág. 2182.

(14) Dicc. Pequeño Larousse en color, Edic. Larousse, 1988.

(15) Dicc. Enciclopédico, Op. cit. pág. 75.

(16) Diccionario Movimiento Nacional de Alfabetización, S.A.,- Quinta publicación, 1986. Editores Fernández, pág. 22.

(17) Dicc. Enciclopédico, Op. cit. pág. 312.

(18) Dicc. Mov. Nal. de Alfabetización Op. cit. pág 132.

La lujuria significa un apetito carnal desordenado, lo - que se traduciría a un impulso del hombre o ser humano con una mente perturbada inducida a satisfacer deseos carnales lo cual implicaría desde un tocamiento del cuerpo de una persona, hasta la realización del acto sexual.

En lo tocante a la palabra reiteradamente, esta no es - otra cosa que la repetición de un acto, es decir, ejecutarlo o volverlo hacerlo.

Por el significado de las palabras antes descritas y establecidas en el tipo legal a estudio, se podría concluir que, el sujeto principal de esta figura como realizador de la conducta descrita en el mismo, sería una persona perturbada mentalmente y en consecuencia no estaría en aptitud de desempeñar o servirse como servidor público, dado que estaría en contacto - diario y directo con todo tipo de personas; y para lo cual se necesita una persona en pleno uso de sus facultades mentales - para así, desempeñar de manera normal las funciones que le encomienda o propias de su empleo; pues de lo contrario se estaría en constante preocupación de que llegará a cometer algún -- ilícito.

Lo anterior se desprende de la ponencia que sobre Hostigamiento Sexual presentó la Licenciada Maria Elisa Villæscusa Valencia (Red contra la violencia hacia las mujeres) en el mes

de febrero de 1989, ante el Foro de Consulta Popular sobre delitos sexuales, señalando "Por lo tanto definiré 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, 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 patriarcal.

CAPITULO SEGUNDO

EL DELITO HOSTIGAMIENTO SEXUAL

1.- PRESUPUESTOS DEL DELITO.

Los presupuestos son un efecto previo a la configuración del delito y de cuya realización depende de la materialización de la figura ilícita. Considera Maggiore " La noción de presupuesto no está aun bien definida en el terreno de la teoría general del derecho, tal vez por ser una apresurada transposición de un dogma del derecho privado al campo del derecho penal". (19) No está de acuerdo este autor con los presupuestos, ya que no tiene razón de ser en asuntos penales.

Para el escritor Ranieri "Los presupuestos, por consiguiente, como no son antecedentes del delito, tampoco son antecedentes o presupuestos del hecho".(20) Porque también son elementos que, cuando existen, si bien anteriores cronológicamente a la conducta criminosa, entran siempre en la estructura del delito como elementos constitutivos suyos, mientras que, - sino existen, no pueden tener ninguna importancia para la existencia del título delictuoso de que se trata, ya que este se funda sobre elementos distintos.

1.1.- TEORIAS ACERCA DE LOS PRESUPUESTOS.

Existen dos teorías: quienes los aceptan y quienes los -

(19) Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal T. I, Editorial Temis - Bogotá-Colombia, 1989, pág. 276.

(20) Ranieri, Silvio, Manual de Derecho Penal Parte General -- T. I, Editorial Temis Bogotá-Colombia, 1989, pág. 280.

niegan. Entre los primeros, se acepta una clasificación de los mismos, en Generales y Especiales. Los partidarios de que existen Presupuestos Generales del delito, señalan como tales a la norma, el sujeto activo, el sujeto pasivo, la imputabilidad, - el bien jurídico e incluso, el instrumento del delito; ahora - bien, como el delito está formado por varios elementos, los -- llamados presupuestos generales del delito, serán en su caso, - presupuestos de cada uno de dichos elementos.

Los Presupuestos Especiales serán los exigidos por cada tipo en particular, y que pueda ser de naturaleza jurídica, o bien de carácter material. Ranieri indica como Presupuestos - Especiales los antecedentes de la conducta que son propios de algunos delitos, sin los cuales no puede existir (ejemplo la - preexistencia del embarazo para el delito de aborto). (21)

Los Presupuestos de la Conducta serían los antecedentes lógico jurídicos requeridos para que el hecho sea imputable - por el título delictuoso que se considera.

Son Presupuestos del Hecho los elementos jurídicos o materiales, anteriores a su ejecución, cuya existencia se exige para que el hecho tipificado en la norma constituya delito. -- Así por ejemplo, la calidad de funcionario público es presu- - puesto del peculado y la falta de dicha calidad hace que el de

(21) Op. cit. pág. 281.

lito quede comprendido bajo el título de apropiación indebida, y la calidad de conyuge en el adulterio es una calificación -- jurídica subjetiva, no entraña a la figura legal de este delito, de la cual forma parte, como elemento constitutivo, por la misma razón por lo que forma parte de ella el sujeto.

Porte Petit los considera como "aquellos requisitos jurídicos o materiales previos y necesarios para que pueda realizarse la conducta o hecho típicos".(22)

Consecuentemente, los requisitos del presupuesto de la conducta o del hecho, son:

- a).- Un requisito jurídico o material
- b).- Previo a la realización de la conducta o del hecho
- c).- Necesario para que pueda realizarse la conducta o hecho descrito por el tipo.

1.2.- ¿PRESUPUESTO EN EL DELITO HOSTIGAMIENTO SEXUAL?

Considero que la noción de los presupuestos, dentro de la dogmática jurídico penal debería desaparecer, pues en lugar de ser una innovadora aportación a la Ciencia del Derecho Cri-

(22) Porte Petit, Celestino, Apuntamientos de la Parte General Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A. C.V. Décima Cuarta Edición 1991, pág 210.

minal, resulta un escollo de carácter bizantino que, a más de dificultar el estudio dogmático del delito, hace de los penalistas un blanco fácil de los doctrinarios de Derecho Privado, de donde el tema pretendió ser trasladado sin triunfo, a nuestra área o materia.(23)

A éste punto, Maggiore señaló: "Mirandolo bien, todo lo que se cita como presupuesto del delito, no es sino un elemento esencial del hecho, de modo que, si falta también el hecho constitutivo del delito. Por lo tanto hay contradicción al hablar de elemento del todo extraño al hecho, que tenga valor esencial para la existencia del delito". (24)

De esta manera el círculo de los presupuestos se dilataría hasta comprender no sólo al ser humano, al paciente del delito, sujeto activo, sino la tierra, el aire, marea y el cielo pues todos estos bienes de Dios existen antes del delito. En síntesis, la calidad de los presupuestos no tiene razón de ser en los delitos penales".(25)

Esta problemática de los presupuestos la advirtió Manzini, quien incluyó en su definición a los elementos de carácter jurídico. Sin embargo, ello no le quita la inoperancia a este-

(23) Idem. pág. 207.

(24) Maggiore, Giuseppe, Op. cit., pág. 277.

(25) Idem. pag. 278.

tema. Se dicen elementos jurídicos a la norma pero, es obvio - que la norma existe antes que el hecho pues el delito nace con la propia norma incriminadora, como con toda atingencia lo señala el italiano Silvio Ranieri "no les asista razón aquellos autores que como Petrocelli, Masari, Sales Gasque, entre otros quienes determinan que el sujeto activo y pasivo, la imputabilidad, el bien tutelado y el instrumento del delito o bien de la culpabilidad según el caso, y el instrumento una figura procidemental".(26)

Otros sostienen que los presupuestos son los antecedentes materiales o jurídicos, necesarios para que pueda subsistir el hecho, agregando que no tienen relación con la culpabilidad y tampoco con la causalidad material, ya que se trata de elementos que cronológicamente ante de la conducta o hecho jurídicamente esta la nada. El mundo normativo, lo podemos comparar con un pequeño estanque de agua, en el que como madera y plantas, tranquilamente flotan los bienes jurídicos, cuya calma es rota, así como por el niño que arroja una piedra, como por el delincuente que comete una conducta antijurídica. Es -- aquí donde da inicio el delito, con la conducta ilícita y no con el mundo normativo, el cual no es un presupuesto, sino su origen, su fuente. Se dice que los presupuestos son "condiciones necesarias y previas", pero éstas, no son más que los ele-

(26) Ranieri, Silvio, Op. cit., pág. 282.

mentos del tipo en particular. Así pues, se llega a decir que - en el delito de Peculado, es presupuesto del delito la calidad de funcionario público. ¿No será más bien una calidad del sujeto activo? (27)

Desde luego que no se trata de crear polémica respecto de este punto, pero por la buena salud de la dogmática jurídica penal, debería concluirse que no existe los presupuestos del delito, pues a más, no son otra cosa que los elementos del tipo u - otro elementos del delito. Concluir lo contrario, nos llevaría a grandes absurdos como afirmar, en el caso a estudio, que en - el delito de Hostigamiento Sexual, el presupuesto la calidad de superior-jerárquico y por otro lado la de su subordinación. ¿No será más bien una calidad del sujeto activo y sujeto pasivo? -- Por lo antes expuesto y por lo referente a este tema afirmamos certeramente que no existen los presupuestos en el delito de -- Hostigamiento Sexual.

(27) Franco, Uriel, El Peculado, Editorial Temis, Primera Edición Bogotá-Colombia, 1987, pág. 22.

II.- CONDUCTA O HECHO.

Todos los temas del Derecho Penal han sido siempre motivos de polémica, desde los temas más simples como hasta los -- más complejos, la opinión de algunos tratadistas referente a este tema son:

Fernando Castellanos: "La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito".(28)

Alfredo Etcheberry: "Acción es todo comportamiento humano dirigido por la voluntad con miras a un fin".(29)

El maestro además apunta: El derecho penal, no solamente al hombre como ser corporal, como un ente puramente físico en el mundo de la naturaleza, sino principalmente como ser dotado de voluntad. Todo el orden jurídico es de carácter normativo y se mueve en el plano del deber ser: El derecho imparte órdenes, normas y la conformidad o disconformidad entre la voluntad normante y la voluntad normada, y que en el término determina la relevancia jurídica de la actividad humana. Luego, él concepto de acción humana debe considerar a ésta en forma parcial, en la manifestación externa de la actividad humana, sino también, y principalmente, en la voluntad que le inspira y di-

(28) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., 1973, pág. 149.

(29) Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal, Editorial Temis, 1975 páginas 164-165.

rige.

Juan, Fernández: "Acción de que trata el derecho es siempre una acción posible físicamente y posiblemente humanamente".(30)

Es decir, el derecho no puede obligar a lo imposible y lo que es imposible tampoco puede hacerse u omitirse. "posibles humanamente" son aquellas conductas que, siendo físicamente realizables en sentido literal, el hombre puede realizar -- sin desplegar un esfuerzo heroico o extraordinario, es decir, las que son para él normal y generalmente evitables o impedibles y caen de modo ordinario bajo el dominio de sus capacidades (de control de los impulsos y dirección de los procesos -- causales). Así como sólo hay omisión cuando era posible realizar omitir la acción ordenada, sólo hay acción cuando era posible realizar omitir la acción prohibida.

Lo imposible ciertamente no se omite, pero tampoco se actúa evitable, en tanto, puede serlo lo mismo una acción que -- una omisión.

Bettioli, sostiene que "El primer elemento constitutivo del delito es suministrado por el hecho típico, valer decir de aquel complejo de elementos materiales referibles a la conducta del agente que puede quedar subsumidos bajo un esquema del

(30) Fernández Carraquilla, Juan, Derecho Penal Fundamental, Editorial Temis, 1989, pág. 128.

del delito".(31)

Por lo que el hecho es, todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza.

Los tratadistas del Derecho Penal, como Maggiore y Antón Oneca, estiman que el concepto de acción es central, Berner, - por su parte, considera que la conducta es como el esqueleto so bre el cual se configura el delito. (32) O como elegantemente - nos dice Maurach, la acción es el " sillar esencial del edifi-- cio del delito".(33)

Consideramos que no es la conducta únicamente como muchos piensan, sino también debe incluirse al hecho elemento material del delito, de acuerdo a la descripción del tipo, creando delitos de mera conducta y de resultado material; dentro de este -- último grupo se encuentra el delito de Hostigamiento Sexual. Co mo lo indica el maestro Porte Petit, en la prelación lógica, - los que le dan una relevancia primordial dentro de la teoría -- del mismo.

Esto nos lleva forzosamente a precisar que no puede adoptar -- un sólo de dichos términos, al referirnos al elemento ma- terial, pues si se acepta conducta, sería reducido y no se

(31) Citado por Porte Petit, Celestino, Op. cit., pág. 230.

(32) Idem. pág. 230.

(33) Maurach H., Tratado de Derecho Penal T. I, Ediciones Ariel Barcelona, Edición 1962, pág. 177.

ría apropiado para los casos en que hubiera un resultado material, y si se admitiera hecho, resultaría excesivo, porque -- comprendería, además de la conducta, el resultado material, - consecuencia de aquella. Por lo que nos adherimos a la postura del maestro Porte Petit, y lo llamaremos conducta o hecho.

2.1.- DELITO HOSTIGAMIENTO SEXUAL ¿CONDUCTA O HECHO?

Partimos iniciar el estudio dogmático de nuestro delito, su primer elemento: La conducta o hecho. Aquí el resultado es material o jurídico, en este delito Hostigamiento Sexual, como existe un perjuicio o daño el resultado es material.

El delito de Hostigamiento Sexual es un hecho integrado por una conducta a través de una acción que consiste en el -- asedio lascivo reiterado, que será el núcleo del delito.

En el nexo causal, es necesario que la conducta (asedio lascivo) sea culpable o causante del resultado.

Esto con apoyo en la Teoría de la Condición. Basta pues suponer hipotéticamente suprimida la actividad del acusado -- para comprobar la existencia del nexo de causalidad, pues si se hubiera negado a realizar la maniobra prohibida, evidentemente el resultado no se hubiera producido; lo anterior tiene

apoyo en la siguiente tesis jurisprudencial que a la letra reza:

Existe causalidad cuando las condiciones son equivalentes, relevantes y culpables. Una condición es equivalente cuando suprimida, no se produciría el resultado; pero la condición debe ser relevante, ello es, debe ser total, que la capte la ley en cualquiera de las descripciones que hace de las conductas humanas que erige en delitos, y debe además ser culpables el sujeto que pone condición, pone la condición, pues de lo contrario se estaría desconociendo el nexo causal psicológico. Tomo CXIII, p. 808. Semanario Judicial de la Federación, 5 Epoca. (34)

2.2.- LA OMISION EN EL DELITO HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

La omisión es una de las formas de la conducta y presenta dos clases:

- a).- Omisión simple
- b).- Comisión por omisión u omisión impropia. (35)

Omisión simple es la abstención del cumplimiento de una acción que se tenía la obligación jurídica de realizar, manifestándose en una conducta que realiza una situación diversa de aquella querida por la norma. (36)

(34) Citado por Porte Petit, Celestino, Apuntamiento de la Parte General del Derecho Penal, Editorial Porrúa, 14a. Edición, México 1991. págs. 266 y 267.

(35) Op. cit., pag. 239.

(36) Vincenzo Cavallo. Dirritto Penale Tomo II, Editorial Napoli Italia Sexta Edición, pag. 155.

Comisión por omisión u omisión impropia, consiste en -- una modificación del mundo exterior, directamente mediante la abstención de una acción que se tenía una obligación jurídica de ejecutar. (37)

"La omisión simple y la omisión responde a la naturaleza de la norma" si esta es prohibitiva: "no mataras", su quebrantamiento crea un delito de acción, si es imperativa: "socorreras" el hecho de vulnerar supone un delito de omisión.³⁸

Por la naturaleza del ilícito a estudio, sólo puede llegarse a presentar la omisión simple con resultado jurídico.

2.3.- CLASIFICACION EN ORDEN A LA CONDUCTA.

a).- De acción, toda vez que se manifiesta a través de un movimiento corporal o más movimientos corporales voluntarios.

b).- Unisubsistente, pues la acción se agota en un sólo acto y en el delito Hostigamiento Sexual, para su integración se requiere de dos o más actos, y si solamente se diera una acción estaríamos en presencia de tentativa, que más adelante abundaremos con precisión.

(37) Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y Delito, Editorial Sudamericana, Quinta Edición Buenos Aires 1989, pág. 33.

(38) Ranieri, Silvio, Op. cit., pág. 189.

c).- Plurisubsistente, es el resultado de la unificación de varios actos, naturalmente separados, bajo una sola figura, en esta figura se adecúa el delito a comentó de asediar lascivamente y reiteradamente.

2.4.- CLASIFICACION EN ORDEN AL RESULTADO.

a).- Instantáneo, tan pronto se produce la consumación-se agota; para el ilustre tratadista Ranieri "Son delitos instantáneos aquellos cuya consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos. (39)

En nuestro Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, en su artículo 7 Fracción I, indica que el delito Instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

Siguiendo la misma postura Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, indica: Son delitos Instantáneos aquellos cuya duración concluye en el momento mismo de perpetrarse, porque consiste en actos que, cuando son realizados o ejecutados, cesan por si mismos, sin poder prolongarse, como el homicidio, violación etc.

(39) Ranieri, Silvio, Op. cit., pág. 189.

b).- Necesariamente permanente.- Indica Battaglini podría llamarse delito de consumación continuada: no hay en el mismo un momento agotador, como en el delito instantáneo, ya que la realización de los elementos objetivos perdura todo el tiempo que corre entre el hecho inicial y la cesación de la permanencia. Cavallo define el delito instantáneo con efectos permanentes como aquel en el cual el bien jurídico destructible revela la consumación instantánea del delito, pero permaneciendo las consecuencias nocivas de éste. (40)

Nuestro Ordenamiento Criminal Vigente, en su precepto 7 Fracción II, reza: delito permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo.

Por lo que debemos entender como delito instantáneo con efectos permanentes, aquel en que tan pronto se produce la consumación, se agota, perdurando los efectos producidos.

c).- Formal.- Por tener resultado jurídico.

d).- De peligro.- Maggiore estima como delitos de peligro, no es pues, sino una especie del genero "daño", no daño efectivo, sino probablemente, pero siempre daño". (41)

[40] Cavallo, Vicenzo, Diritto Penale, T. II., Napoli. Edic. - 1955, pág. 755.

(41) Maggiore, Giuseppe, Op. cit. T.I. Pág. 378.

Hay quien sostiene para que exista el peligro, basta la simple posibilidad, pero si así fuera, como son raras las acciones cuyo resultado puede considerarse imposible, habría que considerar peligrosas todas las acciones.

En los delitos de peligro, solamente la amenaza o la probabilidad de lesión, debiéndose entender por peligro la posibilidad de la producción más o menos cercana de un resultado dañino.

III.- AUSENCIA DE CONDUCTA.

Como lo indica el maestro Porte Petit, dentro de la prelación lógica con la "ausencia de conducta", es decir, con la inexistencia del elemento material del delito. (42) Si la conducta comprende tanto la acción como la omisión, la ausencia de acción o de omisión, es decir, el aspecto negativo entraña la actividad o la inactividad no voluntarias.

3.1.- HIPOTESIS DE AUSENCIA DE CONDUCTA QUE PUEDEN PRESENTARSE EN EL DELITO HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

Como hipótesis de ausencia de conducta, dentro de la Teoría del delito, encontramos:

a).- Fuerza Física Irresistible o Vis Absoluta

(42) Porte Petit, Celestino, Op. cit., pág. 317.

b).- Fuerza Mayor o Vis maior

c).- Sueño

d).- Sonambulismo

e).- Hipnotismo

f).- Actos Reflejos.

A).- Fuerza Física Irresistible, es cuando el sujeto -- realiza un hacer o un no hacer por una violencia física - - - irresistible. Y La Suprema Corte, ha dicho que debe entenderse por Fuerza Física Irresistible, cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute - -- irremediabilmente, lo que no ha querido ejecutar.(43)

B).- Fuerza mayor, es aquella que se deriva de la naturaleza o de los animales, es decir, es energía no humana, que no puede controlarse.

C).- Sueño, el estado de descanso fisiológico de la mente y del cuerpo conocido como sueño, puede producir movimientos involuntarios con resultados perjudiciales, sin embargo, - esta hipótesis constituye indudablemente un aspecto negativo de la conducta.

(43) Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación LXXXIV, Pags. 195 y 309, Quinta - Epoca.

D).- Sonambulismo, el estado sonambólico, es semejante al del sueño, con la variante de que en el primer supuesto, el ser humano desambula dormido.

E).- Hipnotismo, siempre y cuando no se ubique en una acción libre en su causa, el hipnotismo puede presentarse en todas sus formas.

F).- Actos Refelejos, son aquellos movimientos institivos, ejecutados desde el principio de la vida del ser racional.

Una vez analizadas cada una de las hipótesis de ausencia de conducta, ninguna de éstas puede presentarse en el delito Hostigamiento Sexual, por la simple y sencilla razón del lugar donde se dá el ilícito (centro de trabajo) y más aún es de manera expresiva del superior jerárquico. Y dichas hipótesis son de manera involuntaria.

IV.- TIPICIDAD.

Cualquiera que sea el papel asignado a la tipicidad, no puede negarse (e incluso lo reconocen quienes, como Mezger, no creen en la independencia de la característica típica) su decisiva significación en la teoría general del delito. La importancia de la teoría del tipo, es tan grande que puede concebirse, aun dentro del derecho consuetudinario y en la misma analogía, que es rechazable en el derecho penal, pues este repudiable procedimiento analógico exige, para que un hecho no tipificado expresamente sea castigado, que exista un tipo rigurosamente análogo, consideramos a la tipicidad útil auxiliar técnico; pero la tipicidad es, no sólo un medio técnico, sino también (como dice el maestro Jiménez de Asúa), en tanto que secuela del principio de legalidad tantas veces repetida, auténtica garantía de libertad.(44)

Dentro nuestro Derecho Penal Mexicano en el transcurso del desarrollo de este tema ha sido constantes. En cuanto ha resultado necesario, se han barajado los preceptos del Código Penal Vigente. Como indica el maestro Carranca y Trujillo, al aceptar el derecho penal mexicano el principio nullum crimen sine lege, no habrá delito sin tipo legal al que corresponda la acción; por consiguiente, puede afirmarse que la tipicidad-----

(44) Citado por Rafael Márquez Piñero, en su Derecho Penal Parte General, Editorial Trillas, México 1986, pág. 225.

es elemento constitutivo del delito y que, sin ella, no sería -
incriminable la acción.(45)

El maestro Jiménez Huerta, es uno de los grandes penalistas que, con su habitual perpicacia y agudísima penetración en los problemas jurídicos, examina la doctrina del tipo desde el ángulo dogmático, operando sobre los textos de la legislación mexicana, y afirma, desde un principio, que la primera formulación de Beling, es la aplicable respecto de la Legislación penal mexicana. A estos efectos Jiménez Huerta señala: que el propio Jiménez de Asúa ha observado que, en la mayoría de las leyes procesales latinoamericanas, sigue considerándose al cuerpo del delito con la acepción que tal vez tenía el tipo al escribirse el código prusiano de 1805, convertido en el código alemán vigente, y lo mismo acontece, sigue diciendo Jiménez Huerta, con el ordenamiento que rige en México.(46)

Jiménez Huerta, dice que el concepto de corpus delicti -- es medular en el sistema mexicano, pues sobre él descansa el enjuiciamiento punitivo y sus criterios científicos rectores. Añade el maestro que es preciso subrayar que este concepto es trascendente no sólo en el derecho procesal penal, sino también el derecho sustantivo penal. Se trata de un concepto medular inherente a todo el sistema; por lo tanto, el mismo deja sentir su impronta en la dogmática del delito. Al respecto, - el propio Jiménez Huerta señala de manera específica, que el -- concepto de corpus delicti también es fundamental al estudiarla (46) Op. cit., pág. 228

tipicidad.

NO estoy de acuerdo con el pensamiento del maestro Jiménez Huerta de que corpus delicti, sea el fundamento o parte medular de la tipicidad, sino más bien, nos trata de explicar lo que es la averiguación previa de los hechos, para la integración del delito y no así la tipicidad.

Constituye el objeto de la valoración que es propia del juicio de antijuridicidad, cuyo resultado afirmativo abra a su vez, la posibilidad de imponer una pena, si el autor es declarado culpable; o la aplicar una medida de seguridad, si se trata de un inimputable peligroso para sí mismo o para los demás.(47)

El maestro Porte Petit, quien afirma: " la importancia del tipo estriba en que no hay delito sin tipicidad, constituyendo tal principio una de las bases del derecho penal liberal.(48)

Cumple con tres funciones: garantizadora, fundamentadora y sistematizadora.

a).- Función Garantizadora.

(47) C. Cabral, Luis, Compendio de Derecho Penal Parte General, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pág. 79.

(48) Porte Petit, Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídica Penal, Primera Edición, Editorial Gráfica Panamericana, México, 1954, pág. 38.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional llamamos la disposición de la función garantizadora del tipo, en el artículo 14 párrafo tercero que a la letra reza: En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trate. En relación con el precepto 16 párrafo inicial que indica: Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual plasma el principio de "nullum crimen sine lege", o como se le conoció en la Teoría de Belling: "no hay delito sin tipo". Esto es, una conducta sólo podrá ser considerada como delictiva, cuando se encuentre prevista en un ordenamiento legal expreso.

b).- Función Fundamentadora.

Como lo indica Ranieri, con lo que nace el delito; la norma incriminadora da lugar al injusto, de ahí su función fundamentadora. (49) Johannes Wessels, señala que una conducta es "Típica" cuando coincide con la descripción típica, de lo injusto en el tipo penal.(50)

(49) Ranieri, Silvio, Op. cit., pág. 289.

(50) Wessels, Johannes, Derecho Penal Parte General, Editorial de Palma, 6a. Edición Buenos Aires 1980, pág. 37.

c).- Función Sistematizadora.

Esta es una función de gran relevancia para la dogmática Jurídico Penal. Tomando en consideración que la sistematización, es el primer paso de aquella, la función sistematizadora del tipo se obtiene de la tutela de bienes jurídicos. Así, en nuestro Ordenamiento Criminal Mexicano, que se divide en dos partes, la general y especial, en la primera no contiene tipos penales propiamente dichos, más que aquellos dispositivos amplificadores como lo son los referentes a la responsabilidad, tentativa, medidas de seguridad, en la parte especial, es donde se aprecia los delitos en particular. Aún cuando no los encontramos sistematizados en distintos títulos y capítulos, los tipos de delito atendiendo al bien jurídico tutelado, se puede, con apoyo en la interpretación teleológica facilitar el estudio dogmático en las figuras penales.

4.1.- ELEMENTOS DEL TIPO.

a).- Bien jurídico Protegido.

Hans Heinrich, Jeschek indica: "El bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo".(51)

(51) Hans Heinrich, Jeschek, Tratado Derecho Penal Parte General, Editorial Barcelona, 1981, pág. 350.

Son bienes jurídicos aquellos intereses de la vida, de la comunidad a los que presta protección el Derecho Penal.

Para el escritor Reinhart Maurach considera por bien jurídico es el concepto central del tipo, en torno al que giran todos los elementos objetivos y subjetivos.(52)

En el delito Hostigamiento Sexual se traduce como la --- protección a la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual de toda persona. También se pretende proteger a la dignidad humana evitando la comisión de actos que la degraden.

Esto se traduce a la libertad de todo ser de elegir con quien a de tener o satisfacer sus necesidades más íntimas como lo es el amor.

b).- Objeto Material (Objeto de la acción)

Objeto material es la persona o cosa sobre la que recae la actividad física del reo. (53) También ente corpóreo hacia el cual va dirigido la actividad descrita en el tipo.

El impulso sexual corresponde o son de origen mental y -

(52) Reinhart, Maurach, Tratado Derecho Penal, T. I., Editori-
al Ariel Barcelona, 1962, pág. 253.

(53) Francesco, Antolisei, Manual Derecho Penal Parte General,
Editorial Uteha, la., Edición, Buenos Aires, pág. 133.

sensorial ya que cada uno de los órganos de los sentidos contribuyen a este fin dándole un carácter erótico a cada percepción.

La excitación erótica puede generarse por tocamientos -- sensoriales enviadas al cerebro a través del tacto, en las caricias, aproximación de cuerpos o por excitación en las zonas exógenas que sólo son sensibles en un ambiente erótico, encontrándole alrededor de los orificios naturales del organismo, - en los sueños, cara interior de los musculos, cuello, etc.

En la práctica el tipo sólomente refiere a producir como resultado causar un perjuicio o daño; entendiéndose por perjuicio un daño o menoscabo.

Conceptos demasiados vagos e imprecisos, ya que no refieren de manera más objetiva a que clase de daño o perjuicio, ya que si es un daño o perjuicio que se relacione con cuestiones laborales entonces dicho tipo sería de cuestión del Ordenamiento Laboral respectivo.

Por otra parte y como lo señala el citado tipo legal de Hostigamiento Sexual y el propio título donde se encuentra comprendido el mismo, se atenta contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual de la pasivo.

La Licenciada Elsa Lemus de Chávez, en su ponencia denominada Necesidad de tipificar el Hostigamiento Sexual, como figura delictiva; ante el foro de Consulta Popular sobre delitos Sexuales en febrero de 1989, ante la Cámara de Diputados, señaló: "El Hostigamiento Sexual ha constituido una forma de agresión en contra de la dignidad del ser humano y de su libertad sexual".

Por lo que es de establecerse que en el presente tipo legal de análisis, se encuentran dos resultados materiales; uno de contenido sexual y el otro serían los daños y perjuicios, siendo este resultado el que se encuentra expresamente mencionado en el referido tipo, pero de atrás fondo encontramos otro de contenido sexual como ya quedó establecido.

c).- Sujeto Activo.

El sujeto activo, es toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo legal. También el que ejecuta la conducta típica.

En la práctica sería el Servidor Público o Superior Jerárquico que asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posesión jerárquica derivada de sus relaciones laborales.

Sujeto Activo que debe reunir las siguientes características y que en doctrina como lo señala la brillante Dra. Olga Islas son:

"Voluntabilidad.- capacidad de conocer y querer la concreación de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal (capacidad de dolo)..."

"Imputabilidad.- capacidad de conocer la específica prohibición penal.

En cuanto al sujeto activo, en la presente figura en estudio, es preciso en el tipo señalar que dicho sujeto será en determinados casos servidor público. Para tales efectos, Servidor Público, señala el Código Penal en su artículo 212.- Es toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal Centralizada o en el Distrito Federal, Organismo Descentralizados, - Empresas de Participación Estatal mayoritarias, Organizaciones y Sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos.

d).- Sujeto Pasivo.

Este sujeto al igual que el anterior tiene características muy peculiares y que en la doctrina como lo señala la eminente tratadista Olga Islas son a saber:

Sujeto Pasivo es: el titular del bien jurídico protegido en el tipo.

Calidad específica.- conjunto de características exigidas en el tipo, delimitadoras del titular del bien jurídico.

Número específico.- número singular o plural, de pasivos exigidos en el tipo.

Por lo que se refiere a este apartado sobresale la relación jurídica de inferioridad jerárquica (relación de subordinación).

Entendiéndose por elementos de la relación de trabajo a la subordinación, pues la ley Laboral establece que la existencia del contrato y de la relación se presume entre el que presta un trabajo personal y que el que lo recibe (artículo 21). Ya que esta relación se hace necesaria para el buen funcionamiento de una fábrica, empresa, almacén mercantil, etc., ya que se requiere de una coordinación para el mejor logro de los objetivos de todo trabajo o empresario, y al respecto señala De La Cueva "La relación de subordinación, diremos es una relación jurídica que se descompone en dos elementos: una facultad jurídica del patrono en virtud de la cual puede dictar lineamientos instrucciones u órdenes que juzgue conveniente para la obtención de los fines de la empresa; y una obligación igual--

mente jurídica del trabajador de cumplir esas disposiciones - en la prestación de su trabajo.(54)

d).- Medios.

Algunos de los tipos penales preven para su configuración la utilización de determinados medios para su integración o para hacer operar alguna agravación de la pena.

Ello sucede, entre otros casos, en los delitos tipificados por los artículos 265.- Cópula obtenida mediante la violencia física o moral, 367 (robo) etc.

En el delito Hostigamiento Sexual no los exige, porque es de formulación libre.

f).- Referencias Temporales y Especiales.

Al tratarse de referencias temporales, que como su nombre lo indican, son aquellos que tienen relación con el tiempo; el delito Hostigamiento Sexual establece como referencia temporal que sea de manera reiterada.

Referencia Especial, en cuanto al lugar, en el ilícito en comento será dentro la área de trabajo donde se da la relación laboral.

[54] De La Cueva, Mario, Nuevo Derecho Mexicano de Trabajo, - T. II., Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, - 1985, pág. 203.

Nuestra Legislación Laboral señala en su artículo 20 que por relación de trabajo se da cualquiera que sea el acto que -- le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.

Así mismo el artículo 47 del citado Ordenamiento laboral señala las causas de rescisión de las relaciones de trabajo.

Es el derecho laboral existen obligaciones imperativas -- impuestas por el estudio laboral referido y por la propia Carta Magna, en las que se establecen medidas destinadas, como todas las normas de trabajo, asegurar la salud, la vida y la -- dignidad de los trabajadores y a cooperar a la elevación presente y futura de sus niveles de vida; tal es el caso del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el artículo 133 y en especial para los efectos del presente tipo legal, la fracción VII, en la que el patrón se ve -- obligado a ejecutar cualquier acto que restrinja a los trabajadores los derechos que les otorgan las leyes.

Por su parte el precepto 51 de la Ley Laboral aludida -- señala las causas de rescisión de la relación de trabajo y, en especial son importantes las fracciones I y II, para los objetivos del presente estudio, ya que se precisa en las mismas

que el patrón engañe al trabajador al proporcionarle el trabajo, respecto de las condiciones del mismo; también se prevén en dichas fracciones la posibilidad de que el patrón dentro del servicio incurra en faltas de probidad u honradez, actos de violencia, amenazas, injurias, malos tratamientos u otros análogos, en contra del trabajador. Motivos suficientes para la rescisión de la relación de trabajo y por lo cual trae aparejado las indemnizaciones correspondientes para el trabajador.

Concluyéndose, que la actividad ilícita desplegada por el sujeto activo del delito a estudio, solamente será factible dentro de las relaciones de trabajo y con motivo de las mismas.

De lo antes señalado una vez más se demuestra que el tipo penal Hostigamiento Sexual no es propiamente un delito sexual, pues el contenido del mismo se encuentra precisado dentro de las normas laborales que de alguna manera protegen al trabajador como ser humano y la dignidad del mismo.

g).- Elementos Subjetivos y Normativos.

Los elementos subjetivos del injusto son "las características situadas en el ánimo del autor".(55) Los tipos con-

(55) Mezger, Edmund, Derecho Penal Parte General, Cárdenas Editores, 2a. Edición 1990, pág. 135.

tienen muy frecuentemente elementos subjetivos por cuanto están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita. Tales elementos exceden del mero marco de referencias típicas -- pues su existencia es indudable estén o no incluidos en la definición del tipo cuando éste los requiere. A mi punto de vista el delito en comento, si hay dicho elemento en el sentido -- que el injusto tiene fines lascivos de asedio a una persona -- (subordinado), es decir, las expresiones maliciosas de su fin que se propone.

Lo que se refiere a los elementos normativos "Son presupuestos del injusto típico que sólo puede ser determinados mediante una especial valorización de la situación del hecho se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser -- eminentemente jurídica, de acuerdo con él contenido iuris del elemento normativo, o bien cultural, cuando se debe realizar -- de acuerdo a un criterio extrajurídico.

4.2.- CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN AL TIPO.

1.- Por su composición: anormal; ya que el tipo requiere de un elemento subjetivo: "EL QUE CON FINES LASCIVOS".

2.- Por su autonomía: autónomo; pues tiene vida por sí -- mismo, no depende de otro tipo penal.

3.- Por el daño que causa; de daño, que ya existe una -

disminución del bien jurídicamente tutelado en este caso "la seguridad, la libertad y el normal desarrollo psicosexual".

4.- De formulación libre, por no requerir medios para su configuración.

V.- ATIPICIDAD.

Atipicidad cuando no se integra todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad no es la esencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

La ausencia del tipo se distingue de la atipicidad pues la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o - - inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. (56)

Hay atipicidad, en cambio, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. -- Atipicidad es, pues ausencia de adecuación típica.

6.1.- HIPOTESIS QUE PUEDEN PRESENTARSE EN EL DELITO HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

a).- En cuanto a la ausencia de calidad respecto del sujeto activo del delito de Hostigamiento Sexual ésta, se refiere a la posición jerárquica derivada de sus relaciones labo-

rales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique -- subordinación, realice la conducta delictiva tipificada en el tipo también toma en cuenta la calidad de servidor público del agente del delito en su caso.

b).- En cuanto a la ausencia de calidad respecto del su jeto pasivo del delito de Hostigamiento Sexual ésta se refiere al subordinado o inferior jerárquico sobre el cual recae la conducta delictiva tipificada.

c).- En cuanto a la ausencia de objeto jurídico.- El ob jeto jurídicamente protegido en el caso a estudio es la "Li-- bertad sexual", el derecho de la víctima a decidir sobre sí. Si no existe esta libertad sexual no hay objeto. En cuanto a la ausencia de objeto material, esta se refiere a la falta la persona que recibe el daño.

d).- En cuanto a la ausencia de los elementos subjeti-- vos del injusto en el delito Hostigamiento Sexual se exige -- que el sujeto activo del delito realice el "asedio" reiterado con fines lascivos, consiguiendo el fin que persigue.

VI.- ANTIJURIDICIDAD.

La antijuridicidad constituye la sustancia misma del delito. El delito es por esencia, un acto contrario a derecho: - nullum crime sine iniuria. Por esta razón Carrara lo definió - como "infracción a la ley " destacando así su naturaleza de ente jurídico. Siguiendo a Welzel podemos decir que antijuridicidad es una característica de la acción y, por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre la acción y el orden jurídico. (56) Para el escritor Vela Treviño la antijuridicidad es el resultado del juicio valorativo de la naturaleza objetiva, - que determina la contrariación existente entre una conducta -- típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a - la norma cultural reconocida por el Estado. (57) La antijuridicidad debiéndose entender por tal, lo que es contrario a derecho, es decir, que es la imagen resultante de la oposición o - enfrentamiento objetivo, entre la conducta del sujeto activo - y el derecho.

En estas condiciones, la conducta constitutiva del delito Hostigamiento Sexual, siempre y cuando no esté asistida de una proposición permisiva.

Antijuridicidad Formal y Material.

-
- (56) Welzel, Hans, Derecho Penal Aleman Parte General, 3a. Edición, Editorial Jurídica Chile 1987, pág. 197.
- (57) Vela Treviño, Sergio, Antijuridicidad y Justificación, -- Editorial Trillas, 3a. Edición, México, 1990, pág. 130.

La antijuridicidad constituye un concepto unitario. El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida del estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.(58)

Cuello Calón: "hay en la antijuridicidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el dolo o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material)(59)

La conducta de asedio con fines lascivos se tiene por antijurídica en el sentido formal ya que implica transgresión a una norma establecida por el estado (art. 259 bis del Código Penal para el D.F.); y en sentido material en cuanto significa contradicción a los intereses colectivos.

La antijuridicidad en la conducta referida radica en la violación de la libertad sexual como valor o bien protegido, en el tipo de Hostigamiento Sexual.

(58) Op. cit. pág. 178.

(59) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal I, Editorial Barcelona, Décima Segunda Edición 1956, pág. 178.

VII.- CAUSAS DE JUSTIFICACION O PROPOSICIONES PERMISIVAS EN EL DELITO HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación o proposición permisiva constituya el aspecto negativo de la antijuridicidad.

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representa un aspecto negativo del delito; en presencia de algunas de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho. A las causas de justificación también se les llama proposiciones permisivas. justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad, causas de licitud, etc.

A las justificantes generalmente se les agrupa al lado de otras causas que anulan al delito. Suele catalogárseles bajo la denominación de causas excluyentes de responsabilidad, causas de incriminación, etc. El Código Penal Vigente utiliza la expresión circunstancias excluyentes de responsabilidad en el artículo 15 y extralegal son:

a).- Legítima Defensa (fracción III)

- b).- Estado de Necesidad (fracción IV)
- c).- Cumplimiento de un deber (fracción V)
- d).- Ejercicio de un Derecho (Op. cit.)
- e).- Obediencia Jerárquica (fracción VI)
- f).- Consentimiento del Ofendido (extralegal)

a).- Legítima Defensa " es la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor. (60) Nuestro Ordenamiento Punitivo nos indica que es: Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

b).- Estado de Necesidad.- Es obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro -- real, actual o inminente. No ocasionado intencionalmente ni -- por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio -- practicable y menos perjudicial a su alcance (casos específicos del estado de necesidad de nuestra legislación: el aborto-terapéutico y el robo famélico) . De ahí el nombre de interés -----
 (60) Cuello Calón, Eugenio, Op. cit., pág. 341

preponderante, es decir, cuando existe dos intereses incompatibles, el derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación de mayor valor y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante (aborto terapéutico).

c).- Cumplimiento de un Deber.

Como dice Jiménez de Asúa: "La orden de la ley, el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber son causas de justificación en que el ejercicio ordenado, la facultad reconocida o el deber cumplido representan valores predominantes sobre el interés que lesionan".(61) El artículo 15 fracción V, dice que es circunstancias excluyentes de responsabilidad penal "obrar en cumplimiento de un deber. . .", consignado en la ley. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conforma el Código Penal, según tesis jurisprudencial 87, que aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, que contiene la jurisprudencia según los fallos pronunciados en los años de 1917 a 1965, Segunda Parte, Primera Sala, página 188-189.

"Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho. Naturaleza de las excluyentes de. Para que la causa de justificación relativa al cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho produzca sus efectos excluyentes de responsabilidad penal, es necesario que los debe

(61) Citado por Vela Treviño, Sergio, Antijuridicidad y Justificación, Editorial Trillas, 3a. Edición 1990, pág. 203.

res y derechos estén consignados en la ley."

Sexta época, segunda parte: vol. V, pag. 53, A. D. - - - 2483/5. José María Ibarra Orona. cinco votos.

Vol. XII, pág. 108, A. D. 3337/56. Miguel Jiménez Nolasco. Unanimidad de cuatros votos.

Vol. XII, pág. 58, A. D. 1251/57. Francisco Ríos Hernández Mayoría de cuatro votos.

Vol. XVI, pág. 87, A. D. 5966/57. Rafael Espinosa Díaz y coagraviados. cinco votos.

Vol. XXXVI, pág. 45, A. D. 800/60. Miguel Alvarez Graniello. Unanimidad de cuatro votos.

e).- Ejercicio de un Derecho.

Pues como dice Cuello Calón de quien obra conforme a derecho no puede afirmarse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos. Como acertadamente apunta Reyes Echandía obra en ejercicio de un derecho legítimo la persona que realiza determinado comportamiento porque una disposición legal le permite actuar en esa forma.(62) El titular de un derecho puede ser un particular o funcionario público, pues su ejercicio no depende de la calidad personal de quien realiza la conducta permitida sino del hecho mismo de que la ley la autoriza y desarrollado en preceptos legales de naturaleza penal, civil, comercial o administrativa, tiene carácter preponderante. Es lo que ocurre cuando el padre castiga a su hijo, cuando el boxeador lesiona a su contricante o cuando el médico amputa el miembro inservi-

(62) Reyes Echandía, Alfonso, Antijuridicidad, Editorial Temis, Bogotá- Colombia 1989, pág. 218.

ble del paciente.

e).- Obediencia Jerárquica.

Consignada en el artículo 15, fracción VII del Ordenamiento Punitivo y que consiste en obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni prueba que el acusado la conocia (que no tenga poder de inspección).

f).- Consentimiento del Ofendido (extralegal).

De todas las causas de justificación o proposiciones permisivas antes aludidas ninguna se dá, en el delito Hostigamiento Sexual, solamente el Consentimiento del Ofendido.

El actuar sobre la base del consentimiento expreso del ofendido.(63) C. Cabral con certeza indica: Volenti non fit iniuria. El consentimiento válido y oportuno del titular de un bien jurídico disponible excluyente la antijuridicidad del obrar de quien lo lesiona.(64)

Cuando los bienes presuntamente lesionados pueden ser dispuestos por su titular, el consentimiento del interesado -----

(63) Welzel, Hanz, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, 12a. Edición Santiago, 1987, pág. 13.

(64) C. Cabral, Luis, Op. cit., pág. 124.

eliminaría la antijuridicidad. En consecuencia a estos reviste importancia la distinción entre bienes disponibles e indispensables. Sobre el particular, es de primordial interés el caso de la integridad física.

En el delito Hostigamiento Sexual, cuando el paciente del delito (subordinada) dá su consentimiento expreso o tácito al sujeto activo para que la asedie de manera lasciva y al consentir excluye por lógica la antijuridicidad. En la práctica, es muy frecuente este tipo de conducta, entre superior-jerárquico y subordinado.

En la materia de Criminología, se le denomina como víctima provocadora, es aquella que en algún momento dado quiere -- ser victimizada.

VIII.- IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad es la capacidad de motivación por la -- comprensión de la antijuridicidad (cognoscibilidad de la antijuridicidad); es decir, la capacidad de determinarse por el cumplimiento del deber. Esta capacidad requiere: a).- La capacidad de comprender la desaprobación jurídico penal; y b).- la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión. (65)

Como lo señala Mezger, la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles.(66)

Así la imputabilidad, es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción.(67)

En otras palabras diremos que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro

(65) Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, Editorial - Barcelona, 1980, pág. 157.

(66) Mezger, Edmund, Derecho Penal Parte General. Libro de Estudio, Cárdenas Editores, Tijuana, México, 1990, pág. 201

(67) Von Liszt, Franz, Cit. por F. Catellanos, Op. cit. pág. - 217.

psíquico, consistente en la salud mental del sujeto activo para que se le pueda hacer responsable a título de dolo, culpa y preterintencionalmente de la acción por él realizada.

La conducta del agente en el delito Hostigamiento Sexual será imputable si el sujeto activo posee al momento de realizar ésta, capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.

8.1.- LA IMPUTABILIDAD COMO ELEMENTO O PRESUPUESTO DEL DELITO

Referente a éste elemento, si en estudio se ha definido como "la capacidad de autodeterminación conforme al conocimiento" (68) de la misma forma se ha rebatido si es presupuesto del delito, elemento del delito o bien presupuesto de la culpabilidad, ya destacó Díaz Palos, que no puede considerarse la imputabilidad como capacidad de acción o presupuesto general del delito, pues "sabido es que el niño como el loco, no obstante ser inimputables pueden actuar";(69) agregando que tampoco puede considerarse como elemento del delito o como capacidad jurídica del deber "sostenida por los defensores de la antijuridicidad objetiva", pues aclara que sostener esto "lleva a la inaceptable consecuencia de que el inimputable --

(68) Welzel, Op. cit. pág. 215.

(69) Díaz Palos, Fernando, Teoría General de la Imputabilidad Bosch, Casa Editorial Barcelona 1965, pág.27.

por no infringir el deber, actúa de iure" (70) finalizando -- que es acertado considerarla como capacidad de la culpabilidad, diremos, para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; en la culpabilidad interviene el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer -- esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal), se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito.

Como lo reafirma Villalobos, la imputabilidad debe aceptarse hoy como un tecnicismo que se refiere a la capacidad -- del sujeto: capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que, por tanto, hace posible la culpabilidad. Es -- un presupuesto de esta última.

Para haber imputabilidad sin culpabilidad, pero no ésta sin aquella.(71)

(70) Idem. pág. 27.

(71) Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Editorial - Porrúa S.A. 4a. Edición 1983, pág. 286.

8.2.- LAS ACCIONES LIBRES EN SU CAUSA.

Mario Dondina, quien define la acción libre en su causa (actio libera in causa) como todo hecho contrario al derecho - producido mediante comisión u omisión, en estado de alteración fisiopsíquica transitoria derivada de un anterior comportamiento voluntario (pre-ordenado o no) del agente. (72)

Tal fenómeno llevó a un sector de la doctrina a considerar a las acciones liberae in causa, como un supuesto de excepción a la teoría de la imputabilidad, por cuanto la misma exige la capacidad de entendimiento y voluntad (entender y querer) referida al tiempo de la conducta delictiva.

El exámen histórico realizado por la doctrina demuestra que las acciones liberae in causa remóntase en su origen al -- pensamiento griego, pues ya Aristoteles formuló la tesis de -- que "siempre que por ignorancia se comete algún delito, no se hace voluntariamente. . . a no ser que el que lo cometa sea -- causa de la ignorancia. . . como sucede con los ebrios, los -- cuales si hacen daño causan injurias, pues ellos fueron causa de la ignorancia. . ." (73) Más tarde, con los prácticos se difunde el pensamiento de San Agustín de que Lot no pecó por el incesto perpetrado en sus hijas, por ignorar que lo era al mo-

(72) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco, Imputabilidad e- Inimputabilidad, Editorial Porrúa S.A., 2a. Edición 1989, pág. 75.

(73) Op. cit. pág. 76.

mento de la relación carnal, pero sí por cuanto su acto de embriaguez fue voluntario y causa de su posterior conducta; dando base a la elaboración de los canonistas, quienes consideraron que el delito cometido en estado de ebriedad no debe castigarse sino la ebriedad que lo origina.(74)

No obstante que la evolución del pensamiento de los juristas aceptó, en lo general la punibilidad de dicho tipo de acciones libres en su causa, pues hasta los mismos clásicos como Carmignani y Carrara a la cabeza, reconocieron la plena imputabilidad en los casos de embriaguez preordenada en los que el sujeto se hace a sí mismo futuro instrumento del delito, un determinado sector de la doctrina ha puesto en duda la punibilidad de tales acciones.

ACCION LIBRE EN SU CAUSA, SU REGULACION Y ALCANCE EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.- Lo que la doctrina ha definido como "actio liberae in causa", consiste en la causación de un hecho típico que ejecuta el agente activo bajo el influjo un trastorno mental transitorio (estado de inimputabilidad), cuyo origen es un comportamiento precedente dominado por una voluntad consistente y espontáneamente manifestada, que nuestro orden jurídico positivo recoge en el artículo 15, fracción II del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, al señalar que "son circunstancias excluyentes de responsabili

(74) Idem. pág. 78.

dad penal; padecer el inculpado, al cometer la infracción trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencial"; portanto, es de colegirse que la comisión del injusto por parte de su autor tratando de quedar comprendido en -- aquél aspecto negativo de la culpabilidad, si este previamente se ha procurado intencionalmente el estado bajo el cual realiza el hecho típico.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer - Circuito.

Sección Gaceta 1990. Página 65. Tomo 25, Octava Epoca.

Para nosotros la actio liberae in causa, es la provocación intencional del sujeto, de ponerse bajo el influjo de drogas, alcohol etc. que lo trastornen, con el fin específico de cometer una infracción a la ley Penal. Antes de la administración de sustancias tóxicas o líquidos el sujeto conoce perfectamente los alcances de su acto, lo desea, tiene la voluntad de cometer el ilícito, y la posibilidad de entender su antijuridicidad.

Que las acciones libres en su causa puedan realizarse -- con:

a).- Dolo Directo

b).- Dolo Eventual

c).- Culpa

Esto es, habrá dolo directo cada vez que el sujeto activo se ponga en estado de incapacidad para cometer el delito; - dolo eventual, cuando el autor se represente el resultado como posible y no tome ninguna precaución para evitarlo; culpa cuando él autor haya debido preveer que en el estado de inimputabilidad cometería una infracción típica.

En cualquiera caso que se presenten, las acciones libres en su causa por ende será siempre sancionadas, pues "la ley no puede permanecer obsoleta cuando una persona, puesta por su voluntad o por otros en estado transitorio de inconciencia, para llevar acabo un hecho tipificado como delito.

En el delito Hostigamiento Sexual, si el sujeto activo - llegaré a colocarse en una de las acciones libres en su causa, con el fin lascivo de asediar a su subordinada; primero se ubicaría en una causa de recisión de trabajo como lo indica el artículo 47 de la Ley Federal de Trabajo, y en segundo lugar nunca llevaría acabo su propósito solamente quedaría en tentativa que más adelante abundaremos, para integrarse el ilícito tiene que ser en forma reiterada, es decir, dos veces o más.

IX.- INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad es la calidad referida al desarrollo y salud mental del sujeto, así pues, la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de ésta, siendo causa de inimputabilidad aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud mental del sujeto en cuyo caso éste carece aptitud psicológica para la delictuosidad.

Actualmente el precepto 15, relativo a las circunstancias Excluyentes de Responsabilidad, en su fracción II establece: -- Padecer el inculpado, al cometer la infracción delictiva, trastorno mental o desarrollado intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencial.

La fracción transcrita abarca, pues, dos grandes hipótesis:

- a).- Trastorno Mental
- b).- Desarrollo Intelectual Retardado.

El primero debe tener presente su carácter accidental e involuntario, pues procurarse el trastorno en forma maliciosa-

o culposa, origina la plena imputabilidad del autor, por estar se frente a una actio liberae in causa, esto es, ante un trastorno preordenado o procurado culposamente. Como lo asienta Pavón Vasconcelos, constituye una hipótesis de trastorno mental-transitorio el miedo grave o temor fundado.(75) Al constituir diverso grado de un estado psíquico anormal producido por agente de identidad diversa al autor del hecho, del cual dimana un peligro real, inminente y grave.(76)

De la misma forma lo sostiene nuestro máximo Tribunal en la página 401 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, correspondiente a los años 1917-1975, bajo el rubro:

"MIEDO GRAVE Y TEMOR FUNDADO COMO EXCLUYENTE. El miedo y el temor constituye causas de inimputabilidad, puesto que suprimen en un momento dado la capacidad del sujeto para entender y querer la conducta y su resultado; la falta de entendimiento momentáneo y de voluntad, colocan al sujeto en estado de incapacidad para responder del acto realizado".

Sexta Epoca, Segunda Parte. Vol. XXI, pág. 137, A.D. - - 5191/48. José Terrón López, cinco votos.

b).- El desarrollo intelectual retardado, situación en la que si bien no existe propiamente un trastorno de indole --

(75) Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. cit., pág. 106.

(76) Op. cit., pág. 110.

mental el sujeto por su deficiente desarrollo intencional está imposibilitado de comprender el carácter ilícito del hecho o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Se estima a la sordumudez como una causa de inimputabilidad, dado que el deficiente desarrollo mental de los sordumudos, así como de los ciegos, concurre la extrema ignorancia de la persona, les impide el cabal conocimiento del mundo circundante y por ello, les priva de tener conciencia y libre voluntad en la ejecución del hecho ilícito, siempre y cuando sean de nacimiento.

c).- Por último, la minoría de edad del adolescente a -- virtud de su inmadurez mental, constituye otra hipótesis de -- inimputabilidad regulada en los artículos 119 a 122 del Código Penal Vigente.

Ya que los menores son ajenos a la responsabilidad estrictamente penal y se les reputa inimputables por estimarse que su edad no les ha permitido el desarrollo intelectual y moral que los capacite plenamente para responder de sus actos an te el poder público.(77)

9.1.- HIPOTESIS DE INIMPUTABILIDAD EN EL DELITO HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

(77) Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. cit., pág. 117.

De las hipótesis antes mencionadas, ninguna podría encua
drar el sujeto activo para poder cometer el delito de Hostiga-
miento Sexual, ya que el tipo requiere de una persona mayor de
edad, capacidad para poder ostentar un cargo jerárquico, por -
ello es imposible ubicarse en esta circunstancia.

X.- CULPABILIDAD.

Se trata de una de las parcelas más delicadas y escabrosas del Derecho Penal, y lo es en cuanto la disciplina iuspenalista, en última instancia (como señala Jiménez de Asúa), es mayoritariamente individualizadora.

Así al llegar al tema de la culpabilidad, es necesario afirmar, descartar, pulir y analizar, en el terreno de la valoración; si el delito es un hecho típico, un hecho antijurídico, también es un hecho culpable; así como el aforismo de nula poena sine culpa.

Un problema ampliamente debatido por los estudiosos del Derecho Penal, es que se refiere a las diversas formas de teorías existentes para establecer conceptualmente la culpabilidad y son:

a).- Teoría Psicológica

b).- Teoría Normativista

Teoría psicológica.- Los partidarios de esta teoría señalan que la culpabilidad tiene su fundamento en la determinada situación de hecho, predominante psicológica, es decir, se trata de la relación subjetiva entre el hecho y el autor. Fontán-

Balestra entiende que la culpabilidad consiste en la relación psicológica del autor con su hecho. (78)

Según la teoría psicológica, la culpabilidad está conformada por dos elementos:

1.- La vinculación del sujeto con el orden jurídico, que se denomina elemento normativo de la culpabilidad; y,

2.- La vinculación subjetiva del individuo a su hecho, - que es el elemento psicológico de la culpabilidad.

Y se analiza en dos formas como dolosa o culposa en las que la culpabilidad se manifiesta.

Explicando tanto dolo como culpa, se ha sostenido que la culpabilidad "es la relación psicológica entre el agente y la acción un evento querido, o no querido, y aunque no previsto, - previsible".(79)

Resumiendo la tesis psicológica, habrá culpabilidad jurídica penal cuando pueda establecerse una relación subjetiva entre el acto y su autor, por la que se determine que el aconte-

(78) Fontán Balestra, Carlos, Elemento subjetivo del delito. - Buenos Aires, Depalma 1957, pág. 4 y sigts.

(79) Vela Treviño, Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad, Editorial Trillas, 2a. Edición, México 1990, pág. 180.

cimiento típico y antijurídico fue cometido dolosa o culposa--
mente.(80)

b).- Teoría Normativista.- El normativismo, como ensegui-
da trataremos, no constituye una tesis opuesta al psicologis--
mo, sino más bien es el complemento de la forma tradicional --
del psicologismo. Para la concepción normativista, la culpabi-
dad, no consiste en una pura relación psicológica, pues ésta -
sólo es un punto de partida, iniciando de un hecho psicológico
concreto, deben precisarse los motivos de la culpabilidad; una
vez determinados los motivos, debe llegarse a la conclusión de
si el hecho es o no reprochable, para lo cual hay que accredi-
tar, si teniendo en cuenta los motivos y la personalidad del -
autor, podría exigerselo una conducta conforme con el derecho.

Para Mezger, la culpabilidad significa un conjunto de --
presupuestos fácticos de la pena situados en la persona del au
tor. Para que un sujeto pueda ser castigado, no basta que haya
procedido en forma contraria al derecho, ni que su conducta se
haya adecuado al tipo, sino que además es necesario que su - -
acción pueda serle personalmente reprochada.(81)

Hans Welzel y sus seguidores, su impronta en la culpabi-
lidad. Esta es considerada esencialmente como "reprochabili- -

(80) Idem. pág. 183.

(81) Citado por Márquez Piñeros, Rafael, Op. cit., pág. 241.

dad". La integración de la culpabilidad, para ellos, se guía - con base en elementos primordiales valorativos: imputabilidad- (capacidad de cognoscencia y capacidad de motivación), cognoci- bilidad (posibilidad de conocimiento de la ilicitud, del in- -justo), y exigibilidad de la conducta, procedente de la norma.

Para el gran Tratadista Jiménez de Asúa, al expresarse - sobre la teoría normativista sostiene: "Para la concepción nor- mativista de la culpabilidad ésta no es una pura situación psi- cológica (intelecto y voluntad).

Representa un proceso atribuible a una motivación repro- chable del agente. Es decir que, partiendo del hecho concreto- psicológico ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica dolosa o culposa. No basta tampoco - el exámen de esos motivos, sino que es preciso deducir de - --ellos si el autor cometió o no un hecho reprobable. Sólo podre- mos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le- podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es - decir, si le era exigible que se condujese conforme a las pre- tensiones del Derecho.

En suma, la concepción normativista se funda en el re- -proche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en las caracterología del agente) y en la exigibilidad. La culpabili-

dad es, pues, un juicio y, al referirse al hecho psicológico, - un juicio de referencia.(82)

Vela Treviño, obtiene los siguientes aspectos de la teoría normativista:

1.- La culpabilidad es un juicio de referencia, por referirse al hecho psicológico.

2.- La culpabilidad es un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente.

3.- La reprochabilidad de la conducta (activa u omisiva) únicamente podrá formularse cuando se demuestra la exigibilidad de otra diferente a la emitida por el sujeto.

4.- La culpabilidad tiene como fundamento, en consecuencia, la reprochabilidad y la exigibilidad.

10.2.- CONCEPTO.

Vela Treviño la define como el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible - la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a -

(82) Idem. pág. 183-184.

la norma.(83)

10.3.- EL DOLO.

Es una de las partes integrantes de la culpabilidad que señala nuestro Código Penal Vigente.

Dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, como conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o consciente.

Consecuentemente, en la formación del dolo concurre dos elementos esenciales:

- a).- El volitivo; y
- b).- El cognocitivo.

Formas de manifestación del dolo; pero en este estudio daremos las más esenciales.

(83) Culpa. Op. cit., pág. 201

a).- Dolo Directo.- Cuando la voluntad es encaminada -- "directamente" al resultado previsto, existiendo identidad entre el - acontecimiento real y el representado.

b).- Dolo Indirecto.- Es aquel cuando al lado del resultado antijurídico previsto y querido surge otro necesariamente ligado al anterior y que el sujeto - - acepta como secuela natural del -- primero.(84)

c).- Dolo eventual.- Cuando la representación del autor se da como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no - se renuncia a la ejecución de la - conducta, aceptando las consecuencias de ésta, o dicho en otros términos, existe dolo eventual cuando el sujeto, no digiéndose precisamente su conducta hacia el resultado, lo representa como posible, como posible, como contingente, y aunque no lo quiere directamente, por

(84) Reyes Echandía, Alfonso, Culpabilidad, Editorial Temis,-
3a. Edición, Bogotá-Colombia 1988, pág. 60.

no constituir el fin de su acción o de omisión, sin embargo lo acepta, -- ratificándose en el mismo.(85)

d).- Dolo Genérico.- En la voluntad de dañar considera da en abstracto.

e).- Dolo Especifico.- Es aquél que esta acompañado, -- además del propósito de obtener una determinada y particular meta.

f).- Dolo de daño.- En el querer causar daño, ya lesionado o destruyendo el bien jurídico contra el que va encaminado la conducta delictiva del autor.

g).- Dolo de Peligro.- Se da cuando la conducta a la -- que se desliza la voluntad consiente el autor implica sencillamente -- un riesgo de destrucción del interés jurídicamente protegido.

En el delito Hostigamiento Sexual, es eminentemente do-

(85) Pavón Vasconcelos, Francisco, Derecho Penal Mexicano, -- Editorial Porrúa S.A., pág. 394.

loso, se requiere de un dolo directo en la actividad desplegada por el sujeto activo para de esta manera lograr su objetivo. Conducta que señalan los acreedores de la presente figura legal se traduce en "conductas. . . verbales de naturaleza sexual. . ." (Ponencia presentada por Patricia Bedolla Miranda y Blanca Elba García en el Foro de Consulta Popular sobre delitos sexuales en el mes de febrero de 1989, ante la Cámara de Diputados LIV Legislatura en el Distrito Federal).

10.4.- LA CULPA.

"Obra con culpa el que produce un resultado delictuoso sin quererlo, cuando por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los deberes que en concreto le incumbía, no previó que incurría o previniendolo, creyó poder evitarlo"⁸⁶

Clases de culpa. Modernamente se habla:

a).- Culpa Consciente o con Representación

b).- Culpa Inconsciente o sin Representación.

La primera especie se refiere a la actitud de aquél - - que, a pesar de representarse que con su actuación puede pro-

(86) C. Cabral, Luis, Compendio de Derecho Penal Parte General, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1987, pág. - 186.

ducirse un resultado no querido por la ley, ello, no obstante obra igual animado por la ingenua creencia de que podrá sortear el riesgo, evitando la concreación de ese resultado, - _ ejemplo: "la enfermera que debe administrar una inyección a un paciente cada dos horas para que no muera, y que en vez de hacerlo se va a dormir, comete homicidio si el paciente muere puesto que quiso la acción (ir a dormir) y se representó el resultado (muerte del paciente), aunque no haya querido la muerte, sino que la haya lamentado profundamente. Según nuestro modo de ver la culpa consciente o con representación es lo que la ley denomina "imprudencia".

Culpa inconsciente o sin representación, es la que caracteriza el obrar de quien se despreocupa de las consecuencias dañosas que puede acarrear su falta de diligencia. Es el obrar que se denomina negligencia.

Se señala como formas o especies de culpa, principalmente a la imprudencia, a la negligencia y a la impericia:

- a).- La imprudencia.- Se caracteriza por la temeridad del autor frente al resultado criminal previsto como posible, pero no querido, teniendo por tanto carácter de culpa consciente.

b).- La negligencia.- Es la falta de atención, descuido que origina la culpa sin previsión o inconsciencia. "Esta especie de culpa se caracteriza porque el autor, en razón de su falta de precaución, no ha previsto como posible el resultado criminal que ha causado. La falta de precaución ha hecho que el autor ignore o yerre de la naturaleza de lo que hacia o de su resultado posible".

c).- La impericia.- Es la falta de habilidad en la práctica de un arte, profesión u oficio esto es, la deficiencia técnica originante de resultados dañosos por parte de quien carece de la preparación debida.

10.5.- LA PRETERINTENCIONALIDAD.

El artículo 8 del Código Penal del Distrito Federal, -- aplicable, declara que " los delitos pueden ser: . . .III.- Preterintencionales"; y el párrafo tercero del artículo 9 - prescribe "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce-

por imprudencia".

El precepto 9 en su párrafo tercero ve en el obrar preterintencional la esencia del dolo o la intención respecto al resultado querido o aceptado (dolo directo o dolo eventual) y concurrencia culpa o imprudencia en cuanto al resultado mayor sobrevenido.

XI.- INCULPABILIDAD.

La inexistencia de delito por inculpabilidad puede tener como origen la ausencia de alguno de los elementos fundadores del juicio relativo a la culpabilidad que, como son la exigibilidad y la reprochabilidad. En el primero de los casos aparece el fenómeno llamado de la no exigibilidad de otra conducta, como aspecto negativo de la exigibilidad y en el segundo surge la irreprochabilidad, referida negativamente al concepto positivo de la reprochabilidad.(87)

11.1.- LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

Se debe considerar a ésta como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la conciencia ni la capacidad de determinación, por tanto sólo atañe a la equidad o a la conveniencia política y puede motivar un perdón o una excusa, pero no una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos.(88)

Desde luego que la hipótesis de la no exigibilidad de otra conducta puede presentarse en el delito Hostigamiento Sexual.

La conducta desplegada por el superior jerárquico puede

(87) Vela Treviño, Sergio, Op. cit. páginas 274-275.

(88) Op. cit., pág. 278.

quedar exenta de responsabilidad por obrar impulsado por un - miedo insuperable a un mal igual o mayor al que va a lograr, - proveniente de tercera persona. En efecto, puede darse el caso que un jefe de departamento (sujeto activo) por órdenes de su jefe (director general) tenga como fin lascivo asediar a - su subordinada, por miedo a perder su trabajo en manos de su jefe superior, quien le dá órdenes y quien le dió el trabajo. En este caso el inferior jerárquico (que es su único sosten - económico de su familia), se haya sometido a tal presión psicológica que no puede comportarse de otro modo, debiéndose en consecuencia ser declarado irresponsable de los actos que realiza, por faltar uno de los componentes psicológicos de la -- culpabilidad.

11.2.- LOS ERRORES.

Consiste en una falsa idea o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo, hablaremos suscintamente de ellos.

a).- El error de tipo se subdivide en error esencial y error inesencial. El error esencial produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invensible, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito, de carácter esencial, o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad (calificativa-del delito).

Error inesencial, por no recaer en los elementos esenciales del tipo, no es causa de inculpabilidad.

b).- Error de prohibición directo como la falsa concepción entre un hecho y una norma, ya que que creyendo el sujeto errado que su actuación no es delito. Nuestro Ordenamiento Penal indica al respecto en su numeral 59 bis. Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en virtud de extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto.

c).- Error de prohibición Indirecto: Es cuando el sujeto cree que su conducta está inmersa en una causa que hace de saparecer la antijuridicidad de la conducta típica, por el amparo de una norma o de su contenido, en realidad la situación en que existe una divergencia entre la norma erróneamente supuesta y los hechos que se presentaron.(89) Puede darse la hipótesis de error de prohibición indirecto en el delito Hostigamiento Sexual, ejemplo: Cuando el superior jerárquico le hace pretensiones a su subordinada de una manera lúdica, creyendo que su actuar está inmerso en una causa justificable, es decir, poder entablar una relación personal, ya que con anterioridad lo había hecho y había logrado un noviazgo, y por ello lleva acabo dichas pretensiones, considerando que están dentro lo normal. Como casos de error de prohibición -- (89) Vela Treviño, Sergio, Op. cit., pág. 344.

indirecto, tenemos a las eximentes putativas.

11.3.- LA EXIMENTES PUTATIVAS.

Son aquellas situaciones en las cuales el agente, por error de hecho insuperables, cree fundadamente, al realizar un hecho típico de Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante o ejecutar una conducta atípica (permitida, illicita) sin serlo.(90)

De la misma forma Fontán Balestra anota: "se trata del caso en que un sujeto cree, por error, actuar de modo legítimo, suponiéndose protegido por una causa de justificación".⁹¹

Se señalan como eximentes putativas:

- a).- Defensa putativa;
- b).- Estado de necesidad putativo;
- c).- Ejercicio de un derecho putativo, y
- d).- Cumplimiento de un deber putativo.

(90) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa S.A., 23a. Edición, México, 1986, páginas 352-353.

(91) Fontán Balestra, Carlos, Tratado de Derecho Penal, T. II Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, pág. 314.

En la defensa legítima, el sujeto cree, fundado en - - error esencial e invisible, ejecutar un legítimo derecho de defensa, siendo injustificada tal creencia por la inexisten--cia de una auténtica agresión.

En el estado de necesidad putativo, la creencia de un - estado de peligro, real, grave e inminente, fuera de toda rea-lización, constituye el falso conocimiento del hecho que lle-va al agente a lesionar bienes jurídicos ajenos.

En el ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber putativos, la conducta antijurídica se supone lícita, a - virtud del error sobre la existencia del derecho o del deber-que se ejercita o se cumplimenta.

Todas esta eximentes debe apoyarse en el carácter esen-cial e invisible del error de hecho.

No deben confundirse las eximentes putativas con el - - error de derecho, ya que si bien en ambas situaciones hay disconformidad entre la realidad y la representación, en el se--gundo el sujeto "cree que su conducta o hecho no son delictuo-sos por desconocimiento de la existencia de la norma penal o- por " inexacto conocimiento de la misma"; en cambio, en las - eximentes putativas, el sujeto éstima que su conducta o hecho son jurídicas no por desconocimiento o inexacto conocimiento-

de la norma penal sino porque el sujeto cree encontrarse ampa
rado por una causa de justificación como consecuencia de un -
error de hecho esencial e invencible. . .".(92)

(92) Idem. pág.318.

XII.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Las condiciones objetivas o externas de punibilidad, no son elementos integrantes de la culpabilidad, estando más bien vinculadas al tipo del injusto. Mezger, indica "las condiciones objetivas de la punibilidad son una especie de "anexos" del tipo y por ello no pertenecen a las "circunstancias de hecho" - propiamente dichas, que deben ser comprendidas por el dolo de conformidad con él.(93) Cita como ejemplo, la disolución del matrimonio y la separación de los cónyuges, la suspensión de pagos etc..

Para Maurach, las condiciones objetivas de punibilidad -- son características del delito, existentes fuera del tipo, necesarias para que el obrar típicamente antijurídico pueden derivarse efectos penales.(94) Si bien son partes del proceso o de la situación global, en las que surge la acción, no pertenecen a la acción misma, sigue indicando, por no estar realmente enlazada a la acción, está situada fuera del tipo; por último, Maurach sostiene que, en realidad, constituye un presupuesto procesal.

Presupuesto procesal, son aquellas condiciones de exis--

(93) Mezger, Edmundo, Derecho Penal Parte General. Libro de Estudio, Cárdenas Editores, Tijuana, México 1990, pág. 241.

(94) Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Editorial - - Ariel Barcelona 1962, pág. 296-297.

tencia, los requisitos esenciales para el nacimiento y la válida constitución de la relación procesal considerada en sí misma y en sus fases diversas, es decir, presupuestos de punición y condiciones de persecución penal.(95)

Sin los cuales no puede haber un legítimo procedimiento penal, presuponen a su vez un elemento meramente material, o -- material formal, indispensable para su consideración práctica.

Este elemento es el hecho jurídico de la noticia del delito (notitia criminis), noticia que puede vincularse a determinados actos jurídicos que influyen en la constitución de la relación procesal (denuncia, querrela, requerimiento etc.), o puede provenir de otra fuente, determinado la actividad del órgano competente para promover la constitución de dicha relación. Encontramos a un presupuesto de punición y condiciones de persecución penal, es el que encuadra dentro de las condiciones objetivas de punibilidad, que viene a ser, por ejemplo: la querrela penal, disolución del matrimonio por fraude matrimonial, divorcio por adulterio, etc..

No hay delito cometido mientras no concurre la condición objetiva de punibilidad.

En cuanto a las llamadas condiciones objetivas de punibi

(95) Colín Sanchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa S.A., 12a. Edición, México 1990, pág. 239.

lidad, están constituidas por la exigencia de la ley para que concurran determinadas circunstancias ajenas o externas al delito e independientes de la voluntad del agente, en calidad de requisito para que el hecho sea punible, para que la pena tenga aplicación.

Siguiendo la misma postura de Maurach para Carranca y -- Trujillo, señala que se trata de condiciones objetivas de punibilidad, condicionantes de la penalidad o de la procesabilidad de la acción penal, la querrela del ofendido o de sus representantes legales.(96)

Lo que debemos entender por condiciones objetivas de punibilidad, son requisitos formales que se piden para que sea posible perseguir algunos delitos como ejemplo de éstos tenemos:

a).- La previa declaración de quiebra para poder proceder en el delito de quiebra fraudalenta.

b).- Quitarle el sentido o mejor dicho, someter a un funcionario a un juicio de desafuero antes de proceder contra él penalmente..

c).- Externar la querrela en los delitos que se persi--

(96) Carranca y Trujillo, Raul, Derecho Penal Mexicano Parte General, Editorial Porrúa, S.A., 16a. Edición, México, 1988, pág. 425.

guen a petición de parte ofendida.

Se establece un condición objetiva de punibilidad en el delito Hostigamiento Sexual y es:

Sólo se procederá contra el hostigador, a petición de -- parte de la paciente del delito.

ASPECTO NEGATIVO DE LA CONDICION OBJETIVA DE PUNIBILIDAD.

Estaremos en presencia de su ausencia cuando concurre -- una conducta o hecho típico, antijurídico, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad. En el delito Hostigamiento Sexual, cuando no haya querrela del sujeto pasivo, por ende, sino se pone en conocimiento de la autoridad investigadora (Ministerio Público), como si no se hubiera exteriorizado el delito en comentó.

XIII.- PUNIBILIDAD.

En relación al derecho a castigar, dice Montesquieu "toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad es, tiránica". Proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico. Aquí se ve la base sobre la que el soberano tiene fundado su derecho para castigar los delitos. Sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad, y mayor la libertad que el soberano conserva a sus súbditos. Consultemos el corazón humano y encontremos en él los principios fundamentales del verdadero derecho que tiene el soberano para castigar los delitos; porque no debe esperarse ventaja durable de la política moral, cuando no está fundada sobre máximas indelebiles del hombre. Cualquiera ley que se separe de éstas encontrará siempre una resistencia opuesta que vence al fin del mismo modo que una fuerza, aunque pequeña siendo continuamente aplicada vence cualquier violento impulso comunicado a un cuerpo.

El maestro Carrancá y Trujillo define a la pena como "un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no un mal para el sujeto y teniendo por fin la

defensa social.(97)

El escritor Villalobos, nos dice que pena es: "Un castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base en la ley, para mantener el orden jurídico, Es un contra-estímulo que sirve para disuadir al sujeto del delito y que, cometido - éste trata de corregir al delincuente y vigorizar sus fuerzas-inhedoras para el porvenir".(98)

Artículo 259 bis del Código Penal.- Se impondrá sanción hasta cuarenta días de multa. Si el hostigador fuese servidor y utilizase los medios o circunstancias que el cargo le proporcione, se le destituirá de su cargo.

La penalidad que se establece en el tipo de Hostigamiento Sexual, es en realidad de carácter preventivo y no repressivo.

13.2.- LA FINALIDAD DE LA PENA. ASPECTOS SOCIOPOLITICOS Y CRIMINOLOGICOS.

La sociedad, para su armónico desarrollo, debe de estar regulada por un orden jurídico, eficaz, que se ha respetar por todos sus ciudadanos que la conforman. Se dice, y con toda razón, que el derecho penal es un instrumento de control social,

(97) Op. cit., pág. 712.

(98) Villalobos, Ignacio, Op. cit., pág. 574.

que tiene por finalidad obtener determinados comportamientos - individuales en la vida social.(99) El Estado confiere un gran interés al ordenamiento criminal, al dotarlo para su cumplimiento, de una arma pavorosa y aterradora: la pena de prisión.

Me permito transcribir un pensamiento de Romagnosi, quien expresa: "Por lo tanto, con el fin de defenderse, la sociedad estará en la necesidad, y por lo mismo en el derecho de -- eliminar la impunidad, por más que se considere como cosa posterior al delito.

O, hablando más exactamente, la sociedad tiene derecho - de hacer que la pena siga al delito como medio necesario para la conservación de sus miembros y del estado de agregación en que se encuentra, ya que tiene pleno e inviolable derecho a estas cosas.

Y así surge el momento en que nace el derecho penal, el - cual no es en el fondo sino un derecho de defensa habitual con tra una amenaza permanente, nacida de la intemperancia ingéni- ta".(100)

(99) Gacigalupo, Enrique, Manuel de. . . Op. cit., pág. 1.

(100) Citado por Juan del Rosal, Derecho Penal Español, Editorial Madrid, MCMLX, la. Edición 1960, pág. 182.

XIV.- LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Abarca señala: "las excusas absolutorias sustancialmente consisten en la impunidad declaradas por la ley para casos de excepción, motivados por especiales razones de orden político-o social".(101)

En las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituye el factor negativo de la punibilidad. - Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.(102)

Siguiendo la misma línea Jiménez de Asúa, define así: - "Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública".(103) Por lo que debemos entender por excusas absolutorias las que originan la inexistencia del delito. Se puede agrupar de la siguiente forma:

1.- En razón del arrepentimiento y de la mínima peligrosidad del agente, y

2.- En razón exclusiva de la mínima o nula peligrosidad exhibida por el autor.

(101) Abarca, Ricardo, Derecho Penal Mexicano, Revista Derecho y Ciencias Penales 1960, pag. 325.

(102) Castellanos Tena, Fernando, Op. cit., pág. 278.

(103) Jiménez de Asúa, Luis, Op. cit., páginas 459-460.

CAPITULO TERCERO

EL ITER CRIMINIS

EL ITER CRIMINIS.

Se denomina iter criminis, al camino que recorre el delito, desde su brotamiento en la mente como designio criminoso, - hasta su total agotamiento. El mismo, recorre un sendero de -- etapas, desde tentación en la mente del sujeto activo hasta su exteriorización de la conducta que debe ejecutarlo. Dichas fases son:

1.- Fase Interna.

a).-Ideación: En la mente humana aparece la tentación de delinquir, que puede ser acogida o desairada por el sujeto. El proceso psíquico de las sensaciones entra a formar parte del - sentimiento, determinado una idea delictuosa.

b).- Deliberación.- Consiste en la meditación sobre la - idea criminosa, en una ponderación entre el pró y el contra; el antagonismo surgido entre la idea criminal y los factores se ñalados, que pugnan contra ella, hacen preciso en el ser humano la plena capacidad de discernimiento y autodeterminación. - También el autor analiza la convivencia e inconveniencia de -- llevar acabo el delito.

c).- Resolución.- El sujeto ha determinado cometerlo; pero su voluntad, es firme, no ha salido al exterior, sólo existe co-

mo propósito en la mente.

II.- La Fase Externa.

El primer momento es la manifestación de la idea que tiende a realizarse objetivamente en el mundo exterior; ello se compone de:

a).- Manifestación de voluntad: El sentir delictuoso deja la fase interna para acudir al exterior, y por medio de la palabra, el ser humano deslisa su voluntad ilícita.

b).- Actos Preparatorios: Los actos preparatorios tienden a preparar el delito y para poner en peligro efectivo un bien jurídico tutelado dado.

c).- Actos Ejecutivos: Son generalmente unívocos, al demostrar la intención indudable del activo de realizar el injusto.

III.- La Tentativa.

Los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto. Se llama tentativa "Cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debe-

ría producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". Así lo señala nuestro Ordenamiento Criminal en su artículo 12 párrafo primero.

La doctrina distingue entre tentativa acabada y tentativa inacabada. Será acabada cuando el autor emplea todos los me dios idóneos para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a esa meta, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad. La tentativa por otra parte - será inacabada o delito intentado cuando activo, siempre según su plan, no haya dado cumplimiento todavía a la totalidad de - las acciones necesarias para alcanzar la consumación.(104)

Nuestro Máximo Tribunal, define a la tentativa como:

TENTATIVA. "El propósito o la intención de delinquir, - cuando no pasan de eso, son cosas de las que la Ley Penal se desatiende y sólo castiga cuando ese propósito o intención de delinquir son seguidos de hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un deli to si éste no se consuma por causa ajenas a la voluntad del agente, pues entonces estamos frente a la tentativa-punible señalada por el artículo 12 del Código Penal".

Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXIX, pág. - - 2596. Quinta Epoca.

(104) Bacigalupo, Enrique, La Tentativa en el Código Penal Mexicano del Distrito Federal. Estudios de Derecho y . . . Op. cit., página 30.

De lo anteriormente concluyo que en el delito Hostigamiento Sexual, no puede quedar en grado de tentativa porque la conducta delictiva del autor requiere para su integración, la reiteración de acciones encaminados todos al mismo fin lascivo.

IV.- CONCURSO DE DELITOS.

A).- Habrá concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios resultados, es decir, por medio de una sola acción u omisión del autor se agota dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose, consecuentemente, varios intereses tutelados por el derecho. En el delito en comento, no encaja, el concurso ideal, se requiere de dos o más acciones para lesionar el bien jurídico tutelado (reiterado).

B).- Concurso Real.

Se presenta cuando con varias conductas se cometen varios resultados. Puede presentarse en nuestro delito, en aquel caso cuando el superior jerárquico al iniciar sus actividades asedia lascivamente a su subordinada, durante el transcurso del día dispone de un dinero ajeno de la empresa donde labora, posteriormente firma unos papeles que no debería de firmar y -

antes de terminar sus labores de trabajo ásedie de nueva cuenta a su subordinada.

C).- También puede presentarse en el delito Hostigamiento Sexual, delito continuado, las acciones son múltiples pero una lesión jurídica, es decir, para que se configure el ilícito a estudio, se requiere que sea dos veces o más la reiteración lasciva encaminado siempre al mismo bien tutelado.

V.- AUTORIA Y PARTICIPACION.

La cooperación, colaboración, ayuda, motivación, movilización, dado un hecho, y producido un resultado penalmente reprochado, es participar un delito. Por otro lado podemos decir que es la movilización animadamente dirigida a intervenir en un evento que producirá un resultado, que previsto por la ley como delito, se califica de criminal, como especifica distinción de lo que puede ser otro tipo de interacción irreprochable, o sea no punible.

Señalaremos los siguientes grados de participación:

- a).- Autor Material
- b).- Autor Intelectual
- c).- Autor Mediato
- d).- Coautoria
- e).- Complicidad, y
- f).- Participación Consecuente.

El autor material, será los que físicamente realicen - -

los actos característicos del tipo penal, puede presentarse en el delito Hostigamiento Sexual, cuando el superior Jerárquico con fines lascivos reiteradamente a su subordinada, es decir, - quien ejecuta la conducta.

b).- Autor Intelectual cuyo aporte, es la voluntad que opera sobre otra voluntad, provocando o induciendo a cometer - la infracción, encuadra en el ilícito en comentó, cuando el superior jerárquico induce a su autor para desplegar su conducta hacia su subordinada.

c).- Autor Mediato, llamados así porque realizan el delito a través de una persona exenta de responsabilidad, por lo mismo, no es participe en el delito, sino simplemente en el acto material, como instrumento físico y no como sujeto de la infracción penal, éste grado de participación no encaja en el delito Hostigamiento Sexual.

d).- Coautoría, el evento criminoso puede ser el resultado de las acciones de uno o más autores, esta hipótesis se puede dar en el delito a estudio, cuando el superior jerárquico asedia a su subordinada e interviene un empleado del mismo centro de trabajo con acuerdo de aquél y tenga el mismo propósito.

e).- Complicidad, todos aquellos que no ejecutan el acto a que

se refiere la descripción legal del delito, ni inducen a ello directamente, pero sí prestan un auxilio necesario para una u otra cosa, o sin el cual no hubiera sido posible la consumación criminal. Si procede en el delito de Hostigamiento Sexual por ejemplo, cuando el jefe de departamento asedia a su secretaria y lo escucha su subordinado del superior jerárquico, y este a su vez le dice a la secretaria que acepte las pretensiones del jefe, sino de lo contrario la puede despedir del trabajo.

CAPITULO CUARTO

PRACTICA DE CAMPO

Visita realizada a las Agencias Especializadas de Delitos Sexuales de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; una vez visitado las cuatro Agencias Investigadoras de Delitos Sexuales, no fue negado información por ser de carácter oficial, amablemente la Ministerio Público de la Agencia Investigadora 47, nos indicó que posiblemente la Subdirectora de Delitos Sexuales, Licenciada Luz María Juárez, proporcionaría la información que solicitaba y al presentarme ante la mencionada Licenciada, quien amablemente me recibió y al explicarle mi visita y la información que requería, me indico que en la Estadística que tienen de los Delitos Sexuales y principalmente el Hostigamiento Sexual, señaló que han sido pocas querellas, en un promedio de 18 a 20 Averiguaciones Previas, desde que se tipifico en Nuestro Código Penal Vigente, de estas querellas solamente 4 o 5 han llegado a su Consignación y las restantes se han quedado en archivo y reserva, por no reunir los elementos que señala el tipo y son:

a).- Superior Jerárquico

b).- Subordinación

c).- Fin Lascivo y Reiterado, y

d).- Daño y Perjuicio.

1.- Del primer elemento debe probar su subordinación, - que será a través de testigos, documentales o mediante la confesión del sujeto activo.

2.- Subordinación: que depende de las órdenes o que está a su disposición en el área de trabajo.

3.- Fines lascivos Asedió y Reiterado: uno de los elementos importantes y difícil de probarse, que son las pretensiones lascivas que expresa el sujeto activo hacia la paciente - del delito.

4.- Daño y Perjuicio a la víctima, cuya naturaleza no es ta determinado al tipo para lo cual debemos recurrir a la parte general del Código Penal, en el que nos especifique, que se entiende por un daño o perjuicio y será necesario que la víctima lo acredite frente al Ministerio Público, cuando inicie la averiguación previa correspondiente, por ejemplo: constancias de despido laboral injustificado, medidas de apremio sin fundamentación, dictámenes psicológicos que demuestren alteración emocional, negaciones de periodos vacacionales, gastos hechos por tratamientos que requirió hacerse la víctima etc.

En este caso el daño será el detrimento causado dolosamente a la víctima en forma directa, el cual puede ser material, - y/o daño moral causado en los sentimientos, honor y condición social o laboral, producido por el hecho daño y los perjuicios. Y al no probarse cada uno de los elementos que se indicó es imposible configurarse el delito a estudio y al ver pocas querrelas sobre el mismo, trae como resultado que sea ineficaz el delito Hostigamiento Sexual, por consecuencia aboleto en la práctica misma.

Es necesario que este plasmado primero en la Ley Federal del Trabajo, Reglamento Interior de Trabajo y como Estatutos, al saber la sujeto pasivo que se encuentra amparada o respaldada por un documento laboral, podrá recurrir con firmeza y confianza ante una Agencia Especializada de Delitos Sexuales a que se rellene de la infracción típica cometido en su contra, como lo indica la ponente Maria Elisa Villanueva, en la Comisión de Justicia, propone que se legisle en torno al Hostigamiento Sexual, en el ámbito laboral por ser uno de los problemas más graves a los que se enfrenta las mujeres asalariadas; quiere que se tipifique esta conducta en la Ley Federal de Trabajo, estatutos de los sindicatos, contratos colectivos y condiciones generales de trabajo, pidiendo que éste sea sancionado con castigos graduales que irían desde la amonestación pública hasta el despido, pasando por la suspensión y el traslado de puesto del hostigador. Si no de lo contrario seguirá siendo ineficaz dicho delito.

CONCLUSIONES

- 1.- Los delitos sexuales han existido del inicio de nuestras -
culturas y han sido reprochadas de manera rígida a través-
de la evolución de las mismas.
- 2.- La consecuencia de los delitos sexuales en nuestra socie--
dad es múltiple, por la falta de interés de la sociedad --
misma y de las autoridades.
- 3.- En los tiempos modernos se ha concluido, que al ser humano
que realiza tales figuras delictivas, trae consigo una se--
rie de factores; ya sean psicológicos, sociológicos y otros
de manera principal influyen en dicho sujeto para la reali-
zación de los delitos sexuales.
- 4.- La figura penal de Hostigamiento Sexual, no tiene un conte-
nido bien determinado ya que existen dos resultados uno de-
contenido sexual y el otro son la causación de daños y per-
juicios.
- 5.- La teoría de los presupuestos, no tienen razón de ser en ca-
sos penales, es imposible proporcionar una cuestión innova-
dora a la Teoría del delito, es escollo al situar las cali-
dades del activo, pasivo, objeto material ante la comisión-
del autor.
- 6.- En delito Hostigamiento Sexual, es un delito de mera conduc-

ta que únicamente puede presentarse por acción, atento a los actos, es plurisubsistente, es un ilícito necesariamente permanente y de peligro.

- 7.- No puede presentarse ninguna de las hipótesis de ausencia de conducta en el delito Hostigamiento Sexual, por la simple y sencilla razón del lugar en donde se dá la figura delictiva (centro de trabajo).
- 8.- La Tipicidad es él elemento principal de todos los elementos que integran el delito, ya que sin tipicidad no podrá subsistir dentro de un ordenamiento punitivo, independientemente que se den sus demás elementos en abstracto, es como una semilla, sin esta no podrá existir la planta ni su fruto
- 9.- El bien jurídico protegido en el delito Hostigamiento Sexual, es la protección de la libertad sexual, normal desarrollo psicosexual de toda persona; el objeto material es de contenido sexual y daños y perjuicios; el sujeto activo - quien despliega la conducta (superior-jerárquico); el sujeto pasivo (la subordinada); no requiere medios para su configuración; requiere de referencias temporales y especiales.
- 10.- El delito en comento no es propiamente un ilícito penal -- pues el contenido del mismo se encuentra precisado dentro de las normas laborales.

- 11.- Es un tipo de composición anormal, autónomo, daño y de forma libre.
- 12.- Puede presentarse la atipicidad por la ausencia del sujeto activo, paciente del delito, objeto jurídicamente protegido, elemento subjetivo del injusto, falta de referencias temporales y especiales, dando lugar a la inexistencia del ilícito o la ubicación de un tipo penal diferente, según sea el asunto.
- 13.- Las conductas que integran al delito Hostigamiento Sexual, serán antijurídicas, cuando siendo típicas no se encuentran protegidas por ninguna causa de justificación o proposiciones permisivas.
- 14.- Las proposiciones permisivas que pueden darse en el ilícito a estudio, solamente el consentimiento del ofendido.
- 15.- La imputabilidad será, cuando el injusto tenga la autodeterminación de sí mismo.
- 16.- Las acciones libres en su causa no esquivan ni reducen la capacidad de motivación.
- 17.- De las hipótesis de Inimputabilidad, ninguna puede presentarse en la figura delictiva Hostigamiento Sexual, por la

calidad del autor.

- 18.- La culpabilidad en el delito Hostigamiento Sexual, es meramente doloso.
- 19.- En el aspecto negativo de la culpabilidad puede presentarse la no exigibilidad de otra conducta, error de prohibición indirecto.
- 20.- Las condiciones objetivas de punibilidad puede presentarse en el ilícito en estudio, a petición de la parte ofendida (querrela).
- 21.- La pena impuesta en el delito en comento, en realidad de carácter preventivo y no represivo.
- 22.- En la figura delictiva a estudio no se dá la tentativa.
- 23.- Puede presentarse el concurso real y delito continuado.
- 24.- Se presenta solamente el autor material, intelectual, coautoría y complicidad.
- 25.- Es ineficaz el delito Hostigamiento Sexual, por las pocas querrelas que habido del mismo, más aún no todas han llegado a su plena integración, se han quedado la mayoría solamente en archivo y reserva.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Abarca, Ricardo, Derecho Penal Mexicano, Revista Derecho y Ciencias Penales, 1950.
- 2.- Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal Parte General, Editorial Temis, Reimpresión Bogotá, 1989.
- 3.- Bacigalupo, Enrique, Estudios de Derecho Penal y Política - Criminal, Cárdenas Editor, Primera Edición, México, 1989.
- 4.- C. Cabral, Luis, Compendio de Derecho Penal Parte General, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.
- 5.- Campos, Alberto, Derecho Penal Parte General, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Segunda Edición 1979.
- 6.- Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1973.
- 7.- Carranca y Trujillo, Raul, Derecho Penal Mexicano Parte General, Editorial Porrúa, 16a. Edición 1988.
- 8.- Cavallo, Vincenzo, Derecho Penal T. II, Editorial Napoli Italia, 6a. Edición 1955.
- 9.- Colín Sanchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, 12a. Edición, México, 1990.

- 10.- Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal T. I, Editorial Barcelona, 12a. Edición 1956.
- 11.- Delahanty, Guillermo, Tabú del Incesto, Editorial El G. de la Luz, 1a. Edición 1982.
- 12.- De La Cueva, Mario, Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo T. II, Editorial Porrúa, 7a. Edición 1985.
- 13.- Del Rosal, Juan, Derecho Penal Español, Editorial Madrid, Edición 1960.
- 14.- Díaz Palos, Fernando, Teoría General de la Imputabilidad, Boch Casa Editorial Barcelona, 1960.
- 15.- De Shagun, Bernardino, México a través de los siglos, T. - III, Editorial Herrerías, México, 1989.
- 16.- Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena, T. III, Editorial Ramón Sopena 1982.
- 17.- Diccionario Movimiento Nacional Alfabetización, Quinta Publicación 1986, Editores Fernández.
- 18.- Diccionario Pequeño Larousse en Color, Editorial Larousse 1988.

- 19.- Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal, Editorial Temis, Edición 1975.
- 20.- Fernández Carrasquilla, Juan, Derecho Penal Fundamental, - Editorial Temis, 1989.
- 21.- Franco, Uriel, El Peculado, Editorial Temis, 1a. Edición, - Bogotá, 1987.
- 22.- Francesco, Antolisei, Manual Derecho Penal Parte General, - Editorial Uteha, 1a. Edición, Buenos Aires 1989.
- 23.- Fontán Balestra, Carlos, Elemento Subjetivo del Delito, - Editorial Depalma, Buenos Aires, 1957.
- 24.- González Blanco, Alberto, Delitos Sexuales, Editorial Porrúa, 2a. Edición 1969.
- 25.- Hans Heinrich, Jeschek, Tratado de Derecho Penal Parte General, Editorial Boch Barcelona, 1981.
- 26.- Hans, Welzel, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, 10a. Edición Santiago, 1987.
- 27.- Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y Delito, Editorial Sudamericana, 5a. Edición Buenos Aires, 1989.

- 28.- Jiménez Huerta, Mariano, Panorama del Delito, Editorial -
Imprenta Universitaria, 1950.
- 29.- Johanes, Wessels, Derecho Penal Parte General, Editorial
de Palma, 6a. Edición, Buenos Aires, 1980.
- 30.- Márquez Piñeros, Rafael. Derecho Penal Parte General, Edi-
torial Trillas, México, 1986.
- 31.- Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, Editorial Temis, 1a. -
Edición 1971.
- 32.- Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal T. I, Editori-
al Ariel, Barcelona, 1962.
- 33.- Mezger, Edmund, Derecho Penal Parte General, Editorial --
Cárdenas Editor, Tijuana México, 1990.
- 34.- Pavón Vasconcelos, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Edi-
torial Porrúa, México, 1985.
- 35.- Pavón Vasconcelos , Francisco, Breve Ensayo Sobre la Ten-
tativa, Editorial Porrúa, 4a. Edición, México, 1989.
- 36.- Pavón Vasconcelos, Francisco, Imputabilidad e Inimputabi-
lidad, Editorial Porrúa, 2a. Edición, México, 1989.

- 37.- Porte Petit, Celestino, Apuntamientos a la Parte General Derecho Penal, Editorial Porrúa, 13a. Edición, México, - 1990.
- 38.- Porte Petit, Celestino, Importancia de la Dogmatica Jurídica Penal, 1a. Edición, México, 1954.
- 39.- Palacios Vargas, Ramón, La Tentativa, Editorial Cárdenas Editor, 2a. Edición, México, 1979.
- 40.- Ranieri, Silvio, Derecho Penal, Milano, 1945.
- 41.- Reyes Echandía, Alfonso, Antijuridicidad, Editorial Temis Bogotá-Colombia, 1989.
- 42.- Reyes Echandía, Alfonso, Culpabilidad e Inculpabilidad, - Editorial Temis, 3a. Edición, Bogotá-Colombia, 1988.
- 43.- Riva Palacios, Vicente, México a través de los Siglos, T. I, Editorial Herrerías, México, 1989.
- 44.- Solos Quiroga, Héctor, Sociología Criminal Infante- Juvenil, Editorial Porrúa, 3a. Edición, México, 1985.
- 45.- Tocaven García, Roberto, Elementos de Criminología, Editorial Edicol-México, 1a. Edición 1979.

- 46.- Vela Treviño, Sergio, Antijuridicidad y Justificación, --
Editorial Trillas, 3a. Edición, México, 1990.
- 47.- Vela Treviño, Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad, Edi-
torial Trillas, 2a. Edición, México, 1990.
- 48.- Weinberg S., Kirsón, Conducta Incestuosa, Editorial Cons-
tancia, 1a. Edición 1985.