

353

2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

" ESTUDIO DOGMATICO DEL ARTICULO 259 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN. Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL "

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA

FERNANDO RUBEN GONZALEZ DE LA FUENTE

DIRECTOR DE TESIS:

LIC. CARLOS DAZA GOMEZ



CIUDAD UNIVERSITARIA,

JUNIO DE 1994

FALLA DE ORIGEN



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.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA

DE MEXICO

Y

A LA FACULTAD DE DERECHO

A MIS MAESTROS:

GRACIAS A ELLOS HE PODIDO ADQUIRIR MIS
CONOCIMIENTOS UNIVERSITARIOS, LOS CUALES
SEGUIRE AMPLIANDO, PUES ME HAN FORMADO
CONCIENCIA DE MI DEBER COMO PROFESIONAL
PARA CON LA SOCIEDAD Y EN CONSECUENCIA
PARA CONMIGO.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS.

A MIS FAMILIARES.

INDICE

Pág.

INTRODUCCION	1
CAPITULO I ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	2
A).- INICIATIVA.	2
B).- DICTAMEN.	12
CAPITULO II ELEMENTOS DEL DELITO.	15
A).- CONDUCTA Y SU AUSENCIA.	17
B).- TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.	29
C).- ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA.	44
D).- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.	54
E).- CULPABILIDAD E INculpABILIDAD.	60
CAPITULO III ELEMENTOS DEL TIPO.	72
A).- SUJETO ACTIVO.	72
B).- SUJETO PASIVO.	79
C).- BIEN JURIDICAMENTE TUTELADO.	83
D).- OBJETO MATERIAL.	90
E).- PUNIBILIDAD.	92
CAPITULO IV ANALISIS CRITICO DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL.	98
A).- ANALISIS DEL TIPO.	99
B).- CONDICIONES DE OPERATIVIDAD PARA LA COERCION.	104
C).- PUNIBILIDAD.	105
D).- CRITICA A LA REDACCION DEL ARTICULO 259 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL.	105
CONCLUSIONES	111
BIBLIOGRAFIA	114

INTRODUCCION

Con el objeto de cumplir con los requisitos que marcan nuestra Facultad de Derecho y nuestra Universidad, me permito presentar a la consideración de ustedes este trabajo de investigación, interesante, bajo el título de "Estudio dogmático del artículo 259 Bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal".

Con regular frecuencia se piensa que el delito de hostigamiento sexual, carece de importancia y, por lo tanto, nuestra atención no debe detenerse en él, sin embargo, cuando nuestra legislación penal lo coloca dentro del grupo de los delitos sexuales, indica que los legisladores mexicanos conocen la problemática de las funciones sexuales.

Los prejuicios sobre el sexo poco a poco se derrumban, la mentalidad de los mexicanos se encuentra preparada para admitir lo que han admitido otros países, no olvidemos que las transformaciones de un pueblo no sólo deben ser Materiales, culturales en general sino también psicológicas, cuando la mentalidad de los pueblos no cambia, se puede asegurar que no se ha ganado mucho.

El Sustentante.

CAPITULO I ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

A).- INICIATIVA.

La iniciativa para crear el delito de hostigamiento sexual fue presentada ante la honorable Cámara de Diputados el día 17 de mayo de 1990 por sesenta y una diputadas de diversas fracciones parlamentarias que integran esta legislatura en ejercicio de las facultades que concede el artículo 71 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dicha iniciativa fue el resultado del consenso logrado entre las diputadas y que expresa una coincidencia con el mismo propósito de establecer mejores garantías jurídicas para la defensa y el respeto de la integridad física y moral, no sólo de la mujer; sino de aquellos miembros de la sociedad cuya indefensión los hace objeto de agresiones y delitos sexuales.¹

Las legisladoras consideraron que era necesario una reforma integral que diera cambios substanciales desde la reparación del daño, hasta la definición de tipos penales que contenían sistemas valorativos ya arcaicos.

¹ Diario de Debates de la H. Cámara de Diputados de fecha 17/V/90. Pág. 28.

La lucha por crear el tipo de hostigamiento sexual, no sólo recogió los planteamientos de diversas agrupaciones de nuestra sociedad civil expresadas en el foro de consulta sobre delitos sexuales efectuada en el mes de febrero del año de 1989, representa también el resultado de una larga lucha por establecer el respeto a la integridad física y moral de las personas que han sido objeto de agresiones criminales.

La parte esencial de esta iniciativa, la constituye su solidaridad hacia las víctimas de los delitos, particularmente de aquellos ilícitos que conculcan la libertad sexual y lesionan el normal desarrollo psicosexual de la persona humana.

Del análisis del contenido de esta iniciativa se advierte una justa preocupación por proteger a la víctima, apuntando medidas para asegurar la efectiva reparación del daño cometido en su perjuicio; reclamando del estado su oportuna atención asistencial cuando ésta se encuentre en estado de abandono o desamparo; proponiendo que el sistema de justicia salvaguarde su calidad humana y le otorgue una mayor protección a sus legítimos intereses, en el proceso penal.²

Aunada a estas justas propuestas, se sugiere una estructura integral de protección a la libertad y seguridad sexual de las personas proponiéndose la figura delictiva: el hostigamiento sexual.

² Diario de Debates de la H. Cámara de Diputados de fecha 11/VII/90, pág. 11.

Dentro de ese esquema, se planteó sustituir la denominación "delitos sexuales" del título decimoquinto, del libro segundo del Código Penal, por la denominación de "delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual" para adecuarlo a la época contemporánea.

Una de las preocupaciones centrales de la iniciativa lo fue precisamente el hostigamiento sexual a que se ven sometidas las mujeres trabajadoras y que también se da en otros ámbitos como el escolar y doméstico.

Se trató de un problema recurrido por las agrupaciones de mujeres y de organizaciones de trabajadoras del país, incorporando la iniciativa como un nuevo tipo delictivo de carácter preventivo.

Se incluye nuestro tipo en estudio bajo el rubro de hostigamiento sexual que consiste en el asedio con móviles erótico-sexuales de personas que por razón de jerarquía tratan de abusar de algún subordinado y al no obtener respuesta causan un daño o perjuicio al mismo, caso en que será punible el hostigamiento sexual sin que se admita tentativa en este tipo.

Hostigar significa: perseguir, acosar, asediar o molestar a una persona insistentemente y, en la connotación que le da la iniciativa se refiere a la conducta sexual de una persona que, abusando su situación jerárquica, asedie reiteradamente a su subordinado,

provocando en él la intranquilidad y desequilibrio emocional que impida un desarrollo interpersonal en un ambiente de cordialidad y respeto.

En términos generales el proyecto de reformas, según las diputadas, tienen por objeto fundamental concretar acciones inmediatas que den soluciones prontas y efectivas a las víctimas y muy especialmente al ofendido por el delito de violación.

El texto propuesto en la iniciativa del hostigamiento sexual fue el siguiente: "A quien abusando de su jerarquía, ya sea en el ámbito laboral, religioso, escolar, doméstico, o cualquiera otros, provoque un daño o perjuicio a la persona que no acepte su asedio con móviles erótico-sexuales, se le impondrá una sanción equivalente a cuarenta días multa. Si además el que asedia es servidor público se le destituirá de su puesto y será inhabilitado para ejercer su cargo público hasta por tres años.

Sólo es punible el hostigamiento sexual consumado.

No se procederá contra el hostigador, sino a petición de la parte ofendida o de su legítimo representante".³

Ahora bien, para poder denominar con propiedad como sexual a un delito, se requiere que en el mismo se reúnan dos condiciones o criterios regulares: 1) que la acción típica del delito realizada positivamente por el delincuente en el cuerpo del ofendido o que a éste

³ Diario de Debates de la H. Cámara de Diputados de fecha 17/V/90, pág. 19.

se le hace ejecutar, sea directa e inmediatamente de naturaleza sexual; y 2) que los bienes jurídicos dañados o afectados por esa acción sean relativos a la vida sexual del ofendido.

En efecto:

1) Cuando decimos que para llamar en doctrina como sexual un delito se requiere, en primer lugar que su acción típica sea directa e inmediatamente de naturaleza sexual, queremos expresar que no basta con que la conducta sea presidida por un antecedente móvil, motivo o finalidad de lineamientos eróticos, más o menos definidos en la conciencia del actor o sumergidos en su subconsciente, sino que es menester además que la conducta positiva del delincuente se manifieste en actividades lúbricas y somáticas ejecutadas en el cuerpo del ofendido o que a éste se le hacen ejecutar.

Estas acciones erótico-sexuales pueden consistir en simples caricias o tocamientos libidinosos, como en el delito de abuso sexual, en las distintas formas del ayuntamiento sexual que sean normales, como en el delito de estupro, o indistintamente normales o contra natura, como en el delito de violación.

2) Se requiere, además de la acción corporal de lubricidad típica del delito al ser ejecutada físicamente, produzca de inmediato un daño o peligro de bienes protegidos por la sanción penal, referente a la vida sexual de la víctima. Los Bienes Jurídicos así susceptibles de lesión por la conducta delincinencial, pueden ser, según las diversas

figuras del delito, relativos a la libertad sexual o a la seguridad del pasivo. Así, en la violación la cópula no consentida e impuesta por la fuerza física o moral constituye evidente ataque contra la libre determinación de la conducta erótica del ofendido, concretamente contra su libertad sexual.

Entre otras ideas, encontramos la presentada por la "red contra la violencia hacia las mujeres", en el foro de análisis sobre delitos sexuales, tipificación y penalización de los delitos sexuales, efectuado en el Distrito Federal el 12 de enero de 1989, donde consideraban que "el hostigamiento sexual viene a ser una conducta más de violencia que el hombre ejerce hacia las mujeres en esta sociedad patriarcal, y que la causa principal es la ideología patriarcal donde la mujer es considerada como objeto sexual", y referían a la "ideología patriarcal, a través de la familia, religión, educación y de los medios masivos de comunicación, donde se refuerza cotidianamente esa idea de la mujer objeto, siendo interiorizada en ambos géneros. Las mujeres necesitamos usar, ponernos, hacer o consumir un sinfín de cosas con el fin último de que algún hombre se decida a poseernos, lo vemos como el logro prioritario, de ahí que muchas mujeres reivindicuen los piropos como una valorización hacia su físico, no importando lo obsceno que sea, lo que cuenta es que un hombre o varios se hallan fijado en ella.

El mensaje implícito es que si las mujeres hacen tantas cosas por agradar a los hombres, ellas desean uno, la mujer se sentirá satisfecha por la atención que cualquier hombre le preste. Dentro de

este mecanismo estaría el hecho de que los hombres viven con el derecho de mirar, decir, tocar o poseer a cualquier mujer que deseen. La única limitación relativa es que esa mujer esté acompañada por otro hombre, aunque en ocasiones esto confiere un atractivo adicional, ya que se trata de demostrar quién tiene más poder. El dominio sexual del varón sobre la mujer es la ideología más profundamente arraigada de nuestra cultura por cristalizar en ella el concepto más elemental de poder".

Dicho grupo de mujeres proponían que el tipo de hostigamiento sexual se tipificara en la Ley Federal de Trabajo, estatutos de los sindicatos, en los contratos colectivos y condiciones generales de trabajo pidiendo que éste fuera sancionado con castigos graduales: desde la amonestación pública hasta el despido, pasando por la suspensión y el traslado de puesto del hostigador.

Este tipo de hostigamiento sexual, aunque se encuentra regulado en algunas legislaciones extranjeras, no definen ni el tipo ni los elementos del mismo, sólo señalan los casos en que se cometen; en este proyecto de iniciativa se incluyen como elementos del tipo el asedio con móviles eróticos-sexuales, de personas que por razón de su jerarquía tratan de abusar de algún subordinado y que al no obtener respuesta causan un daño o perjuicio al mismo, caso en el que es punible el hostigamiento sexual sin que admita la tentativa este tipo penal.

A continuación elaboraremos una comparación del tipo propuesto en el Diario de Debates de la H. Cámara de Diputados con el tipo vigente:

Tipo propuesto:

"Artículo 259-Bis.- A quien abusando de su jerarquía y/o poder ya sea en el ámbito laboral, religioso, escolar o doméstico, provoque un daño o perjuicio a la persona que no acepte su asedio reiterado con móviles erótico sexuales, se le impondrá una sanción equivalente a 40 días de multa. Si además el que asedia es servidor, se le destituirá de su puesto.

Sólo es punible el hostigamiento sexual consumado.

No se procederá contra el hostigador, sino a petición de parte ofendida o de su legítimo representante".

Elementos del tipo propuesto:

- 1.- El sujeto activo puede ser hombre o mujer, superior jerárquico de su víctima.
 - 2.- El sujeto pasivo podrá ser hombre o mujer de cualquier edad.
 - 3.- La posición jerárquica habrá de ser derivada de una relación laboral, religiosa, escolar, doméstica o cualquiera otra.
-

4.- Es más claro el tipo en cuanto que establece que se debe causar un daño o perjuicio por no aceptar el asedio con móviles eróticos sexuales.

5.- No queda claro cuántas veces se debe asediar, se podría pensar que sólo una vez.

6.- La sanción es de cuarenta días.

7.- Si es servidor público el hostigador, se le destituirá de su puesto hasta por tres años.

8.- Se dice al principio del texto abusando de su jerarquía.

9.- Sólo será punible el hostigamiento consumado.

10.- Es un delito perseguible por querrela de parte ofendida.

Tipo vigente:

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

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

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

Elementos del tipo vigente:

1.- El sujeto activo puede ser hombre o mujer superior jerárquico de su víctima.

2.- El sujeto pasivo podrá ser hombre o mujer de cualquier edad.

3.- La posición jerárquica puede ser derivada de una relación laboral, docente, doméstica o cualquiera otra.

4.- No queda muy claro lo del daño o perjuicio en la redacción del texto.

5.- Se dice que el asedio debe ser reiterado. Lo que consideramos más claro.

6.- La sanción es de cuarenta días multa.

7.- Si es servidor público el hostigador, se le destituirá de su puesto, pero no se establece por cuánto tiempo será inhabilitado para ejercer de nuevo.

8.- Es igual, valiéndose de su posición jerárquica.

9.- Sólo será punible cuando se cause un perjuicio o daño.

(No opera la tentativa)

10.- Es un delito perseguible por querrela de parte ofendida.

B).- DICTAMEN.

La Comisión de Justicia creó para tal análisis una subcomisión de trabajo integrada con representantes de todas las fracciones parlamentarias de la Cámara de Diputados que además recogió la opinión de especialistas en Materia Penal, éstos fueron: Dr. Ricardo Franco Guzmán, Dra. Ma. de la Luz Lima, Dr. Moisés Moreno Hernández, Dr. Jesús Zamora Pierce y Lic. Ignacio Morales Lechuga.

En cuanto al hostigamiento sexual se consideró que era una de las preocupaciones centrales de la iniciativa, además acertado penalizarlo, ya que es uno de los problemas principales a los que se ven sometidas las mujeres trabajadoras y que también se da en otros ámbitos como el escolar y el doméstico, pero que era necesario fuera sometido a un serio análisis. Se estimó al tipo de carácter preventivo.

En los términos del presente dictamen, comete el delito de hostigamiento sexual el que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquier otra que implique subordinación.

De la descripción del tipo, se desprende que el delito comparte en su elemento objetivo, una repetición de conductas sexuales similares que aisladamente no son delictuosas, porque el tipo se colma del concurso de ellas.

La Comisión de Justicia en el dictamen consideró que la incorporación del hostigamiento sexual como figura delictiva permitirá salvaguardar la integridad y autodeterminación sexual de las personas, pero que para ello era necesario delimitar con claridad y precisión el tipo delictivo para que de su contenido no se derivara inseguridad jurídica que ponga en entredicho el principio de legalidad.

El tipo en comento difiere de otras figuras delictivas en que el asedio sexual se expresa en provocaciones, insinuaciones o invitaciones insistentes, excluye cualquier acción lujuriosa ejecutada físicamente en el cuerpo del sujeto pasivo, en el agente o en un tercero como sucede en el caso de abuso sexual, y por otra parte no implica necesariamente aptitudes que están directa o inmediatamente encaminadas a la realización de la cópula, como en el caso de violación en grado de tentativa.

En los términos de la propuesta contenida en este dictamen, el hostigamiento sexual sólo será punible cuando se cause un daño o perjuicio en contra del sujeto pasivo del delito, por su naturaleza el delito en estudio solamente se perseguirá a petición de parte ofendida.

Se puede pensar en reglamentar un mecanismo que permita que las víctimas de los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, reciban el auxilio del Estado, como de hecho se da, a través de todas sus instalaciones de salud y sociales, (hospitales, clínicas, servicios médicos de urgencias, instituciones sociales,

sistemas de becas escolares), siempre y cuando la víctima no pueda obtener del victimario, sus familiares o patrón, en su caso, la reparación del daño.

Podrá establecerse que dada la extrema necesidad (o urgencia) de la víctima, el Estado preste de inmediato los servicios necesarios, y posteriormente tenga acción para repetir en contra de los victimarios y/o terceros responsables.

A juicio de la Comisión Dictaminadora, es conducente el pronunciarse enfáticamente porque el Estado perfeccione su reglamentación sobre la aplicación de políticas sociales, sanitarias, (salud mental), educativas, económicas y políticas dirigidas específicamente a la prevención del delito, con objeto de reducir la victimización y estimular obligatoriamente la ayuda a las personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual. Asimismo, se considere completar un sistema asistencial material, médico, psicológico y social que sean necesarios, por conducto de sus organismos competentes.

CAPITULO II ELEMENTOS DEL DELITO.

Para entrar al estudio de los elementos esenciales del delito nos encontramos frente a dos teorías principales:

a) La corriente totalizadora o unitaria; la cual considera al delito como un "bloque monolítico", presentándose como una entidad que no se puede dividir en elementos diversos para su estudio, es decir, no es en modo alguno fraccionable, y su "verdadera esencia, la realidad del delito no está en cada uno de los componentes del mismo y tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad: sólo mirando el delito bajo ese perfil, es posible comprender su verdadero significado, no debiéndose olvidar que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea".⁴

b) La concepción analítica o atomizadora; que estudia al delito desintegrándolo en sus propios elementos, pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito.

Por lo que estamos de acuerdo con los argumentos de esta última teoría, ya que el análisis no es la negación de la unidad sino que es el medio para realizarla, y consideramos que es inoperante

⁴ Forte Petit, Celestino, citando a Antolissi, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Tomo I, Edit. Porrúa, México, 1984, pág. 241.

hablar de una corriente unitaria que no tenga por base una concepción analítica.

Martínez Licona nos ilustra al respecto diciendo: "Si el método unitario o sintético estima al delito como un bloque monolítico y no completa esta posición permitiendo que el análisis cale en sus elementos, tan hondamente como sea posible, para separarlos conceptualmente, incurre en una limitación semejante, bien que de signo contrario, a la del procedimiento analítico que se dejara arrastrar por desmedido afán de atomizarlo todo y olvidara la gran síntesis funcional que el concepto del delito implica".⁵

Dentro de la concepción analítica o atomizadora encontramos diferentes doctrinas, las cuales se clasifican de acuerdo con el número de elementos esenciales que se consideran para estructurar el delito, ahora bien, consideramos como una corriente pentatómica la que más se apega a dicha estructura, es decir los elementos esenciales que integran al delito son: conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad. En cuanto a la condición objetiva y a la punibilidad no los consideramos como elementos esenciales del delito en razón de que ésta, en nuestro concepto propio, es una consecuencia del mismo, entendida como la confirmación de la realización de los elementos esenciales del delito, y aquélla es ocasionalmente establecida por el legislador para que la pena tenga aplicación, esto

⁵ Martínez Licona, Doctrina del Delito, México 1953, pág. 19

es, no todos los delitos la requieren, de ellos hablaremos en el capítulo tercero.

A).- CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

Al respecto Eugenio Zaffaroni indica: "La conducta es el todo del delito, un todo prejurídico y jurídico a la vez, es prejurídico porque la conducta existe antes de que la ley la describa e independientemente de su descripción y valoración o desvaloración. Es jurídico por ser materia de valoración jurídica".⁶

En efecto, la conducta es la piedra angular de la dogmática jurídico penal, del delito en sí; ya que los demás "elementos" del delito, son características de la conducta, requeridas para la existencia del delito.

Este elemento del delito se ha usado en la doctrina con diversas acepciones, de las más importantes se encuentran la conducta y la acción.

⁶ Zaffaroni Eugenio, Teoría del Delito, Edit. Cárdenas, 1993. pág. 109.

Fernando Castellanos Tena, entre otros, prefiere utilizar el término conducta, indicando que: "Dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo".⁷

Cuello Calón, se inclina a utilizar el vocablo acción, indicando que éste "en sentido amplio consiste en la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado".⁸

Creo que el término acción, al ser utilizado, crea confusiones; ya que dicha acepción implica dos aspectos de la misma que son: la acción en sentido amplio y la acción en sentido estricto. La acción en sentido amplio abarca el hacer y el no hacer, es decir, mediante una actividad e inactividad voluntaria respectivamente. Y la acción en sentido estricto abarca sólo una actividad voluntaria.

Cuello Calón nos ilustra diciendo: "la acción consiste en una conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado. Dentro de esta expresión "acción", en el amplio sentido se comprende la conducta activa (hacer positivo), es decir, la acción en estricto sentido; y la conducta pasiva".⁹

⁷ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Edit. Porrúa, México, 1987, pág. 146.

⁸ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Edit. Nacional, 1970, pág. 325.

⁹ *Ibidem.*, pág. 326.

Edmundo Mezger también se adhiere al vocablo acción y al efecto expresa: "El delito ha de ser siempre una acción".¹⁰ Por ello que defina al delito de la siguiente manera: "Delito es la acción típicamente antijurídica y culpable".¹¹

En mi concepto, considero que el término apropiado para definir al delito debe ser el de "conducta", ya que tal concepto abarca tanto el hacer positivo como el hacer negativo, y la expresión "acción" no es la adecuada porque no abarca a la omisión, al ser su naturaleza contraria a ésta y únicamente se emplea para designar "el hacer".

Ahora bien, la conducta puede manifestarse de dos formas principalmente: la primera como una acción, un hacer, y la segunda como una omisión simple y la comisión por omisión.

Los delitos de acción son aquéllos en los que el tipo penal describe una conducta positiva, es decir, "un hacer".

"Los delitos de acción consisten en un acto material y positivo, dañoso o peligroso que viola una prohibición de la ley penal".¹²

¹⁰ Mezger, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1955, pág. 155.

¹¹ *Ibidem.*, pág. 156.

¹² Cuello Calón, Eugenio, ob. cit., pág. 296.

Es precisamente el movimiento corporal voluntario, el que integra a los delitos de acción.

El artículo 259 Bis del Código Penal Federal contiene la descripción de un tipo penal de acción, toda vez que, el mismo establece:

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

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

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

Asediar, es un verbo que denota una conducta activa, es decir, una conducta de hacer, un movimiento corporal; no siendo posible la omisión para la comisión de tal ilícito.

Ahora bien, los delitos que implican una conducta de acción, han sido clasificados por diversos juristas en dos grupos, los formales y los materiales.

Los delitos materiales se presentan cuando el tipo requiere de un resultado material, es decir una mutación en el mundo exterior.

Los delitos formales, por el contrario, sancionan, no el resultado material sino la simple conducta independientemente de que la mutación material en el mundo exterior, se presente.

Dentro de tal clasificación, el delito en comento lo encontramos encuadrado dentro de los delitos materiales; ya que el tipo señalado en el artículo 259 Bis en su segundo párrafo dice:

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

Esto quiere decir, que el tipo requiere de un resultado material, es decir una mutación en el mundo exterior, ya que si no se causa un perjuicio o un daño no será punible el hostigamiento; por tal razón, el delito en cuestión es un delito material.

Ya indicamos que la omisión es una de las formas de la conducta humana, y que ésta ha sido subdividida por la doctrina en omisión simple y en comisión por omisión.

"La falta de actividad jurídicamente ordenada, independientemente del resultado, constituye la omisión simple".¹³

Carrancá y Trujillo, citando a Sánchez Tejerina, expresa:
"Es no ejecución de un movimiento corporal que debió realizarse".¹⁴

"La omisión simple consiste en un no hacer voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico".¹⁵

La omisión consiste precisamente en un "no hacer algo"; al respecto Edmundo Mezger dice: "El fundamento de todo delito de omisión lo constituye una acción esperada".¹⁶

Tal omisión se integra por una conducta no realizada pero que la ley exige; pues si dicha conducta no es exigible, no tendrá repercusión en el mundo del Derecho Penal.

Se ha destacado que los delitos de omisión simple, no requieren de un resultado material, por lo que podemos llamarlos delitos formales. "El resultado en la omisión simple es únicamente

¹³ Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., pág. 136.

¹⁴ Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte general Tomo I, 5ª ed., Antigua Librería Robledo, México 1960, pág. 153.

¹⁵ Porte Petit, Celestino, ob. cit., pág. 283.

¹⁶ Mezger, Edmundo, ob. cit., pág. 288.

típico al existir un mutamiento en el orden jurídico y no material, ya que se consuma el delito al no cumplirse con el deber jurídico ordenado por la norma penal".¹⁷

Asediar, es un verbo activo del núcleo del tipo, el cual denota una conducta de acción, es decir, requiere de movimientos corporales para su ejecución, así mismo, el tipo en comento, requiere que la conducta de asediar cause un perjuicio o daño en el hostigado, por tal razón considero que dicho ilícito, es un delito material.

El Diccionario Enciclopédico Quillet, define el vocablo asediar de la siguiente manera: "Importunar a alguien sin descanso con pretensiones".

Por lo anterior, concluimos que el tipo penal en estudio es delito de acción y no de omisión; y es un delito material y no formal.

"En los delitos de comisión por omisión, es necesario un resultado material, una mutación en el mundo exterior, mediante un no hacer que el Derecho ordena".¹⁸

En efecto, los delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropia, son aquéllos en los que el "no hacer" ocasiona un

¹⁷ Porte Petit, Celestino, ob. cit., pág. 310.

¹⁸ Castellano Tena, Fernando, ob. cit., pág. 153.

resultado material, un daño a un Bien Jurídicamente Tutelado. Es decir, son aquellos casos en los que el Derecho espera una determinada conducta necesaria para impedir la modificación en el mundo exterior.

El tipo penal previsto en el artículo 259 Bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, prohíbe cierta conducta que es el asediar, por tanto no es dable pensar que se pueda presentar en la forma de comisión por omisión, ya que para la integración del hostigamiento sexual se requiere de movimientos corporales para su ejecución, por lo tanto, en la comisión por omisión se requiere una inactividad y un resultado material violando una ley dispositiva y otra prohibitiva, situación que no ocurre en el delito en estudio.

El Código Penal vigente, ha clasificado a los delitos por su duración en instantáneo, permanente o continuo y en continuado. Al efecto el artículo 7º del citado ordenamiento indica:

"Art. 7º.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo

tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y,

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal".

Respecto a dicha clasificación, el maestro Castellanos Tena nos enseña:

"Son delitos instantáneos, aquéllos en los que la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento", respecto a los delitos permanentes dice: "En estos se requiere, esencialmente, la facultad, por parte del agente activo, de remover o hacer cesar el estado antijurídico creado con su conducta", y de los continuados expresa, "en él se dan varias acciones y una sola lesión jurídica".¹⁹

El delito en estudio, considero que es principalmente un delito permanente o continuo, ya que el tipo en estudio dice:

¹⁹ Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., págs. 137 y 138.

"Art. 259 Bis.- al que con fines lascivos asedie reiteradamente", es decir, se requiere un asediar prolongado en el tiempo y no basta que se realice una sola vez".

Ahora bien, se ha clasificado, también por la doctrina, al delito en relación con el daño que causan, en delitos de lesión y delitos de peligro.

Castellanos Tena, comparte el criterio de Cuello Calón, expresando este último: "Son delitos de lesión, los que consumados causan un daño directo y efectivo en el interés o bienes jurídicamente protegidos por la norma violada".²⁰

Los delitos de peligro, no causan ese daño directo al Bien Jurídicamente Tutelado, pero crean una situación de peligro a éstos.

El tipo en comento, es un delito de lesión, ya que está de por medio la protección a la seguridad emocional del pasivo al desarrollar eficientemente sus actividades laborales, docentes o domésticas.

Por último, el delito se ha clasificado por el número de sujetos que intervienen en su comisión, pudiendo ser unisubjetivos o plurisubjetivos. En los primeros el tipo penal se puede llevar a cabo

²⁰ Cuello Calón, Eugenio, ob. cit., pág. 294.

por una sola persona, y los plurisubjetivos, exigen la participación de dos o más personas para la ejecución de la conducta delictiva.

Considerando que el tipo en estudio no exige la participación de dos o más personas, se concluye que es un delito unisubjetivo.

Ausencia de conducta.

La ausencia de conducta, puede presentarse por haber faltado la voluntad del agente o porque la conducta realizada por él, no produjo la modificación del mundo exterior requerida en el tipo.

Esta última no es dable en el tipo en estudio, toda vez que, el mismo requiere de un resultado material, es decir, de esa mutación en el mundo exterior.

Respecto a la vis absoluta, la vis mayor y los movimientos reflejos, existe uniformidad en la doctrina en considerarlos como causas de ausencia de conducta; no así respecto a el hipnotismo y al sonambulismo, sino que estas últimas, por algunos tratadistas, han sido consideradas como causas de inimputabilidad, mientras que por otros como causas de ausencia de conducta.

La vis absoluta o fuerza física irresistible, consiste en los movimientos realizados bajo el influjo de una fuerza irresistible, esto es, movimientos corporales en los que una persona, a consecuencia de la

fuerza exterior que sobre él se ejerce, actúa como instrumento sin voluntad en manos de otro.

Zaffaroni nos expresa: "Por fuerza física irresistible debe entenderse una fuerza de entidad tal que haga al sujeto incapaz de dirigir sus movimientos, o sea, que lo haga obrar mecánicamente. ²¹"

En efecto, el sujeto activo que se ve obligado por otro a realizar una actividad, o impedido a llevarla a cabo, según el caso, sin que pueda oponerse a tal violencia, dichas circunstancias impiden la integración del delito por ausencia de conducta en el agente.

La vis absoluta se compone de los siguientes elementos: A) una fuerza física, b) proveniente de un ser humano y c) que éste sea irresistible.

Otra forma de presentarse la ausencia de conducta, es la vis mayor. Esta al igual que la vis absoluta, se integra por una fuerza física e irresistible, pero a diferencia de la vis absoluta, la vis mayor se origina por una fuerza subhumana, es decir, proveniente de la naturaleza o de los animales.

²¹ Raúl Zaffaroni, Eugenio, ob. cit., pág. 146.

Los movimientos reflejos, son una hipótesis más de las formas de ausencia de conducta, constituidos por movimientos corporales involuntarios.

El ilícito contenido en el artículo 259 Bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, considero no da pauta a que alguna de las formas de ausencia de conducta se presente.

B).- TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

Respecto a la tipicidad, se ha dicho que ésta es la adecuación de la conducta al tipo penal. Siendo necesario el estudio previo del tipo; ya que la ausencia del tipo, originará que la conducta sea atípica, es decir, que exista la tipicidad.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito. Al efecto, conveniente es señalar la diferencia entre tipo y tipicidad.

Fernando Castellanos Tena nos ilustra al respecto diciendo: "Tipo es la creación legislativa, la descripción que el estado de una conducta en los preceptos penales".²¹ Eugenio Zaffaroni define: "Es

²¹ Castellanos Tena, Fernando, *ob. cit.*, pág. 164.

un instrumento legal lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes".²³

Podemos concluir, que el tipo es la descripción de la conducta en abstracto penada por la ley.

La tipicidad, es la adecuación de la conducta al tipo penal, es decir, que la conducta realizada en concreto se adecue en la descripción formulada en abstracto.

El tipo está formado también por ciertas modalidades o referencias; pudiendo ser éstas de tiempo, lugar, los medios empleados, exigencia de que exista un delito previo, etc.

Los elementos del tipo son: Sujeto activo, Sujeto pasivo, Bien Jurídicamente Tutelado, Objeto material, Referencias temporales, de ocasión o espaciales y la Punibilidad, los cuales analizaremos a fondo en el capítulo subsecuente.

El tipo puede señalar calificativas para los sujetos que intervienen en él, esto es, que se puede exigir que reúnan ciertos requisitos para poder ser Sujetos Activos o Sujetos Pasivos del delito; tal es el caso del delito de parricidio en el que ambos sujetos deben

²³ Raúl Zaffaroni, Eugenio, ob. cit., pág. 171.

reunir requisitos de calidad. En dicho caso, el Sujeto pasivo deberá ser forzosamente el padre, la madre o cualquier otro ascendiente consanguíneo, mientras que el Sujeto activo deberá ser el hijo o descendiente consanguíneo; si alguno de éstos no reúne las características que dicho tipo exige, estaremos frente a la figura jurídica de atipicidad, por falta de calidad de uno o ambos sujetos.

El delito contenido en el artículo 259 Bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal, requiere de calidad en el Sujeto activo del mismo, ya que dicho tipo dice: ".....al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación.....", tal expresión señala una calidad de la persona que comete el ilícito, toda vez que éste deberá tener una posición jerárquica superior sobre el Sujeto pasivo en sus relaciones de trabajo domésticas o cualquiera otra que implique una subordinación.

En cuanto al final del primer párrafo del mismo artículo dice: ".....si el hostigador fuese servidor público y utilizase los medios o circunstancias que el encargo le proporcione.....", aquí se acentúa que el Sujeto activo del delito en comento, requiere de una calidad, es decir, que tal tipo exige una característica en éste, de que sea superior jerárquicamente sobre el hostigado.

El Sujeto Pasivo del delito en estudio, al igual que el Sujeto activo, requiere de calidad ya que dicho tipo dice: "...valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación....", de la lectura se desprende que señala calidad de la persona agravada, es decir, el Sujeto pasivo no puede ser común e indiferente toda vez que debe encontrarse subordinado con el Sujeto activo.

El Bien Jurídico: también llamado Objeto Jurídico, consiste en el Bien Jurídicamente Tutelado, que en el caso concreto lo es la protección a la seguridad emocional del pasivo al desarrollar eficientemente sus actividades laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación.

El Objeto material: éste consiste en la persona o bien sobre el cual recae el daño o peligro, así por ejemplo, en el delito de homicidio el Objeto material es el cuerpo del occiso, mientras que en el delito en estudio, el Objeto material es el cuerpo humano de la persona hostigada.

El tipo está formado también por ciertas modalidades o referencias; pudiendo ser éstas de tiempo, lugar, los medios empleados o exigencias de que exista un delito previo.

Las Referencias temporales, las cuales en ocasiones requiere el tipo, para que pueda hablarse de tipicidad, establecen determinadas circunstancias de tiempo, y por lo tanto, no caerá bajo la norma penal la ejecución en tiempo distinto del que dicho tipo exige.

Como ejemplo de un tipo que requiere de cierta Referencia temporal, lo es el establecido en el artículo 123 fracción XV del Código Penal Federal, el cual dice:

"Art. 123.- Se impondrá pena de prisión..... al mexicano que cometa traición a la patria, en alguna de las formas siguientes:

Fracción XV.- Cometa, declarada la guerra o rotas las hostilidades, sedición,.....".

Véase como en este delito se menciona una referencia temporal, consistente en que la conducta deberá de verificarse en el momento que se declare la guerra.

El tipo penal inserto en el artículo 259 Bis del Código Penal Federal, no requiere de una referencia temporal para la comisión de tal ilícito.

Del mismo modo, el tipo penal puede exigir una referencia espacial, o sea un lugar específico; fijando como requisito que la conducta se realice en cierto lugar, siendo el caso que si la conducta

se despliega en lugar diverso al que señala el tipo penal, dará lugar a la atipicidad, por no adecuarse al tipo específico.

Ejemplo de un delito contenido en el Código Penal vigente que establezca una referencia temporal, es el tipo descrito en el artículo 146 fracción II, el cual señala:

"Artículo 146.- Serán considerados piratas:

II.- Los que, yendo a bordo de una embarcación se apoderen de ella y la entreguen voluntariamente a un pirata....".

En dicho artículo se describe la referencia espacial, al indicar que "el que yendo a bordo de una embarcación.....".

El delito, materia del presente estudio, no requiere de referencia espacial alguna; es decir, que tal delito se puede cometer en cualquier lugar, ya que no se exige un lugar específico donde al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo.

Así mismo, hay tipos penales que en su redacción manifiestan o expresan los medios comisivos del delito, los cuales si no se presentan, no permitirá su existencia.

Al respecto Mezger dice: "Son aquellos tipos de delitos en los que la tipicidad de la acción se produce, no mediante cualquier

realización del resultado último sino sólo cuando éste se ha conseguido en la forma que la ley determina. ²⁴

El delito en estudio señala: "al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada....", como vemos se prevé un medio comisivo en el Sujeto activo (agente) al señalar que se debe valer de una posición jerárquica sobre el Sujeto pasivo.

Dentro de las clasificaciones doctrinarias, las más comunes son las siguientes:

1.- Por su composición:

Los tipos se dividen en normales y anormales. Los primeros, "son aquéllos en los que el tipo se limita a hacer una descripción objetiva". ²⁵

Los tipos anormales por el contrario, son aquéllos en los que el tipo penal establece elementos subjetivos.

El tipo en estudio, es un tipo normal, toda vez, que no requiere, es decir, no exige elementos subjetivos en su contenido.

²⁴ Mezger, Edmundo, *ob. cit.*, pág. 369.

²⁵ Castellanos Tena, Fernando, *ob. cit.*, pág. 168.

2.- Por su ordenación metodológica.

Por su ordenación metodológica, la doctrina ha clasificado a los tipos en:

a) Fundamental o básico; al respecto, el distinguido jurista Celestino Porte Petit, dice: "Es aquél que no deriva de tipo alguno, y cuya existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo".²⁶

b) Especiales, éstos se forman con el tipo fundamental y la existencia de otro u otros requisitos, haciendo por tanto a un lado el tipo básico subsumiéndolo en un tipo especial: ejemplo de un delito especial sería el parricidio, ya que debe existir previamente un homicidio (tipo básico) y agregando a éste, el requisito de que el privado de la vida sea un ascendiente, así se crea el tipo de parricidio (tipo especial).

Estos tipos especiales se han subdividido según resulte un delito de mayor o menor gravedad, en:

b.1) Tipos especiales privilegiados; son aquéllos tipos especiales en que la característica que se les agregó, para tener esa calidad, atenúa la pena a imponer. Ejemplo de ello tenemos al infanticidio.

²⁶ Porte Petit, Celestino, ob. cit., pág. 448.

En este tipo, la circunstancia que se adicionó al delito de homicidio, fue la de que la persona sobre la cual recae la privación de la vida, deberá de ser una persona dentro de las 72 hrs. de nacido, y que ésta la ocasiones un ascendiente. En tal circunstancia la pena es menor que la fijada para el tipo básico de homicidio.

b.2) Tipos especiales cualificados o agravados, son los que se forman de manera autónoma, agregando al tipo fundamental o básico, un requisito o circunstancia que agrava la pena.

c) Los tipos complementados son los que se integran por un delito básico y una circunstancia; también llamados circunstanciados o subordinados, por requerir la existencia necesaria de un tipo autónomo al cual se agregue tal peculiaridad.

Se ha dicho por la doctrina que también pueden ser agravado o privilegiados.

El delito en estudio, por su ordenación metodológica, se clasifica en fundamental o básico ya que no se deriva de tipo alguno y su existencia es independiente de cualquier otro tipo.

3.- En función de su autonomía.

Esta clasificación los divide en autónomos y subordinados. Los autónomos son los que tienen vida por sí, tal es el caso del homicidio.

Los subordinados, son los que dependen de otro tipo autónomo, por ejemplo el robo a casa habitación.

El delito de hostigamiento sexual es un tipo autónomo ya que tiene vida por sí y no depende de otro tipo autónomo.

4.- Por su formulación.

Se han clasificado en casuísticos y amplios; Porte Petit nos dice: "Los tipos de formulación casuística, son aquéllos en los que se señala casuísticamente la conducta productora del resultado típico". Es decir, que el tipo señala de manera expresa la forma de cometer el delito, ejemplo de ello es el delito de violación, ya que el tipo manifiesta: "Al que por medio de la violencia física o moral tenga..." se indica la violencia física o moral como medio comisivo.

Los tipos de formulación amplia, son aquéllos en los que no se indica en forma casuística la actividad originadora del resultado típico; ejemplo de ello es el delito de robo simple.

El delito en estudio, es un tipo de formulación amplia, toda vez que no se indica en forma casuística la actividad originadora del resultado típico, ya que el asedio reiterado con fines lascivos, puede darse de cualquier forma.

5.- Por el daño que causan.

a) De peligro, son aquéllos en los que el bien jurídicamente tutelado no sufre alteración alguna, sino que únicamente se le pone en peligro, y

b) De lesión, que son aquéllos en los que de alguna manera produce un menoscabo en el bien jurídico tutelado.

Nuestro tipo en estudio dice:

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

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

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

Analizando dicha redacción, realizaremos un cuadro con los elementos de nuestro delito en estudio:

-
- 1.- Por su composición, es un tipo normal;
 - 2.- Por su ordenación metodológica, es un tipo fundamental o básico;
 - 3.- En función de su autonomía, es un tipo autónomo;
 - 4.- Por su formulación, es un tipo de formulación amplia, y
 - 5.- Por el daño que causan, es un delito de lesión.

Ausencia de tipicidad.

Debemos distinguir entre la ausencia de tipo y la ausencia de tipicidad, ya que ambas son distintas entre sí, aun cuando la ausencia de tipo también da origen a la atipicidad.

En efecto, la ausencia de tipo penal, dará origen a la atipicidad, sin embargo la atipicidad no se presenta únicamente por la ausencia del tipo; es decir, que también otras circunstancias originan que se presente esta figura jurídica.

La ausencia de tipo, constituye el aspecto negativo del tipo, y esta ausencia de tipo se presenta cuando una conducta no se encuentra descrita en la Ley Penal; originando con ello la imposibilidad de adecuar la conducta.

El maestro Celestino Porte dice: "El digma nullum crimen sino tipo, constituye la más elevada garantía del Derecho Penal Liberal, al

no poderse sancionar una conducta o hecho, en tanto no estén descritos por la norma penal".

"El tipo es la descripción de la conducta prohibida por una norma", si la conducta no está descrita por la norma penal, no podrá referirse la tipicidad, por ello que se presente la atipicidad, misma que ha sido entendida como la no adecuación de la conducta al tipo penal, no existiendo ésta si no existe el tipo. ²⁷

Resumiendo, la ausencia de tipo, es distinta a la atipicidad, ya que en la ausencia de tipo no existe la descripción de la conducta; mientras que en la atipicidad sí existe la descripción pero no hay conformidad al tipo, es decir, falta alguno de los requisitos que exige el tipo.

Atipicidad.

Jiménez de Azúa, afirma: "Existe ausencia de tipicidad en dos supuestos: A) cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código penal o en Leyes Penales Especiales, y B) cuando la Ley Penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica antijurídica". ²⁸

²⁷ Bacigalupo, Enrique, Líneas de la Teoría del Delito, 2ª ed., Editorial Hammurabi, pág. 17.

²⁸ Jiménez de Azúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, 21ª ed., Buenos Aires, 1951, pág. 812.

Por su parte, el maestro Celestino Porte expresa: "Si la tipicidad consiste en la conformidad al tipo y éste puede contener uno o varios elementos, la atipicidad existirá cuando no haya adecuación al mismo, es decir, cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito por la norma".²⁹

La atipicidad es entendida como la no adecuación de la conducta al tipo penal, que en la hipótesis en estudio se configura cuando hay ausencia de deber jurídico penal típico, en el caso en que el Sujeto activo no se encuentre en el supuesto de superioridad jerárquica derivada de las relaciones laborales docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación.

Dichos supuestos son diversos, aunque en ambos, ha dicho la doctrina, existe la atipicidad. Respecto a la atipicidad por no adecuación de la conducta al tipo, se presenta por alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Ausencia de la calidad exigida en el Sujeto activo;
- b) Ausencia de la calidad exigida en el Sujeto pasivo;
- c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales;
- d) Al no darse el delito por los medios que requiera el tipo, y

²⁹ Porte Petit, Celestino, ob. cit., pág. 475.

e) Al faltar los elementos subjetivos del injusto.

Transcribiremos nuevamente el tipo en estudio para su mejor comprensión:

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

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

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

La atipicidad en dicho ilícito, se puede presentar por la falta de calidad en el Sujeto activo, toda vez que el tipo requiere de esa calidad sobre el agente.

Por lo que hace al Sujeto pasivo en este delito, también al igual que el Sujeto activo, la atipicidad se puede presentar por la

falta de calidad que recaiga sobre éste y no puede ser común e indiferente en razón de estar subordinado con su superior jerárquico.

También se presenta la atipicidad por no darse las referencias temporales o espaciales que el tipo exige; pero en el caso concreto, no se especifica referencia temporal o espacial alguna.

La atipicidad se presenta también por no realizarse la conducta a través de los medios comisivos que el tipo señale; el delito en comento especifica claramente medio de comisión en el Sujeto activo al señalar que tiene que ser con fines lascivos y asedio reiterado sobre el Sujeto pasivo, por lo tanto, es dable esta forma de atipicidad.

Por no darse los elementos subjetivos del injusto se presenta la atipicidad, pero nuestro delito en estudio no requiere de ningún elemento subjetivo, por ende no se presenta esta causa de atipicidad.

C).- ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA.

"La realización del tipo no es suficiente, para establecer la ilicitud del comportamiento, ésta requiere que la realización del tipo no esté

especialmente autorizada, es decir, que sea antijurídica." ³⁰

La mayoría de los estudiosos del Derecho han definido a la antijuridicidad, como lo contrario a Derecho; aunque algunos la han considerado como característica del delito, otros como elemento esencial del mismo o como el delito en sí.

Delito es: "La conducta típica, antijurídica y culpable".

La definición del delito que proporcionamos, hace referencia a la antijuridicidad como elemento del mismo. La antijuridicidad, es un concepto negativo; y según diversos juristas, presupone un juicio, una estimación de la oposición entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal.

La conducta será antijurídica, cuando no esté autorizada por la propia norma, es decir, que una conducta que se encuentra adecuada a cierto tipo penal, deberá ser antijurídica, no teniendo ninguna causa de justificación en la misma, ya que puede darse el caso de que una conducta sea típica, pero que no sea antijurídica, indicándose precisamente que una situación puede darse lesionando una norma jurídica, pero no el orden jurídico, es decir, ha realizado una acción típica, pero adecuada al Derecho, (causa de justificación).

³⁰ Bacigalupo, Enrique, *ob. cit.*, pág. 45.

Bacigalupo concreta: "Una conducta es típica si con ella se infringe una norma y será antijurídica si no está justificada por una causa de justificación".³¹

El maestro Celestino Porte Petit, manifiesta al hacer un comentario en su libro Programa de Derecho Penal, "al realizarse una conducta o un hecho adecuados al tipo, se les tendrá como antijurídicos en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación".³²

El mismo autor indica que para que se dé la antijuridicidad se debe presentar una doble condición, que es a saber una positiva y una negativa, la primera es cuando la conducta se ha adecuado al tipo, es decir, que a tal conducta no se presente una circunstancia de atipicidad; y una segunda, la negativa, cuando no esté amparada por una exclusión del injusto.

La acción sólo es punible si es antijurídica, afirmándose con ello la contradicción -de la acción- con la norma del Derecho; por tanto, la antijuridicidad es decisiva para la punibilidad.

Ha sido dividida la antijuridicidad, por diversos autores, en antijuridicidad formal y en antijuridicidad material.

³¹ Idem.

³² Porte Petit, Celestino, Programa de Derecho Penal, Edit. Trillas, 3ª ed., 1990, pág. 452.

La antijuridicidad formal, ha sido entendida como la conducta que implica una transgresión a una norma establecida por el Estado; al respecto Cuello Calón indica que: "Hay antijuridicidad formal cuando existe la rebeldía contra la norma jurídica...".³³

La antijuridicidad material consiste en el daño o perjuicio social que se causa, como resultado de esa rebeldía.

Ausencia de antijuridicidad.

Una conducta o un hecho son antijurídicos cuando siendo típicos no están protegidos por una causa de justificación; al realizarse esa conducta o hecho adecuados al tipo, se les tendrá como antijurídicos en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación.

La antijuridicidad entendida como lo contrario a Derecho, encuentra su aspecto negativo con las causas de justificación, que se ha dicho son una autorización o un permiso legal para realizar una conducta típica.

La causa de justificación ha sido definida por el maestro Porte Petit, en los siguientes términos: "es aquélla que conforma a Derecho una conducta o hecho, que de otro modo serían antijurídicos".³⁴

³³ Cuello Calón, Eugenio, ob. cit., pág. 285.

³⁴ Porte Petit, Celestino, ob. cit., pág. 456.

En efecto, en la ley existen normas que obligan al ser humano a actuar de cierta forma y otras que le prohíben llevar a cabo determinada conducta; y junto a estos mandatos y prohibiciones, encontramos las causas de justificación, también plasmadas en la ley, las cuales originan un impedimento para que nazca la antijuridicidad respecto de una conducta típica.

"Las causas de justificación son aquéllas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica, representan un aspecto negativo del delito en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad".³⁵

Entre las principales causas de justificación encontramos las siguientes:

Legítima defensa.

La legítima defensa, consiste en la repulsa a una agresión antijurídica y actual, por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección.

El artículo 15 fracción IV, párrafo primero del Código Penal Federal, define a la legítima defensa:

³⁵ Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., pág. 181.

"Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende".

Tomando como base dicha definición, se han establecido los elementos de la legítima los siguientes:

- a).- Una agresión injusta y actual;
- b).- Un peligro inminente de daño, y
- c).- Una repulsa de dicha agresión.

El maestro Porte Petit, nos dice, que la legítima defensa se puede definir como: "El contra ataque o repulsa necesario o proporcional a una agresión injusta, actual o inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aún cuando haya sido provocada insuficientemente".³⁶

También la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que: "La legítima defensa, es la necesaria para rechazar un ataque antijurídico, actual dirigido al que se defiende o contra un

³⁶ Porte Petit, Celestino, ob. cit., pág. 501.

tercero, es decir, que el fundamento de ésta se caracteriza por el ataque actual y antijurídico".³⁷

Por lo anterior expuesto, consideramos que en el delito en estudio, no se puede presentar la legítima defensa, en virtud que la conducta descrita por el tipo penal es: "El que con fines lascivos asedie reiteradamente, valiéndose de su posición jerárquica...", y con dichas conductas es imposible que se trate de repeler una agresión actual e inminente, es decir, no son medios que permitan repeler una agresión.

Estado de necesidad.

El Estado de necesidad se puede definir como el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos y sólo puede evitarse la lesión, lesionando Bienes Jurídicamente Tutelados pertenecientes a otra persona.

La fracción V del artículo 15 del Código Penal vigente, contiene la causa de justificación en comento, misma que indica:

"Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el

³⁷ Porte Petit, Celestino, ob. cit., pág. 501.

agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo";

Consideramos que los elementos del Estado de necesidad son cuatro, a saber:

- a).- Que exista una situación de peligro real o inminente.
- b).- Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno)
- c).- Un ataque por parte de quien se encuentra en estado de necesidad, y
- d).- Que no exista otro medio practicable menos perjudicial.

En cuanto al estado de necesidad, el maestro Porte Petit nos dice: "Nos encontramos en éste, cuando para salvar un bien mayor o de igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley".³⁸

Por otro lado, Castellanos Tena señala: "La conducta de quien sacrifica un bien para salvar otro del mismo rango, es delictuosa, mas debe operar en su favor un perdón o una excusa".³⁹ Criterio el cual

³⁸ Porte Petit, Celestino, ob. cit., pág. 549.

³⁹ Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., pág. 266.

compartimos, pues el Estado no puede exigir el heroísmo, además la no exigibilidad sólo es relevante para evitar el merecimiento de penas, y no la culpabilidad.

Como ejemplo de Estado de necesidad lo es el aborto terapéutico, el cual se presenta como causa de justificación; ello lo vemos realizado en el caso de las menores de edad embarazadas que sufren de hipertensión (toxemia), la cual puede originar en la menor derrames cerebrales y originar la muerte de la misma y por ende del producto, en este supuesto el médico que practica dicho aborto no está realizando un ilícito, pues en este caso si bien se trata de dos bienes en conflicto, ambos jurídicamente tutelados, la vida de la madre y la vida del ser a concebir, se sacrifica el bien de menor valía.

Otro caso médico, de los muchos que pueden encontrarse, es el de los menores de edad o incapaces que sufren de ataques de epilepsia, enfermedad que debido a su naturaleza pone en peligro la vida de quien la tiene, y más peligroso aún resulta por la hipoxia que tal mal produce, consistente en la falta de oxigenación al cerebro; el tratamiento a seguir es el que consiste en suministrarle el psicotrópico fenobarbital, el cual entre otros efectos produce: disminución en tiempo e intensidad de los ataques epilépticos, y disminuye también la hipoxia, con tal tratamiento se salva o intenta salvar un Bien Jurídico ajeno consistente en la salud y en ocasiones la vida de quien padece tal enfermedad.

En ese orden de ideas, creo que ha quedado demostrado que el Estado de necesidad, como causa de justificación, no es posible se presente en el delito en estudio, toda vez que éste requiere de la reiteración de una conducta lasciva para su configuración.

El cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

La ley impone determinados deberes a los ciudadanos, ya sea en atención a los cargos públicos que ostentan, o bien en consideración a su carácter de ciudadanos. En cumplimiento de estos deberes pueden lesionarse bienes jurídicos diversos, pero como hay un interés primordial de la comunidad para que se cumpla con la ley y con los deberes que ésta impone, aquellos daños deben estimarse como justificados. Por lo que nuestro Código Penal vigente ha previsto esta situación en su artículo 15 fracción VI en los siguientes términos:

"La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro";

Esta causa de justificación hace referencia, principalmente a los individuos que poseen autoridad, aunque "pueden distinguirse dos situaciones, la primera consiste en los actos ejecutados en

cumplimiento de un deber resultante del empleo, autoridad o cargo público, que pesa sobre el agente, la segunda consistente en los actos ejecutados en cumplimiento de un deber legal que pesa sobre todos los individuos, por ser tales y no titulares de empleo, autoridad o cargo público, en uno y otro caso la acción está amparada por la ley y no es antijurídica".⁴⁰

El cumplimiento de un deber como el ejercicio de un derecho, no es dable que se presenten en el delito de hostigamiento sexual, ya que en ninguno de estos casos se podría dejar de existir la antijuricidad de la conducta típica descrita en el tipo en estudio.

D).- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.

La imputabilidad consiste en "La capacidad de querer y de entender en el campo del Derecho Penal".⁴¹

Conceptualmente -Vela Treviño- "La imputabilidad es la capacidad de autcdeterminación del hombre para actuar conforme con el

⁴⁰ Carrancá y Rivas, Carrancá y Trujillo, Código Penal Anotado, 11ª edición, México, 1985, pág. 11.

⁴¹ Castellanos Tena, Fernando, *ob. cit.*, pág. 218.

sentido, teniendo la facultad reconocida normativamente, de comprender la antijuridicidad de su conducta".⁴²

Carlos Creus indica: "No todos los sujetos tienen la misma posibilidad personal de comprender el carácter de la acción que realizan o para dirigirla. En algunos, esa posibilidad falta totalmente; en otros, decididamente limitada, y por las características propias de su psiquismo, ya por las circunstancias en que ese psiquismo se inserta al llevarse a cabo la acción. Es decir, mientras algunos sujetos son personalmente capaces de ser culpables, o sea, para actuar de tal modo que, en principio, libres, perfecta y plenamente formados en su mente, otros no lo són, o sólo lo son en medida mínima".⁴³

Estudiaremos a la imputabilidad como presupuesto del delito, ya que para que un sujeto realice una conducta delictiva, es necesario que éste sea imputable, es decir, que tenga capacidad de entender y querer en el campo jurídico penal. Para reunir la calidad de imputable deberá de ser una persona con desarrollo físico y psíquico normal.

El Código Penal en la fracción VII, del artículo 15, señala la inimputabilidad, al expresar:

⁴² Vela Treviño, Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad, pág. 18.

⁴³ Creus Carlos, Derecho Penal, Parte general, Tomo I, 2ª ed., Edit. Astrea, 1988, pág. 218.

"Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible".

El maestro Carrancá y Trujillo, afirma que una persona es imputable cuando "posea, al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstractas y requeridas por la ley para poder determinar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responde a las exigencias de la vida en sociedad". ⁴⁴

El jurista Castellanos Tena profundiza: "Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad intervienen 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 querer y de entenderse, de determinarse en función de aquello que conoce". ⁴⁵

⁴⁴ Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., pág. 218.

⁴⁵ Idem.

Resumiendo, todo sujeto imputable es responsable de su conducta, y si ésta se encuentra tipificada en la ley como delito, contrae la obligación de responder por ella, la responsabilidad del sujeto que comete una conducta descrita por la ley penal, consiste en el deber jurídico de dar cuenta a la sociedad por el ilícito que ha cometido y en todo caso repararlo, de alguna forma.

En el delito en estudio, y en todos los que la ley describe, el Sujeto activo deberá ser forzosamente imputable, porque de lo contrario no podrá ser culpable de su conducta en virtud de no ser responsable de sus actos, es decir, de no tener la capacidad de querer y entender lo antijurídico de su conducta desplegada.

El Sujeto activo del delito en comento, deberá ser imputable, pero puede presentarse el caso de que un menor de edad, pueda ser superior jerárquicamente de cierta persona y la hostigue sexualmente, aquí se encuadraría su conducta al tipo penal en estudio pero se daría la inimputabilidad, por el hecho de que los menores de edad son inimputables. (Ejemplo: en una relación doméstica).

Inimputabilidad.

En general, las causas de inimputabilidad son todas aquéllas que anulan en el sujeto su aptitud psicológica para delinquir, es decir, las que conllevan que no se cuente con la facultad de querer y

entender el resultado de su actuar ilícito; y que con ello la sociedad no le pueda hacer responsable de tal conducta.

La inimputabilidad es la ausencia de la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y para autodeterminarse.

Son los criterios biológico, psicológico y mixto, los que por minoría de edad en el primer caso o por perturbación de la conciencia pueden determinar las causas de inimputabilidad.

Del artículo 15 fracción VII del Código Penal Federal, se desprenden las causas de inimputabilidad, consistentes en los trastornos mentales transitorios y permanentes.

Quedan aparte de aquellas conductas o actos que habiendo sido queridos mientras el autor era imputable -y por tanto libres en el momento causal- se verifican cuando el agente no está ya en estado de imputabilidad, pues éstas conductas denominadas en forma unánime por la doctrina "libres en su causa", se integran de una conducta, una configuración típica, del nexos causal, cuando se trata de momentos que son el de la puesta de la causa y de la producción del resultado (se refiere la puesta de la causa al ponerse en estado inimputable).

En estos casos, se ha dicho, que en él, el sujeto satisface todos los requisitos para ser considerado imputable.

Así por ejemplo, el que estando bajo los efectos de una droga ya sea estupefaciente, psicotrópico o alcohol, por ingestión voluntaria y comete un delito, como el del caso en estudio, debe responder de dicha comisión.

Se ha hablado de estados de inconsciencia fisiológicos y patológicos. Los primeros integrados por el agotamiento, el sueño, el sonambulismo, el estado hipnótico y otros como el tic nervioso.

Es de indicarse que el estado pasional, como los celos, puede impulsar al sujeto a realizar hechos delictivos, y el problema radica en establecer si su imputabilidad ha sufrido menoscabo o sea disminución de su capacidad de comprensión del hecho y de su carácter ilícito, así como la libre determinación para su cometimiento, se trata indudablemente, de sujetos imputables quienes bajo el estado pasional no sufren trastornos de la mente, sino como indica Pavón Vasconcelos: "Trastornos de la actividad mental del sujeto, que podrían dar lugar a una perturbación de la conciencia, pues quien actúa bajo el impulso de la pasión no percibe en forma normal las circunstancias exteriores bajo las cuales actúa".⁴⁶

Los menores de edad, han sido considerados inimputables; al respecto Cuello Calón nos manifiesta: "Durante la infancia no existe la imputabilidad, durante la adolescencia debe presumirse la

⁴⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco, Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa, México, 1978. pág. 109.

irresponsabilidad como regla general, pero como el adolescente puede en ciertos casos poseer la conciencia de sus actos, es preciso examinar su grado de discernimiento de la comisión del hecho".⁴⁷

En efecto, en nuestro medio los menores de 18 años son inimputables y por lo mismo, cuando realizan comportamientos delictivos, es decir típicos, no se configuran los delitos respectivos. En nuestra legislación penal, debemos remitirnos al Código Civil para determinar hasta qué momento cronológico, se es considerado al individuo como menor de edad; tal ordenamiento jurídico nos expresa en el capítulo segundo del título décimo intitulado "de la mayoría de edad", en el artículo 646: "La mayoría de edad comienza a los dieciocho años".

E).- CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

Siguiendo un proceso lógico, una conducta será delictuosa, no sólo cuando sea típica, antijurídica, sino que además se requiere que dicha conducta sea culpable.

⁴⁷ Cuello Calón, Eugenio, *ob. cit.*, pág. 459.

De conformidad con el maestro Fernando Castellanos Tena, se considera a la culpabilidad, como "el nexa causal y emocional que liga al sujeto con su acto". ⁴⁸

Eugenio Cuello Calón dice: "Se considera culpable una conducta, cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor debe serle jurídicamente rechazada". ⁴⁹

Jiménez de Azúa dice: "Puede definirse a la culpabilidad, como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". ⁵⁰

Celestino Porte Petit, nos indica: "Es el nexa psíquico entre el sujeto y el resultado". ⁵¹

El Semanario Judicial de la Federación, sexta época, pág. 149, señala: "Para que una conducta antijurídica sea reprochable al agente culpablemente, es necesario que se acredite el nexa de causalidad que debe existir entre el comportamiento desplegado por el imputado y el resultado ulterior. Es decir, no basta que una conducta

⁴⁸ Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., pág. 232.

⁴⁹ Cuello Calón, Eugenio, ob. cit., pág. 290.

⁵⁰ Jiménez de Azúa, Luis, La Ley y el Delito, Edit. Hermes 1986, pág. 232.

⁵¹ Porte Petit, Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, pág. 49.

sea típica y antijurídica para que la misma sea reprochable el agente, pues para que ello sea así se requiere que éste sea culpable".

La culpa como elemento esencial del delito, reviste generalmente dos formas principales, que son a saber dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad a la ejecución del ilícito; así mismo se habla de una tercera forma de la culpa que es la preterintencionalidad.

El dolo.

Es cuando el agente conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla.

El Código Penal vigente, en el artículo 9º dice: "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización de hecho descrito por la ley....", con lo que se obtiene una fórmula de dolo, que recoge con singular claridad sus elementos, el intelectual, que requiere el conocimiento por parte del sujeto de los elementos típicos, y el volitivo o emocional, que estriba en querer o aceptar el resultado, comprendiendo, por tanto, el dolo directo y el dolo eventual.

En efecto, el dolo es la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito.

En ese orden de ideas, debemos distinguir los elementos del dolo, que son como ya dijimos líneas arriba:

1) Conocimiento por parte del sujeto de que realizará circunstancias que pertenecen al tipo, ejemplo: que va a lesionar a alguien, que la cosa es ajena, etc.

2) Querer o aceptar el resultado; consiste en la voluntad de la conducta de aceptar el resultado.

Se han reconocido principalmente cuatro formas de dolo:

I.- Dolo directo: es aquél en el que se presenta el resultado penalmente tipificado y se quiere; existe la voluntad en la conducta y en querer el resultado.

II.- Dolo indirecto: éste se presenta cuando el agente actúa con la certeza de que causará a otros resultados delictuosos, los cuales no persigue directamente.

III.- Dolo eventual: en éste se causa un resultado delictivo, con la posibilidad (que a diferencia del indirecto en el que existe la seguridad de ...) de que se ocasionen otros delitos.

IV.- Dolo indeterminado: éste se presenta de manera muy especial, en virtud de que consiste en aquella conducta que asumen las

personas sin el propósito de cometer algún delito, pero la conducta puede ocasionar uno o varios delitos.

culpa (imprudencia).

Para que exista la culpa o imprudencia, es necesario que la conducta sea consecuencia inmediata y directa de imprevisión, negligencia, impericia, irreflexión o descuido del agente, es decir, actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe, y puede prever la aparición del resultado lesivo. Si el agente aceptó la posibilidad de que se realizara un evento no querido, pero sí previsto, nos encontramos ante la presencia de un delito culposo.

En efecto, tal y como expresa el Semanario Judicial de la Federación, "La culpa es la falta de previsión de un acto previsible, en la que es cierto que hay ausencia de la voluntad consciente dirigida a la producción del resultado lesivo, pero en la que el agente aporta, mediante la omisión de un deber jurídico de cuidado, la causa decisiva de la producción del daño, al no hacer lo debido".⁵¹

Respecto de los elementos de la culpa, como forma de la culpabilidad, Castellanos Tena nos expresa: "Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito, ella constituirá el

⁵¹ Semanario Judicial de la Federación CXXX, pág. 1942.

primer elemento; en segundo término, que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero, que los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente; por último, precisa una relación causal entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido. Si el resultado es querido o aceptado, sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, se estarán en el caso de la imputación dolosa".³³

En efecto, los elementos de la culpa o imprudencia son:

A) que se ejecute voluntariamente una conducta, pero que esta conducta sea un hecho lícito; B) Que no se prevea el resultado dañoso y que sí haya sido posible evitar el resultado dañoso.

Para comprobar la culpa, es necesario comprobar la ausencia de la intención delictiva, la relación de causalidad entre el daño resultante y la conducta, y que el daño sea producto de una omisión o una actividad, necesaria para preservar un deber de cuidado, indispensable para evitar un mal.

Concluyendo: en el delito en estudio no es dable que se presente la culpa como forma de culpabilidad ya que la conducta de un hostigador sexual no se puede realizar por falta de cuidado, por negligencia o no previendo un deber de cuidado.

³³ Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., pág. 247.

El dolo, indiscutiblemente se presenta en la comisión del delito referido, ya que es la forma más común en la que el agente conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla, hostigando al ofendido.

Por lo tanto, no habrá cabida de que se presente la culpa en el tipo en estudio ya que tiene que ser doloso.

Ausencia de Culpabilidad.

La inculpabilidad constituye el aspecto negativo de la culpabilidad. La inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos de la culpabilidad: conocimiento y voluntad.

Son causas de inculpabilidad el error y la no exigibilidad de otra conducta.

El Error.

Tanto la ignorancia como el Error, expresa Pavón Vasconcelos, a quien seguimos en esta parte, "son actitudes psíquicas del sujeto en el mundo de relación, aunque con características diversas. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa; en tanto el Error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objetivo, cosa o situación, constituyendo un estado positivo, para los efectos del Derecho, sin embargo, los

conceptos se identifican, pues tanto vale ignorar como conocer falsamente." ⁵⁴

Castellanos Tena, define al Error como "un vicio psicológico que consiste en la falta de conformidad entre el sujeto cognocente y el objeto conocido tal como éste es en realidad". ⁵⁵

El Error de Derecho, regido por el principio de que la "ignorancia de la ley a nadie beneficia", quedó abandonado constituyendo ahora una excepción al Error de Hecho que comprende el Error de tipo y el Error de permisión.

El Error de hecho se divide en esencial y accidental, este último subdividido en aberratio ictus, aberratio in persona y aberratio delicti.

El Error esencial de hecho para tener efectos eximentes, debe ser invencible; de lo contrario deja subsistente la culpa, tal y como lo expresa el artículo 15 en su fracción VIII, incisos A) y B):

"Art. 15: Causas de exclusión del delito:

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

⁵⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal, pág. 443 y ss.

⁵⁵ Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., pág. 264.

- A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal, o
- B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta".

En concreto, en el Error esencial el sujeto o agente actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello, constituye el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.

El Error accidental no versa sobre circunstancias esenciales del hecho sino que recae sobre circunstancias secundarias del mismo.

Aberratio ictus: (Error en el golpe), éste se presenta cuando el resultado no es precisamente el querido pero sí equivalente a él.

Aberratio in persona: (Error en la persona), es cuando el error recae sobre la persona objeto del ilícito.

Aberratio delicti: (Error en el delito), se presenta cuando se ocasiona un suceso diferente al deseado.

Consideramos que en el delito en comento, es dable se presente la aberratio delicti, ya que es común encontrarse con personas que definitivamente aparentan mayor edad de la que en realidad tienen; siendo el caso de una persona que, valiéndose de su posición jerárquica, hostigue sexualmente a otra, en la creencia de que ésta es mayor de edad, se incurrirá en el error en el delito, esto es, se aplicaría el tipo de corrupción de menores.

La no exigibilidad de otra conducta.

La no exigibilidad de otra conducta se funda en cuanto se considera que se excusa el obrar del agente en función de que el Estado no puede exigir del sujeto que actúe conforme a Derecho en razón de las circunstancias que mediaron al transgredir o poner en peligro un bien jurídico.

Afirma Edmundo Mezger, que: "no actúa culpablemente la persona a quien no puede ser exigida una conducta distinta a la realizada".⁵⁶

Porte Petit al referirse a la causa de inculpabilidad que nos ocupa, ha dicho que: "Lo que no se puede negar, es que la no

⁵⁶ Porte Petit, Celestino, ob. cit., pág. 526.

exigibilidad de otra conducta obra un campo insospechado con una doble finalidad justiciera".⁵⁷

Debe precisarse como caso de no exigibilidad de otra conducta el Estado de necesidad cuando los bienes en conflicto son de igual valor, lo que debe de diferenciarse del Estado de necesidad cuando los bienes en conflicto son de distinta categoría, pues en el primer caso estamos en presencia de una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta y en segundo estaremos en presencia de una causa de justificación.

Señala la ley como casos de no exigibilidad de otra conducta los siguientes:

1) El estado de necesidad, cuando el bien sacrificado es de igual valor al salvado, comprendido en la amplia fórmula de la fracción V del artículo 15 del Código Penal, en la cual se alude en forma genérica al obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente.

2) La coacción o violencia moral (Bis compulsiva), denominada temor fundado e irresistible.

⁵⁷ Porte Petit, Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, pág. 55.

3) El encubrimiento en los términos a que se refiere el artículo 400 fracciones III (en lo relativo al ocultamiento del infractor), y IV tratándose de parentesco, cónyuge, concubinato y los que estén o se encuentran ligados al delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.

4) Aborto honoris causa, y

5) Aborto con causas sentimentales.

En el delito en comento, no se presenta ninguna causa de no exigibilidad de otra conducta.

CAPITULO III ELEMENTOS DEL TIPO.

A).- SUJETO ACTIVO.

El Derecho Penal, como el Derecho en general, no sanciona los propósitos, las simples intenciones de delinquir de los sujetos, en tanto no se exterioricen, si nunca llegan a manifestarse las ideas delictuosas, no habrá existido nada para el Derecho Penal; si las ideas llegan a tener alguna manifestación, entonces sí podrán ser materia de las leyes penales, ya sea en grado de tentativa, con carácter de amenazas o de otro delito plenamente tipificado.

"La fase subjetiva no tiene trascendencia penal, pues no habiéndose materializado la idea criminal, en actos o palabras, no llega a lesionarse ningún interés jurídicamente protegido. El Derecho regula relaciones entre personas y por ello el pensamiento no delinque, principio consagrado en la fórmula cogitationem poena patitur, recogida en el libro II de la séptima partida, en su título 31, que proviene de la más antigua tradición jurídica romana".⁵⁸

"La mera concepción de un delito concreto, el deseo de realizarlo y aun la determinación o el propósito que a ello se encamina, carece de relevancia jurídica puesto que el Derecho es un conjunto de normas de relaciones y tiende a conservar un orden social

⁵⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco, ob. cit., pág. 46.

eminentemente objetivo, que no se altera por lo que un sujeto piense o quiera mientras no se haga nada externo a satisfacer su deseo".⁵⁹

En el mismo sentido podríamos seguir citando, interminablemente, las opiniones en lo que respecta a la fase interna del delito integrante del intercriminis.

Es así como encontramos al Sujeto activo como elemento del tipo, el cual, como ya lo mencionamos anteriormente, es el sujeto que lleva a cabo la conducta delictuosa.

"Sujeto activo primario del delito, afirma Carrara, sólo puede ser el hombre, pues esencial para el delito es, que el hecho provenga de voluntad inteligente, la cual existe únicamente en el hombre".⁶⁰ Agrega Enrique Pessina: "Sólo en él se encuentra la unidad de conciencia y voluntad base de la imputabilidad".⁶¹

Para entender mejor al Sujeto activo podemos decir que es el que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice. Y se clasifica en cuanto a la calidad y puede ser común o

⁵⁹ Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México, 1960, pág. 435.

⁶⁰ Carrara, Francisco, Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte general, 11ª, De Palma, Buenos Aires, 1944, vol. I, pág. 51

⁶¹ Pessina, Enrique, Elementos de Derecho Penal, Traducción de Hilarión González Castillo, 4ª, Reus, Madrid, 1936, pág. 314.

indiferente cuando no se exige determinada calidad; esto es, que puede ser cualquier agente.

Cuando el tipo exige determinado Sujeto activo, se originan los llamados delitos propios, especiales o exclusivos, en virtud de que el Sujeto activo es en razón de propiedades jurídicas o naturales.

En orden al número de Sujetos activos, se dividen en individuales, monosubjetivos o de sujeto único. Esto es cuando el tipo puede realizarse por uno o más sujetos; plurisubjetivos, colectivos, de concurso necesario o pluripersonal, cuando el tipo requiere la intervención de dos o más personas.

Juan del Rosal, explica, que: "En la mayoría de las figuras penales, no se encuentra un destinatario fijo, los preceptos se dirigen a todos los que poseen capacidad penal".⁶² Como anota Mezger: "Los preceptos penales de la parte especial del Código, revisten de ordinario la forma: "El que haga esto o lo otro será castigado de ésta o de la otra manera", la palabra "el" de la ley, se refiere a todo el mundo".⁶³

⁶² Rosal, Juan del, Derecho Penal Español, Lecciones, 3ª, Aguirre, Torre, Madrid, 1960, pág. 311.

⁶³ Mezger, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Nueva edición revisada y puesta por Arturo Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Penal, Madrid, 1955, pág. 381.

Por lo que toca a la calidad del Sujeto activo, cuando la ley dirige la orden o prohibición "a todo el mundo", estamos en presencia de un delito en el que el sujeto es común o indiferente; no así, en los delitos a los que, Jiménez de Azúa denomina *delictum proprium*, en los cuales se exige una determinada condición jurídica en el Sujeto activo (militar, funcionario público); o un requisito de carácter profesional (médico, abogado); o una cierta relación de parentesco (padre, hijo); o calidades naturales, fisiológicas o políticas, etc., (hombre, nacional, extranjero, embarazada). Se trata de una restricción al principio general de que cualquiera puede ser autor de un delito, pues la posibilidad de ser autor se encuentra limitada a un determinado círculo de personas".⁶⁴ Nos encontramos en estos casos, ante los delitos de sujeto propio, particular, especial o exclusivo.

"En el Sujeto activo, expone Salvagno Campos, se pueden encontrar circunstancias fundamentales, que poseen consecuencias diferenciales para la responsabilidad y la creación de los diversos delitos; así, tenemos la edad requerida, sin la cual el protagonista que no haya cumplido dieciocho años quedará exento de la pertinencia de la sanción común penal, siendo inimputable; respecto del sexo del individuo, en los delitos sexuales, nadie puede negar su importancia, en la seducción engañosa como en el delito de estupro, sólo la comete el hombre, nunca la mujer; el homicidio cuando exige una relación de parentesco, adquiere carácter especial con el título de parricidio, si

⁶⁴ Jiménez de Azúa, Luis, El Criminalista, 2ª, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, Título II, pág. 801.

el Sujeto activo estaba ligado al pasivo con ese vehículo; la calidad es de gran trascendencia, por ejemplo, si el particular que en provecho o en el de un tercero, invierte una cosa depositada en él, comete sólo apropiación indebida, si es funcionario público, y tiene el depósito por razón de su cargo, comete peculado".⁶⁵

Las cualidades exigidas en un tipo, respecto al Sujeto activo podrán ser de carácter: natural, social, social y jurídico o solamente jurídico.

Ballve Pallise resume sus ideas, con relación a lo que denomina "elementos altamente personales del tipo", en la siguiente forma:

En los delitos formales los elementos del tipo son altamente personales, indudablemente no podrá decirse que atraviesa por lugar prohibido aquél que hace pasar por dicho lugar, a un niño o a un loco; por el contrario, en los delitos materiales cuyo núcleo se localiza en el resultado y no en la acción, todo lo que sigue a ésta, puede efectuarse por un tercero, refiriendo el autor citado las siguientes hipótesis de excepción:

I.- Hay resultados que implican una relación personal del autor mismo. El estafador se ha de apropiar personalmente la cosa.

⁶⁵ Campos, Salvagno, Curso de Derecho Penal, Parte especial, Talleres "33", Montevideo, 1946, vol. I, pág. 52.

II.- Los elementos son también personales cuando no son resultado sino medio de acción. El robo con escalo, ha de efectuarse personalmente.

III.- Es personal determinada calidad del Sujeto. Como los delitos que cometen los funcionarios públicos.

Concluye Ballve, que la importancia técnica de los elementos personales radica en que la ausencia de ellos, implica carencia de tipo y, con ello, inexistencia de delito o del delito en cuestión. ⁶⁶

Por el número de Sujetos activos que intervienen en el delito según el propio modelo legal, pueden ser presentados por un sólo Sujeto. Por ejemplo, el homicidio, el robo, etc. Estos delitos se dicen de Sujeto Único o monosubjetivos. Para juzgar si un delito es monosubjetivo es necesario hacer referencia a su hipótesis abstracta, la cual establece si el hecho, que se encuentra descrito, está previsto como realizable por una sola persona.

Por el contrario, aparecen los delitos que pueden ser perpetrados solamente con la cooperación de varios sujetos, que la ley considera como punibles. Por ejemplo el duelo, el adulterio, la bigamia, etc. Estos delitos se dicen de varios sujetos o plurisubjetivos. También para juzgar si un delito es plurisubjetivo es

⁶⁶ Ballve Pallise, Faustino, Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito, México, 1951, págs. 42 y 43.

necesario hacer referencia a su hipótesis abstracta, a cuya previsión legal importa la necesaria cooperación de varias personas, de las cuales varias veces se encuentra establecido también el número.

Por la relevancia jurídica que presenta cada una de las conductas, los delitos plurisubjetivos pueden ser: delitos plurisubjetivos en sentido amplio y delitos plurisubjetivos en sentido estricto o propio.

Remo Pannain define los delitos plurisubjetivos en sentido amplio, diciendo que: "Son aquéllos, que no pueden configurarse jurídicamente sino con el concurso de varias actividades (punibles o no punibles todas), y no solamente aquéllos que por la configuración material requieren la intervención de varias personas".⁶⁷

Los delitos plurisubjetivos en sentido estricto, expone con razón Filippo Grisogni: "Son aquéllos en los que todas la diversas conductas son castigadas, presentándose como recíprocamente necesarias para la existencia del delito, de modo que, las conductas criminosas se dan correlacionadas".⁶⁸

⁶⁷ Pannain, Remo, Manual de Derecho Penal, Parte general, Roma, 1942, pág. 550.

⁶⁸ "El Delito Plurisubjetivo", Trad. de Celestino Forte Petit, Revista Jurídica Veracruzana, Xalapa, Veracruz, T. I., mayo y junio de 1959, número 3, pág. 224.

Concluyendo, podemos afirmar que: El Sujeto activo en el delito en estudio es calificado; en orden al número de Sujetos activos que pueden realizar el tipo en estudio serán, individuales, monosubjetivos o de Sujeto único.

Requiere de calidad el Sujeto activo, ya que dicho tipo dice: "Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera que implique subordinación...", tal expresión señala calidad sobre la persona que comete el ilícito, toda vez que existe una superioridad jerárquica sobre un trabajador o empleado.

El Sujeto activo será individual, monosubjetivo o de Sujeto único, ya que el tipo en estudio en su hipótesis abstracta no señala que el hecho que ocasiona el delito, sea realizable por más de dos personas.

B).- SUJETO PASIVO.

Al Sujeto pasivo lo hemos definido como la persona o personas que reciben el daño al cometerse algún delito.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Generalmente los tipos no hacen descripción del Sujeto pasivo; se dice entonces que el delito es impersonal, esto es, que la protección se hace sin distinción alguna.

No así en los delitos personales, en los que el tipo limita su protección por medio de calidades atribuidas al Sujeto pasivo. Es indudable que el delito de estupro, de acuerdo con nuestro Código Penal, sólo podrá sufrirlo una persona mayor de doce años y menor de dieciocho, y además obteniendo su consentimiento por medio de engaño.

"Las leyes exigen, en unos casos, para la configuración de una figura legal, modalidades concretas al Sujeto pasivo (sexo, edad), o ciertas condiciones (consentimiento), que produce un tipo privilegiado de aborto y distingue el estupro de la violación".⁶⁹

En cuanto al Sujeto pasivo, Salvagno Campos expone que todo delito constituye una lesión a Bienes Jurídicos Tutelados penalmente y atribuidos forzosamente a alguna entidad o persona que, como protagonista de la infracción, representa el papel de Sujeto pasivo de la misma; es conveniente, no incurrir en la confusión de identificar el Sujeto pasivo con la víctima material del delito. Atinadamente aclara el autor, Sujeto pasivo es, jurídicamente tan sólo el titular del interés o bien protegido penalmente y víctima material del delito es aquélla que soporta el daño, también material del mismo, aunque no

⁶⁹ Jiménez de Azúa, Luis, Tratados de Derecho Penal, 2ª, Losada, Buenos Aires, 1958, Título III, pág. 91.

representa el papel del mismo titular; ciertamente en la mayoría de los casos, ambas situaciones protagónicas se superponen; pero no siempre sucede así, si alguien incendia mi casa, destruyéndola por medio del fuego, puede haber quedado en peligro, por ejemplo, las vidas y los bienes de los que tenían sus viviendas cercanas a la mía, tal hipótesis se considera como un delito contra la seguridad pública; Sujeto pasivo son todos los que, como representantes de la sociedad, considerada universalmente, se encontraron en peligro, lo mismo que yo como miembro y representante de esa sociedad, en cuanto sufrí jurídicamente, como tal, ese daño; pero como propietario del bien destruido, únicamente puedo invocar mi calidad de víctima material, ya que el incendio para nuestra ley, es en exclusiva, un delito consagrado jurídicamente para la tutela penal de la seguridad pública y no de la propiedad.

De igual manera, para Salvagno Campos, "si un funcionario público comete el delito de peculado, apoderándose del dinero que le ha sido confiado por virtud de su función, y dicho dinero pertenece a un particular, éste no será el Sujeto pasivo, sino el Estado que es el encargado de la administración pública, que es el Bien Jurídico protegido, el particular es la víctima material del delito".⁷⁰

Admite Carrara como Sujetos pasivos, aun cuando no son inteligentes: "El feto en el claustro materno, el infante, el demente y el hombre dormido, porque están dotados de derechos que la ley

⁷⁰ Campos, Salvagno, *ob. cit.*, pág. 56.

defiende, aun cuando el derecho no sea conocido por quien lo posee, o la ofensa, por quien la recibe; el mismo autor refiere que: "Sobre el cadáver, siendo una cosa, y por tanto carente de sensibilidad, puede recaer un delito, cuando ofende la ley que los tutela, por una consideración a los familiares, a la religión, a la moral o a la salud pública, pues también sobre las cosas puede recaer el delito, cuando entre ellas y los hombres existen lazos generadores en éstos de un derecho, como es el derecho de que no se infame malignamente la memoria de sus parientes, aunque éstos ya no se encuentren entre los vivos". ⁷¹

Sujeto pasivo para Salvagno Campos, "puede ser: A) Un particular, cuando el bien jurídico atacado es individual, por ejemplo, la salud corporal o mental, en las lesiones; B) La sociedad en general, cuando la perturbación del orden jurídico alcanza sólo a las condiciones generales de la vida colectiva, como lo es la exhibición pornográfica, y C) El Estado, como entidad máxima de Derecho, con necesidad de garantizar la efectividad de los fines primordiales que le son atribuidos, cuando éstos son transgredidos, tal es el caso de la revelación de secretos oficiales". ⁷²

El Sujeto pasivo de delito no es lo mismo que el Objeto material, sin embargo con gran frecuencia encontramos que puede coincidir.

⁷¹ Carrara, Francisco, ob. cit., págs. 54 y 55.

⁷² Campos, Salvagno, ob. cit., pág. 57.

El Sujeto pasivo del delito en estudio, requiere de calidad ya que dicho tipo dice: ".....valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación.....", de la lectura se desprende que señala calidad de la persona agraviada, es decir, el Sujeto pasivo no puede ser común e indiferente toda vez que debe encontrarse subordinado con el Sujeto activo.

Para que exista el delito de hostigamiento sexual, el Sujeto pasivo deberá tener una relación laboral, ya sea como empleado o como trabajador doméstico, hacia el hostigador el cual tendrá mando laboral sobre aquél; y en cuanto a una relación docente, ésta se entiende entre un profesor y un alumno, éste último como Sujeto pasivo.

C).- BIEN JURIDICAMENTE TUTELADO.

Bien Jurídicamente Tutelado o "Bien Jurídico Penalmente Tutelado, es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, en cuya conservación está interesado el Estado, revelando su interés mediante la tipificación de conductas que la afectan". ⁷³

Dicho concepto de Zaffaroni, con el cual estamos de acuerdo, identifica a los Bienes Jurídicos por los objetos con que el individuo

⁷³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, ob. cit., pág. 224.

se relaciona. Así se habla del patrimonio, de la vida, de la salud, etc. Es decir, el Bien Jurídico, es la disponibilidad que el individuo tiene de esos objetos, los cuales pueden ser afectados por una conducta típica, antijurídica y culpable.

De la lectura del título decimoquinto del Código Penal reformado, se podría deducir que los Bienes Jurídicos Tutelados, lo son, la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

A su vez en el dictamen y debate llevado a cabo en las Cámaras con motivo de la iniciativa de incorporación al Código Penal del delito de que se trata, se advierte que los Bienes Jurídicos Tutelados radican en una protección a la tranquilidad y equilibrio emocional en el desarrollo de las relaciones laborales, así como la salvaguarda de la integridad y de la autodeterminación sexual de las personas.

Al respecto consideramos que la libertad sexual no es el Bien Jurídico Tutelado en el tipo legal que se analiza, toda vez que éste ya se encuentra protegido en el artículo 265 del Código Penal que prevé el delito de violación en los siguientes términos:

Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

Se sancionará con prisión de uno a cinco años al que introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido. ⁷⁴

En este sentido existe consenso unánime entre lo postulado por la doctrina y lo sostenido por la Suprema Corte de Justicia.

Nos encontramos dentro de los que opinan que el Bien Jurídico que se tutela en el tipo legal de violación transcrito anteriormente, la opinión de Manfredini que dice: "El Bien Jurídico protegido por la norma, es el derecho de la libertad de la disposición carnal". ⁷⁵ Opinión sostenida en el mismo sentido por Saltelli y Romano Di Falco, quienes manifiestan que se tutela el Bien Jurídico de la libertad sexual relativo a la inviolabilidad carnal.

Dentro de los autores mexicanos mencionaremos la opinión del maestro Celestino Porte Petit, el cual considera también que el Bien Jurídico que se protege en la violación es la libertad sexual, "Consistente en la libre disposición del propio cuerpo en las relaciones sexuales dentro de los límites señalados por el Derecho y la Costumbre.

⁷⁴ Ob. cit., pág. 98.

⁷⁵ Porte Petit, Celestino, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, 1ª edición, Ed. Litografía Regina de los Angeles, México, 1966, págs. 33, 37.

Por su parte, la Suprema Justicia de la Nación establece en su jurisprudencia que:

Violación: Existencia del delito de.

El Bien Jurídico que tutela el tipo delictuoso de violación, está constituido por la libertad sexual y no por la castidad y la honestidad que son elementos constitutivos del estupro, pero no de la violación.

S.C., Tesis relacionada, 6ª época, T. XIII, p. 170.

Violación: carácter del Sujeto pasivo, relevante en el delito de.

En el delito de violación el Bien Jurídico protegido es la libertad sexual, por lo que el hecho de que las ofendidas sean mujeres galantes, no faculta al Sujeto activo para obtener los servicios de la misma por medio de la violencia, y aun cuando con posterioridad se dé dinero a las víctimas, ese hecho no purga la falta de voluntad de las mismas por realizar los actos configurativos del delito referido.

Séptima época, 2ª parte: vols. 133-138 p. 211.

A.D. 2540/79. Francisco Reyes Mora. 5 votos.

El normal desarrollo psicosexual tampoco es el Bien Jurídico Tutelado en la hipótesis que se analiza, dado que al igual que la libertad sexual, encuentra protección en la norma penal contenida en el artículo 266 del propio Código Penal, relativo al delito de violación impropia o equiparada, al tenor de los siguientes términos:

Se impondrá la misma pena a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad o que por cualquier CAUSA no tenga la posibilidad para resistir la conducta delictuosa. Si se ejecutare violencia la pena aumentará hasta en una mitad.⁷⁶

Del artículo anterior, se infiere que de la práctica de relaciones sexuales con persona que no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en éstas, ya que carece de consentimiento válido para la ley y podrían alterar su libre desarrollo sexual al ser victimado por esta conducta.

También la Suprema Corte de Justicia establece la trascendencia de la edad del ofendido. Si bien es verdad que la edad de una persona es difícil de probar por su aspecto exterior, puesto que en su desarrollo actúan factores individuales telúricos y sociales, y que la pubertad o impubertad varía según los climas y las condiciones humanas, resultando por ello un problema psicofisiológico más que

⁷⁶ Ob. cit., págs. 89-90.

jurídico, también lo es que la duda sobre ella en caso de existir, en tratándose de delito sexual no puede disminuir la responsabilidad criminal del agente activo del mismo, ni menos eliminarla, porque sólo tal acto sexual constituye un ataque a la extrema gravedad para quien lo resiste, por las tremendas consecuencias que originan en la moral del menor, en su vida corporal y en su psiquis, sino también porque perjudican preeminentemente el derecho contra la persona, que lo mismo sufre y padece con atentados cometidos contra la integridad de su vida material o de su salud, que con atentados cometidos contra la integridad de su vida moral. (Boletín de información judicial, Año IV, Núm 33, México, D.f., 1º de abril de 1948, p. 100).

De lo anterior se deduce que el Bien Jurídico protegido es el normal desarrollo psicosexual que se encuentra protegido en el delito de violación equiparada o impropia.

En lo que se refiere al Derecho del Trabajo, cuyo fundamento está contenido en el artículo 123, en su apartado A Fracción III, establece que: queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de catorce años de edad.

Además la Ley Federal del Trabajo en su Título Quinto Bis "El trabajo de los menores" establece las disposiciones especiales para aquellos trabajadores que se encuentran dentro de las edades comprendidas entre los catorce y dieciséis años de edad. Por lo que se deriva que de las normas establecidas en el Constitución y lo señalado

por la Ley Federal del Trabajo, se establece la misma imposibilidad de trabajar para aquellos sujetos que sean menores de doce años de edad; concluimos que en la hipótesis prevista para el estudio del hostigamiento sexual, no son posibles las relaciones de trabajo para menores de doce años, por lo que no se pueden dar en este tipo delictivo como Bien Jurídico protegido el libre desarrollo psicosexual del individuo.

Así mismo, si bien es cierto que el razonamiento de los legisladores con motivo del estudio del tipo que se analiza consideraron que lo que se pretende proteger lo es el equilibrio emocional en el desarrollo de las relaciones laborales por parte del Sujeto pasivo, no menos cierto lo es que tal situación resulta demasiado genérica, porque existirían otros supuestos en los cuales también supondrían una protección de dicho equilibrio emocional en el desarrollo de las relaciones de trabajo, como lo podrían ser el asedio no sólo de carácter sexual, sino también de carácter personal o que responda a intereses egoístas por parte del activo.

En nuestra opinión consideramos que el Bien Tutelado radica en una protección a la seguridad emocional del pasivo a desarrollar eficientemente sus actividades propias de la relación laboral que está obligado a desempeñar, derivado de la relación laboral respectiva. En efecto, cuando a una persona se le asedia reiteradamente y con fines lascivos por parte de su superior jerárquico y con motivo de las relaciones laborales que los unen, se advierte que el Sujeto pasivo es

constreñido en su ánimo de desempeñar sus labores con la seguridad de hacerlo eficientemente, motivado precisamente por el constante asedio lascivo del superior al que está obligado a obedecer en virtud de su relación de subordinación.

Esto no sólo lo derivamos del propio tipo que se analiza sino también de lo previsto en la ley Federal de Trabajo que define la relación laboral en su artículo 20 que establece que: "Se entiende por relación de trabajo, 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".

Además, este asedio está encaminado a fines lascivos o sea que estén dirigidos a una lujuria sexual o apetito carnal por parte del Sujeto activo, valiéndose el primero precisamente ante su posición jerárquica y la obligación de obediencia a cargo del que sufre el hostigamiento sexual.

D).- OBJETO MATERIAL.

El objeto material consiste en la persona o bien sobre el cual recae el daño o peligro, por lo que se puede afirmar que el objeto material se identifica con el Sujeto pasivo del delito.

Tanto el Objeto jurídico como el Objeto material comprende lo que es el Objeto del delito. "El Objeto jurídico o según la terminología italiana la objetividad jurídica, comenta Juan del Rosal, se forma por un objeto irreal, de indiscutible repercusión sistematizadora e interpretativa; por el contrario, el Objeto de ataque, integra el mundo real, y es el objeto sobre el que se dirige la acción; el Objeto de protección penal del tipo, lo constituyen la persona en el homicidio, la cosa en el hurto; mientras que la vida o la propiedad son las entelequias u objetividades jurídicas integrantes del llamado Bien Jurídico". ⁷⁷

Ballve Pallise clasifica a los delitos desde el punto de vista del objeto, exponiéndolos en la siguiente forma:

Delitos con Objeto atacado en los que puede exigirse que dicho objeto sea lesionado (lesiones, daños; delito material); se ponga solamente en peligro (delito material, en el cual el Estado de peligro es la consecuencia típica); se ataca sin necesidad de lesión ni peligro (delito formal como es el desacato a los agentes de la autoridad).

Cuando clasifica a los delitos sin Objeto atacado expresa que éstos pueden ser: formales (falso testimonio) y materiales (exportación o importación prohibida).

⁷⁷ Rosal, Juan del, Derecho Penal Español, Lecciones, 3ª, Aguirre, Torre, Madrid, 1960, pág. 314.

El autor que nos ocupa, claramente dice que no debe confundirse el Objeto atacado con el Objeto gramatical, que sólo tiene que ver con el tipo de que forma parte, pero no sirve para la clasificación de los tipos, ni tampoco con el Objeto protegido que pueda ser o dejar de ser idéntico con el atacado, perteneciendo al mundo de la valoración y no al de la descripción.⁷⁸

Concluyendo, diremos que el Objeto material consiste en la persona o bien sobre el cual recae el daño o peligro. Así por ejemplo, en el delito de homicidio el Objeto material es el occiso, mientras que en el delito en estudio, el Objeto material es la persona hostigada sexualmente, es decir, que a través de ese asedio reiterado y con fines lascivos por parte del activo sobre el pasivo, valiéndose el primero de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, domésticas o docentes entre ambos, se cause un perjuicio o daño al que sufre el hostigamiento sexual.

E).- PUNIBILIDAD.

Dentro de las opiniones de los doctrinarios, uno de los aspectos de mayor discusión lo ha sido la Punibilidad. En efecto, algunos la consideran como elemento del delito, y otros le atribuyen la característica de ser una consecuencia del mismo. Nosotros nos

⁷⁸ Ballve Pallise, Faustino, Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito, México, 1951, pág. 41.

adherimos al punto de vista de los que consideran a la pena y a la punibilidad, como una consecuencia del delito.

Carrara afirma que: "...al definir al delito como infracción de la ley sancionada, se llega a admitir que aun una acción eminente, malvada y nociva pueda no ser un delito en el Estado en que ninguna ley lo prohíba; y que, en cambio una acción inocentísima se convierte en delito por el capricho de un legislador bárbaro al que le vino en gana declararla como tal".⁷⁹

Manzini explica que: "El delito y pena son ciertamente términos correlativos, pero distintos; de manera que la sanción no es un elemento del delito, sino por el contrario, un elemento extrínseco en el cual se concreta la responsabilidad penal de aquél que ha cometido un delito".⁸⁰

Mezger tampoco considera la punibilidad como elemento del delito, definiendo éste como: "La acción típicamente antijurídica y culpable".⁸¹

⁷⁹ Carrara, Francisco, Programa de Derecho Criminal, Tomo II pág. 34.

⁸⁰ Manzini Vicenzo, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, págs. 4 y 5.

⁸¹ Mezger Edaundo, ob. cit., pág. 156.

Por su parte Luis G. Cabral, sostiene que: "El delito como acción adecuada a un tipo penal antijurídica, culpable y sancionada con una pena", incorporando así esta última al concepto de delito".⁴²

Por nuestra parte, consideramos que la pena no es un elemento del delito, sino que es una consecuencia del mismo, y entendida ésta como la confirmación de la realización de los elementos esenciales del delito.

Los tipos de pena son: contra la vida, contra la libertad, pecuniarias y contra ciertos derechos.

En el delito en comento, se dan dos tipos de pena, la pecuniaria (que es de hasta cuarenta días multa), y la destitución del cargo, si el hostigador fuese servidor público.

Excusas absolutorias.

"Las excusas absolutorias constituyen el aspecto negativo de la punibilidad".⁴³

⁴² G. Cabral, Luis, Compendio de Derecho Penal, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pág. 249.

⁴³ Porte Petit, Celestino, ob. cit., pág. 738.

"Excusa absolutoria, que importa la supresión la pena".⁸⁴

Castellanos Tena indica: "Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena".⁸⁵

Dentro de las excusas absolutorias encontramos las siguientes:

A) Excusa en razón de la conservación del núcleo familiar, esto comprende, el robo entre ascendientes y descendientes, lo cual produce responsabilidad penal, pero sólo se podrá proceder contra los autores a petición de los agraviados.

B) Excusa en razón de mínima temibilidad. Se refiere a que el valor de lo robado no pase de 20 veces el salario mínimo, sea restituido por el ladrón espontáneamente o pague los daños y perjuicios, antes que la autoridad tome conocimiento; el fundamento de esta excusa se basa en que la restitución espontánea es muestra de arrepentimiento.

⁸⁴ Capitant Henri, Vocabulario Jurídico, Editorial La Palma, Buenos Aires, 1986, 2ª ed., pág. 268.

⁸⁵ Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., pág. 276.

C) Excusa en razón de la maternidad consciente, se exime de la pena cuando el producto de la concepción muere cuando es consecuencia de la conducta imprudente de la propia mujer embarazada.

Dentro del tipo en estudio no es dable que se presenten las excusas absolutorias.

Condiciones Objetivas de Punibilidad.

Si la Punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de una determinada conducta, entonces esa determinada conducta, es punible cuando se hace acreedor de la pena: tal merecimiento acarrea la conminación legal de la aplicación de esa sanción.

Las condiciones objetivas de penalidad o punibilidad, no son elementos esenciales del delito en cuanto a que no concurren en todos los delitos.

Las condiciones objetivas de punibilidad son aquellas características o requisitos procesales sin los cuales no se puede sancionar una conducta.

Castellano Tena al tocar el tema que nos ocupa, expresa: "Las condiciones objetivas de penalidad precisa que no son elementos esenciales del delito, ya que si las contiene la descripción legal se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo: si faltan en él,

serán meros requisitos ocasionales, y por ende, accesorios o fortuitos". Agrega que: "No está delimitada con claridad su naturaleza y que se le confunde con los requisitos de procedibilidad". Afirma que "son definidas como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación".⁸⁶

La condición de procedibilidad entra a condición de punibilidad; por lo tanto, los delitos perseguibles por querrela están condicionados a que el ofendido solicite la persecución como consecuencia del agravio o daño recibido por parte del Sujeto activo.

Por lo que concluimos que las condiciones objetivas de punibilidad no se presentan en el delito de hostigamiento sexual, ya que el legislador no las contempla.

⁸⁶ Ibidem, pág. 277 y 278.

CAPITULO IV ANALISIS CRITICO DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

Un principio arraigado en el Derecho Penal, es el relativo a que la intervención jurídico penal ha de ser considerada como el último recurso, aquél al que se acude cuando resultan ineficaces o insuficientes otras formas jurídicas o extrajurídicas.

Así se hacen reflexiones los penalistas de si, "merece" determinado bien la protección, más aún tratándose del Derecho Penal Sexual, que para muchos debe mantener ciertas conductas a nivel exclusivamente contravencional, inclusive algunos mencionan que muchas de las conductas sexuales no alcanzan el carácter de nocividad sexual.

Creemos que a la luz de una adecuada política criminológica, para criminalizar o no una conducta, debe tomarse en consideración además de la nocividad social, los efectos adicionales o complementarios que beneficien o perjudiquen con la punición que conlleve esa conducta.

Y es claro pensar que la decisión de criminalización también va entrelazada a la función que se le pretenda dar al Derecho Penal.

Merece protección el Bien Jurídico de la libertad sexual que protege el hostigamiento, debido a que por desgracia la violencia sexual se ha institucionalizado y las prácticas de acoso reiterado son

utilizadas como formas de control informal, que irrumpen la estabilidad de la víctima, proceso que si no se interrumpe en forma temprana, genera una cadena creciente que culmina en daños mayores (otros delitos sexuales).

Si reflexionamos en torno a los efectos adicionales que desencadena la punición de este delito, veremos que es positiva como medida de prevención, ya que la denuncia genera un notable cambio de actitud del victimario, como de los actores sociales del entorno que rodea a la víctima.

A).- ANALISIS DEL TIPO.

Entendemos al tipo como una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos.

El tipo de hostigamiento sexual, según lo establece el artículo 259 Bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, contiene los siguientes elementos:

1) Deber Jurídico Penal.

Un deber jurídico penal consiste en el mandato categórico de abstenerse de asediar reiteradamente a una persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, causándole un daño o perjuicio.

2) Bien Jurídico.

En este tipo, el bien jurídico en términos genéricos, radica en la protección a la seguridad emocional del pasivo al desarrollar eficientemente sus actividades propias de la relación laboral que está obligado a desempeñar derivadas de la relación de trabajo respectivo.

La protección a la seguridad emocional del pasivo, se manifiesta en la facultad de elegir el mantener con otros contactos o relaciones sexuales, y la oportunidad en la capacidad psíquica del individuo para válidamente expresar su voluntad en orden a los indicados contactos o relaciones. Se protege la libertad tanto afectiva como potencial. Específicamente, protege el interés individual y colectivo de establecer un límite en la espontánea interacción entre identidades, en donde, la sexualidad es su expresión esencial.

El bien es la asunción a una norma mínima de conducta, que permita la autorrealización humana, en el ámbito sexual.

3) Sujeto Activo.

La persona que puede concretizar el específico contenido semántico del tipo, es aquél que posea respecto del pasivo una relación jerárquica, independientemente de su sexo. Esto es, se establece una calidad específica en el tipo. El autor material único, que puede cometer este delito, será el que posea jerarquía sobre su víctima.

La calidad en el Sujeto activo, que en este caso es la relación jerárquica superior, permitirá concretizar el tipo.

También es posible que alguna circunstancia personal del Sujeto activo, no sólo sea constitutiva del tipo, sino adicionalmente elemento que determine una circunstancia agravante, tal es el hecho en el que el activo sea servidor público, cuya conducta será agravada cometiendo el hostigador a recibir una punibilidad adicional.

4) El Sujeto Pasivo.

Es el afectado por la conducta típica. Este puede ser varón o mujer de cualquier edad y para ser Sujeto pasivo debe reunir la condición de subordinado.

5) Conducta.

El proceder finalístico del hostigador es el asediar con fines lascivos; esto es, con el objeto de satisfacer un deseo sexual.

"De acuerdo con el diccionario de la Real Academia, hostigamiento viene a ser sinónimo de persecución. Ahora bien, donde el agente ejerce una presión en contra de la víctima, valido de ciertas circunstancias que le permiten doblegar la voluntad de ésta".

El sujeto conoce y quiere asediar, y lo hace en forma reiterada. No es un acontecer causal, es "final" y repetitivo; para adecuarse al tipo se requiere que la conducta se repita más de una ocasión.

Se trata de una voluntad dolosa, ya que se conoce el hecho, la significación del mismo y se ha admitido en su voluntad el resultado. Hay el conocimiento del injusto, es decir, de la dañosidad social de un querer y obrar concreto.

6) Resultado Material.

Es el efecto natural de la acción, que en este caso es un daño o perjuicio a la víctima, cuya naturaleza no está determinado el tipo, para lo cual debemos recurrir a la parte general del código en el que se nos especifica, qué se entiende por un daño y por perjuicio; y será necesario que la víctima lo acredite frente al Ministerio Público cuando inicie la averiguación previa correspondiente; por ejemplo, constancias de despidos laborales injustificados, medidas de apremio sin fundamentación, dictámenes psicológicos que muestren alteración emocional, negaciones de períodos vacacionales, gastos hechos por tratamiento que requirió hacerse la víctima, etc.

En ocasiones este delito se realiza acompañado de violencia física o moral, presentándose el concurso con otros delitos como amenazas y lesiones.

No debe confundirse el resultado formal, con la lesión al Bien Jurídico.

En este caso, el daño será el detrimento causado dolosamente a la víctima en forma directa, el cual puede ser material, y/o el daño moral causado en sus sentimientos, honor y condición social o laboral, producido por el hecho dañoso. Y los perjuicios son las ganancias ilícitas que deja de obtener la víctima, o deméritos o gastos que se ocasionan por el acto, lo cual debe indemnizarse.

7) Referencias de Ocasión.

Son las situaciones especiales generadoras de riesgo para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado. Se establecieron en este tipo modalidades típicas sólo en el caso de ser la conducta realizada por servidor público, cuando utilice el activo los medios o circunstancias que el cargo le proporcionan, para realizar el delito.

B).- CONDICIONES DE OPERATIVIDAD PARA LA COERCION.

Es frecuente encontrar en algunos tipos penales que el legislador establece condiciones extraordinarias que deben cumplirse para operativizar la coerción penal; en este tipo tenemos dos, una de carácter legal y otra procesal.

La primera es el requisito que se estipula en el penúltimo párrafo del tipo, que dice: solamente será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño, esto se estableció con el fin de limitar la instancia penal a casos susceptibles de prueba, en donde hay una afectación a la víctima real.

Y, la segunda es una condición procesal, establecida en el último párrafo de la descripción típica a que hace referencia el artículo 259 Bis, que indica: sólo se procederá contra el hostigador, a petición de parte ofendida.

Esta última condición se estableció usando dos fundamentos: el primero, el *strepitus fori* que puede causar el proceso y que es susceptible de agravar la lesión sufrida por la víctima, argumento válido para todo el capítulo de los delitos contra la libertad sexual; y el segundo, por el eventual daño moral que puede sufrir la víctima con la renovación de sus vivencias desagradables.

C).- PUNIBILIDAD.

Esta es una privación o restricción de un bien del autor del delito, que en el hostigamiento es multa; con un límite máximo de 40 días como criterio de individualización judicial.

Podrá parecer muy leve la punibilidad, pero debe ser acorde a las funciones que persigue el tipo, que en este caso no es retributiva, sino de prevención general y especial, además debe guardarse una proporción coherente con las escalas punitivas que se establecen para el mismo capítulo de delitos.

Esto independientemente de que la víctima pueda, a través de un incidente, pedir la reparación del daño.

D).- CRITICA A LA REDACCION DEL ARTICULO 259 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL.

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

Pero debe tenerse especial cuidado de no llegar a la confusión con aquella conducta que es propia del requiebro amoroso. Es evidente que el galanteo puede llegar a convertirse en un acto molesto para la persona hacia la que se ejerce; y en estos casos, únicamente debería llegar a considerarse delictuosa la acción si el agente se vale de la amenaza, de causar un perjuicio o daño.

De la misma manera, no debe confundirse el hostigamiento con la violación, cuando ésta se produce ejerciendo la violencia moral, a tal efecto, debe tenerse en cuenta que legal y doctrinariamente la violencia moral o amenaza implica la posibilidad real de provocar un daño, inminente, de valor superior al Bien Jurídicamente protegido y que no pueda evitarse por otros medios.

De tal suerte, el hostigamiento sexual se diferenciará de la violación lograda por amenaza, en que este último caso la amenaza implica la existencia de los elementos mencionados, específicamente de un daño de naturaleza superior al valor del bien amenazado, mientras que en el hostigamiento sexual, si se trata de amenaza también, ésta recaerá en un bien de naturaleza inferior al que jurídicamente se protege, que es la protección a la seguridad emocional del pasivo al desarrollar eficientemente sus actividades propias de la relación laboral respectiva.

La palabra "reiteradamente" se puede conceptualizar definiendo las palabras reiterar, reiteración y reincidencia, las

cuales las consultamos en el Diccionario Enciclopédico Quillet en el que afirma:

Reiterar, del latín reiterare que significa repetir, volver a decir o ejecutar; repetir una cosa.

Reiteración, acción y efecto de reiterar o reiterarse. En Derecho es la repetición de la conducta delictuosa. Se diferencia de la reincidencia en que ésta presupone la existencia de sentencia condenatoria entre delito y delito, y aquélla, por el contrario, que no medie sentencia. En otras legislaciones la reincidencia es la repetición de un hecho de la misma clase o grupo, mientras que reiteración es la repetición de hechos delictivos de distinta clase, pero sentenciados previamente.

Reincidencia, es la reiteración de una misma culpa o defecto. En Derecho es la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por el delito análogo al que se le imputa.

Recordaremos la redacción del artículo 259 Bis, materia de nuestro estudio:

"Art. 259 Bis.- Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de

sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilizase los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo.

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

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

En dicha redacción se señala: "...al que con fines lascivos asedie reiteradamente....", de esta lectura se desprende que no indica cuántas veces serán necesarias las propuestas lascivas del agente para que se configure el delito de hostigamiento sexual, ya que la palabra "reiteradamente" se podría interpretar como una repetición constante de proposiciones lascivas, pero cuántas ocasiones, cinco, diez, veinte o tal vez con dos propuestas se configure el ilícito en comento.

En cuanto a la penalidad señalada en el mismo artículo, se dice: "...se le impondrá sanción hasta de cuarenta días multa....", es decir, dicho tipo establece el máximo de la pena que se podrá aplicar a la persona que valiéndose de su posición jerárquica y cometa el delito de hostigamiento sexual que es de hasta cuarenta días multa, y la pena mínima a aplicar es otra menor a esos cuarenta días multa, ejemplo treinta días multa, veinte días multa, etcétera; por lo que

proponemos que a dicha redacción se le debería añadir el mínimo de la pena a aplicar, aun que la Ley Penal para el Distrito Federal señala en su capítulo y artículo 29 sobre la sanción pecuniaria, cuando dice:

Art. 29.- La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa los cuales no podrán exceder de quinientos.....".

Como vemos, no se señala el mínimo de la pena pecuniaria, consideramos que se debe realizar una reforma a estos artículos en los cuales se mencione tanto el máximo como el mínimo de las penas pecuniarias.

Cabe hacer mención que en la misma Ley Penal del Distrito Federal en su artículo 25 del capítulo II relativo a la prisión nos dice:

"Art. 25.- La prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración será de tres días a cuarenta años, con excepción de lo previsto por los artículos 315 Bis, 320, y 336 en el que el límite máximo de la pena será de cincuenta años; y se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen

las leyes o el órgano ejecutor de las sanciones penales, ajustándose a la resolución judicial respectiva".

En el artículo anterior podemos darnos cuenta en cómo el legislador con atinada referencia hace alusión al mínimo de la pena de prisión como al máximo, para la aplicación de las penas.

En cuanto al penúltimo párrafo del artículo en estudio el cual dice:

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

Esto quiere decir que si no se causa un perjuicio o daño no habrá hostigamiento sexual, yo creo que esto es incorrecto ya que podríamos encontrar el hostigamiento sexual sobre determinada persona a la cual no le cause daño o perjuicio de cualquier índole, sino simplemente una molestia verbal del hostigador quien siendo un superior jerárquico, patrón doméstico o profesor de clases o cualquier otra posición que implique subordinación, sin dañar ni perjudicar al hostigado, pero siempre asedie a su víctima con fines lascivos.

CONCLUSIONES

Al finalizar el presente trabajo, he procurado tomar en cuenta las tesis doctrinarias sin dejar de lado los datos culturales y los del ambiente y medio social, con el ánimo de escoger y valorar correctamente los intereses necesitados de la tutela penal aseguradora del minimum ético indispensable para la vida colectiva, toda vez que la formación humanista en el hombre así como la adecuada jerarquización de los valores revisten la importancia de la persona humana en su fin primario de un verdadero y auténtico desarrollo integral, y en su fin último que es la búsqueda del bien común para vivir en sociedad.

Por lo que concluimos en los siguientes puntos:

1.- De la exposición de motivos en el debate se infiere erróneamente que los Bienes Jurídicos protegidos en el tipo de hostigamiento sexual, son la libertad sexual y libre desarrollo psico-sexual.

2.- El Bien Jurídico del tipo de hostigamiento sexual radica en la protección a la seguridad emocional del pasivo al desarrollar eficientemente sus actividades propias de la relación laboral que está obligado a desempeñar, derivadas de la relación de trabajo respectivo.

3.- La penalidad que se establece en el tipo de hostigamiento sexual resulta ser de carácter preventivo y no represivo.

4.- Por lo que consideramos una reforma al tipo en estudio en cuanto a que se debería establecer una pena alternativa y no sólo pecuniaria.

5.- Se entiende que en la hipótesis analizada no se da ningún presupuesto ni elemento del delito en su aspecto negativo, debido a la redacción del tipo.

6.- Se propone una reforma educativa en nuestros centros de estudio del nivel primario, secundario, medio y superior, con el objeto de lograr una formación sexual no apartada de los valores implícitos en el ser humano e igualmente acordes al mundo moderno en que vivimos.

7.- Se sugiere una reforma al artículo 29 del Código Penal Federal relativo a la sanción pecuniaria, en cuanto a que no señala el mínimo de la sanción pecuniaria que se podrá aplicar y sólo hace mención al máximo que es de quinientos días multa.

8.- Por lo anterior, y para unificar el lenguaje jurídico, se debería reformar algunos artículos en los que se señalan penas pecuniarias irrisorias, y en los cuales se señalen penas pecuniarias por días multa.

9.- En cuanto a la mayoría de edad que es de dieciocho años, consideramos que en materia penal, debería reducirse y disponer de una edad menor a los dieciocho años; ya que la mayoría de las personas que tienen entre dieciséis y dieciocho años de edad, ya son capaces de responder de sus propios actos, es decir, ya tienen conciencia de qué conducta es correcta y cuál incorrecta.

10.- Concluimos que la pena no es un elemento esencial del delito, contrario a lo que algunos autores afirman; toda vez que ésta, es una consecuencia del mismo, es decir, es la confirmación de la realización de todos los elementos esenciales del delito.

BIBLIOGRAFIA

- BACIGALUPO, ENRIQUE. LINEAMIENTOS DE LA TEORIA DEL DELITO, EDITORIAL HAMMURABI, 1972.
 - BALLVE PALLISE, FAUSTINO. FUNCION DE LA TIPICIDAD EN LA DOGMATICA DEL DELITO, MEXICO, 1951.
 - CAMPOS SALVAGNO. CURSO DE DERECHO PENAL, EDITORIAL TALLERES "33", MONTEVIDEO, 1946.
 - CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. DERECHO PENAL MEXICANO, TOMO I, EDITORIAL ANTIGUA LIBRERIA ROBLED, MEXICO, 1960.
 - CARRANCA Y RIVAS, CARRANCA Y TRUJILLO, CODIGO PENAL ANOTADO, 11a. EDICION, MEXICO, 1985.
 - CARRARA, FRANCESCO. PROGRAMA DEL CURSO DE DERECHO CRIMINAL, EDITORIAL DE PALMA, BUENOS AIRES, 1944.
 - CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, EDIT. PORRUA, 1987.
 - CREUS, CARLOS. DERECHO PENAL, TOMO I, EDITORIAL ASTREA, 1988.
 - CUELLO CALON, EUGENIO. DERECHO PENAL, EDITORIAL NACIONAL, 1970.
 - JIMENEZ DE AZUA, LUIS. LA LEY Y EL DELITO, EDITORIAL HERMES, 1986.
 - JIMENEZ DE AZUA, LUIS. TRATADO DE DERECHO PENAL, BUENOS AIRES, 1951.
 - MARTINEZ LICONA, DOGMATICA DEL DELITO, MEXICO, 1953.
 - MEZGER, EDMUNDO. TRATADO DE DERECHO PENAL, TOMO I, REVISTA DE DERECHO PRIVADO, MADRID, 1955.
 - PANNAIN, REMO. MANUAL DE DERECHO PENAL, ROMA, 1942.
 - PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. DERECHO PENAL MEXICANO, EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1978.
 - PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1974.
 - PESSINA, ENRIQUE. ELEMENTOS DE DERECHO PENAL, TRADUCCION DE HILARION GONZALEZ DEL CASTILLO, EDITORIAL REUS, MADRID, 1936.
 - PORTE PETIT, CELESTINO CANDAUCAP. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, TOMO I, EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1984.
-

-
- PORTE PETIT, CELESTINO CANDAUCAP. PROGRAMA DE DERECHO PENAL EDITORIAL TRILLAS, 1990.
 - RAUL ZAFARONI, EUGENIO. TEORIA DEL DELITO. EDITORIAL CARDENAS, 1973.
 - ROSAL, JUAN DEL. DERECHO PENAL ESPAÑOL, EDITORIAL AGUIRRE, MADRID 1960.
 - VELA TREVIÑO, SERGIO. CULPABILIDAD E INculpABILIDAD, EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1976.
 - VILLALOBOS, IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO, EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1960.

LEGISLACION CONSULTADA

- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. AÑO 1994.
- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- DIARIO DE DEBATES DE LA H. CAMARA DE DIPUTADOS.
- DIARIO DE DEBATES DE LA H. CAMARA DE SENADORES.
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DE FECHA 10/I/94.
- LEGISLACION CIVIL, AÑO 1993.
- LEY FEDERAL DEL TRABAJO, AÑO 1993.