

227
20J



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN

“CONSIDERACIONES POLITICO CRIMINALES DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO:

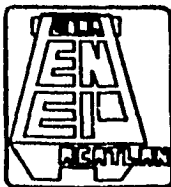
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

ELIZABETH MEDINA VEGA

A S E S O R:

LIC. GILBERTO TRINIDAD GUTIERREZ



SANTA CRUZ ACATLAN, NAUCALPAN, EDO. DE MEX. 1996

TESIS CON

FALLA DE ORIGEN

TESIS CON

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

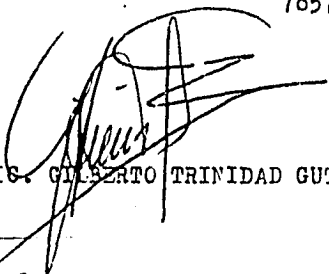
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ENEP ACATLAN

CONSIDERACIONES POLITICO CRIMINALES DEL
DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL


ELIZABETH MEDINA VEGA

7857310-3


ASESOR: LIC. GILBERTO TRINIDAD GUTIERREZ

Vo. Bo.:

U.N.A.M.
ENEP Acatlán U.N.A.M.
FACULTAD DE DERECHO



Este trabajo que hoy termino, no es un trabajo que yo hubiese podido terminar de manera individual, sino que conté con un equipo de valiosos colaboradores, los cuales de maneras distintas participaron conmigo:

MIS PAPAS, quienes han derramado amor y dedicación a todos sus hijos y nietos; ISMAEL, a pesar de las adversidades seguimos caminando y aprendiendo juntos; ISMAEL, LIZ y FELIPE, a través de su optimismo y comprensión redefiní mi vida; PATY y TOÑO en incontables ocasiones me han tendido la mano; MANUEL, JANY, GELA, CHAVA, CHAVITA, siempre han estado a mi lado.

A todos ellos dedico esta tesis que hoy llega a feliz termino CON TODO MI AMOR Y MI ETERNO AGRADECIMIENTO.

Diciembre de 1996

AGRADECIMIENTOS muy especiales a los Se
ñores Licenciados: GILBERTO TRINIDAD GU
TIERREZ, SARA PATRICIA OREA OCHOA, RO--
BERTO HERNANDEZ MARTINEZ Y MARTIN JOSE--
UTRILLA CASTILLO, quienes tuvieron la a
mabilidad de compartir conmigo su tiem-
po y sus conocimientos.

I N D I C E

INTRODUCCION	1
CAPITULO I: LA SEGURIDAD JURIDICA COMO FUNDAMENTO ANTROPOLOGICO DEL DERECHO.	3
1.1 SEGUN CARLOS COSSIO	6
1.2 SEGUN HEINRICH HUNKE	9
1.3 SEGUN GARCIA MAYNES	11
1.4 OPINION DEL AUTOR	14
CAPITULO II: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO ASPECTO DE LA SEGURIDAD JURIDICA	18
2.1 LEGALIDAD FORMAL	24
2.2 LEGALIDAD MATERIAL	25
2.2.1 LEGALIDAD MATERIAL JUDICIAL	30
2.2.3 LEGALIDAD MATERIAL EJECUTIVA	31
2.2.2 LEGALIDAD MATERIAL JUDICIAL	30
3.3 PRINCIPIOS QUE RIGEN EN MATERIA FORMAL Y SU RELACION CON EL <u>JUS PU</u> BIENDI.	32
3.3.1 PRINCIPIO DE LEGITIMACION	32
3.3.2 PRINCIPIO DE RACIONALIDAD	33
3.3.4 PRINCIPIO DE LEGALIDAD	34

CAPITULO III: EVOLUCION DE LA TEORIA DE LA ACCION Y ELEMENTOS DEL TIPO	36
3.1 CONDUCTA	36
3.2 TEORIA CAUSALISTA	40
3.3 TEORIA FINALISTA	41
3.4 TEORIA SOCIAL DE LA ACCION	43
CAPITULO IV: EL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN EL CODIGO PENAL DEL D.F. Y EN LA LEY FEDERAL EN TODA LA REPUBLICA.	
4.1 EL PROYECTO DE LEY DE 1991	45
4.2 ANALISIS DOGMATICO DE LA ESTRUCTU- RA DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL.	50
4.3 EL TIPO	53
4.3.1 CONDUCTA	56
4.3.2 RESULTADO	60
4.3.3 NEXO CAUSAL	62
4.3.4 BIEN JURIDICO	66
4.3.6 SUJEROS	67
4.3.7 ELEMENTOS CONJUNTIVOS	70
4.3.8 ELEMENTOS DEL TIPO SUBJETIVOS	71
4.4 ANTIJURIDICIDAD	74
4.5 CULPABILIDAD	80
4.6 PUNIBILIDAD	83

CAPITULO V: CRITICA AL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL	86
5.1 PRINCIPIOS DE UN DERECHO PENAL DEMOCRATICO	94
5.2 CONSIDERACIONES POLITICO CRIMINALES DEL DELITO.	99
CONCLUSIONES	102
BIBLIOGRAFIA	113

INTRODUCCION

Este trabajo que presento tiene como finalidad el analizar bajo los aspectos dogmáticos y de política criminal el tipo de HOSTIGAMIENTO SEXUAL, que el 21 de enero de 1991 se adicionó al Código Penal y entró en vigor un día después de su publicación en el diario oficial.

Considero que se adiciona mas por cuestiones de carácter político que por un estudio serio y fundamentado, pues como veremos en esta tesis, éste tipo no cumple con ningún principio, como serían la seguridad jurídica, la legalidad, la utilidad, la subsidiariedad y el carácter fragmentario del Derecho.

El derecho penal tiene como medio de cohesión a la pena y si en éste tipo la mayor pena es de cuarenta días de salario, no veo de que manera pueda ser justo, ejemplarizante o resocializador. De lo anterior vemos que tampoco nos conduce a ningún fin.

El órgano legislativo en su actividad debe ser claro, preciso y congruente; al analizar éste delito nos percatamos, que no reúne tales características, a menos que tenga un fondo político y la conveniencia sea parecer que protege muje -

res desvalidas y trabajadoras.

Es así como el presente trabajo trata de responder a la interrogante de si el tipo de HOSTIGAMIENTO SEXUAL Debe de estar incluido en el código penal a efecto de proponer la derogación del artículo 259 bis, para considerarlo como una - falta administrativa.

C A P I T U L O I
LA SEGURIDAD JURIDICA

Desde el punto de vista de la filosofía del Derecho se ve al Derecho como un fenómeno de tipo espiritual, determinado desde un punto de vista espiritual e ideal, entendiendo como OBJETO IDEAL "... Forma de ser, de unas ciertas entidades, se usa para adjetivizar unos determinados objetos, entre los cuales suelen encontrarse las entidades matemáticas y lógicas, se ha dicho con frecuencia que las determinaciones de tales objetos son principalmente negativas: intemporalidad, impersonalidad, ausencia de interacción causal.¹

El objeto real, en cambio, son entidades simples e indestructibles, lo que está absolutamente exento de contradicciones, los objetos reales no cambian, ni se transforman.

Sabemos que el mundo no se agota con los objetos que podemos palpar, existen características que podemos percibir o sentimientos que intuimos, existen seres, que si bien, es cierto no palpamos, si en cambio percibimos, como serían los principios matemáticos o las figuras geométricas, los objetos ideales tienen existencia en el mundo de la abstracción.

¹ JOSE FERRATER MORA: "DICCIONARIO FILOSOFICO" p.673

Tanto a los objetos ideales, encontremos a los objetos reales, los que si bien es cierto, se encuentran en el mundo de las ideas, constituyen una cierta dimensión, que se estructura en el ser real; por ejemplo dos más dos nos da cuatro, como objeto ideal; pero ello puede ser representado en la realidad; así dos manzanas más dos manzanas, nos dara cuatro manzanas. Esto constituirá la existencia de los objetos reales.

Ahora bien, una vez quedado el concepto de objeto ideal, se puede asegurar que el derecho representa un objeto ideal, y así tenemos que para algunos autores, entre ellos el autor alemán Henkel, la conformación del derecho tiene que buscarse desde los fundamentos del ser¹, el Derecho para poder regular las relaciones humanas necesita cumplir con dos premisas

1. Partir de "DATOS PREVIOS", que nacer del "ser" y de la "naturaleza de las cosas", es decir tomando en cuenta la realidad.

2. Dirigirse hacia una "idea", denominada "IDEA DEL DERECHO".

El derecho cumple con ciertos valores, que se encuentran más allá de un simple momento ordenador; tiene que llegar a algo más, -es decir- a un "fin" para que sea completa la tarea del derecho y este fin puede denominarse: "VALOR".

¹ HEINRICH HENKEL: "INTRODUCCION A LA FILOSOFIA DEL DERECHO" P. 24

De las premisas que expresamos en párrafos anteriores, se desprende, que el primero es producto de la realidad, mientras que el segundo constituye un factor ideal.

Los valores jurídicos no deben ser considerados únicamente como principios formales o inalcanzables, y si bien es cierto que la idea no crea el derecho, es innegable que lo nutre, lo alimenta, con el fin de hacer mas fructíferas las relaciones sociales.

En éste trabajo, no tenemos el afan de un estudio axiológico de los fundamentos e ideales que pretendende alcanzar el Derecho, es decir el análisis no se centra en un estudio de estimativa jurídica, porque ello sale de la esfera de esta tesis; sin embargo es indispensable analizar uno de esos principios rectores denominado "SEGURIDAD JURÍDICA", pues es indiscutible que el derecho se fundamenta entre otros valores en éste, porque este principio afecta directamente al hombre, ya que él es el protagonista directo, el destinatario de las normas jurídicas, y estas normas jurídicas van encaminadas hacia los valores; por ende, - como el análisis de la problemática, sobre la constitucionalidad del delito de Hostigamiento sexual, parte sobre el planteamiento de que si esta norma, es o no segura para los justiciables -, es por ello que este trabajo se inicia con los conceptos, que sobre el particular es - grimen diversos tratadistas, para posteriormente opinar de qué es y qué debe entenderse por seguridad jurídica.

1.1 LA SEGURIDAD JURIDICA SEGUN CARLOS COSSIO.

Para Cossio "El derecho es un fenómeno de la realidad humana".

El Derecho se fundamenta en acciones y se concibe como conductas que se basan en principios lógicos, que se sustentan en una doctrina que le da validez.

Así su objeto es estudiar:

- Las conductas.
- Los valores.

Las conductas que son relaciones de la realidad social y los valores que son engendrados por ellas, esto se va a reunir lo que más podrá integrarse una institución con la asociación del hombre.

Para el autor, el mundo se determina por circunstancias, que preocupan algunas veces a los seres humanos que nos rodean y con los cuales forzosamente nos toca convivir, el contacto con el mundo es lo más firme que trata de mostrar el ser humano objetivamente.

La seguridad no es la idea de protección y aparece como una circunstancia, con ello vemos que la seguridad es un valor fundante, porque el amparo es necesario, ya que la seguridad aparece como señorío jurídico que denomina las circuns-

tancias adversas de desamparo.

Para que surja la inseguridad, la seguridad no alcanza una escala precisa y se torna hostil; la inseguridad aparece entonces de la autonomía que tiene el prójimo en cuanto a circunstancia.

La seguridad tiene un límite, donde comienza su desvalor -inseguridad- y es imprescindible una alternativa entre el riesgo y su separación; es cuando, como conjunto de elementos presentes, surge el orden como valor jurídico fundado.

Para poder superar la inestabilidad de la autonomía del prójimo, se necesita la firmeza de la seguridad, con esto se supera el riesgo existencial, limitando las posibilidades que prevengan la secuencia de acciones, el orden nace como valor positivo del derecho, ya que recae sobre el proyecto que se coloca simétricamente llamado prevención.

Este proyecto, podrá esquivar el riesgo "inseguridad", con el fin de superar la deficiencia del valor de la seguridad; el orden hace mover las situaciones de manera que quedan en el punto de partida, con un camino que esta dado anticipadamente frente al riesgo y con el fin de saltarlo.

El orden, aunque en ocasiones priva de elasticidad a la seguridad, se objetiviza en el mundo con meras circunstancias, que se cuantifican en el mundo material; el orden es -

un valor propio que no puede ser confundido, ya que es una de las dimensiones del derecho. El orden es un valor propio que no puede ser confundido y asegura la eficacia de una defensa, a parece como el mas elemental y primario de los valores jurídicos, que posibilita la seguridad, cuando esta se derrumba. Además el orden tiene dos desvalores, mientras que la seguridad solo se enfrenta a su desvalor intrínseco, que no surge de su propia polaridad, sino de su crecimiento excesivo, que es el ritualismo o formalismo, este desvalor nace como circunstancia -- que es cañada por su misma naturaleza heterónoma.

El orden nace como un contenido para detener el desvalor de la seguridad, para superar el riesgo y esquivarlo; el desvalor del orden se engendra a partir de no llegar a término por la insuficiencia de su plan y por este motivo considerar que se esta en el punto de partida, es decir, ante la inseguridad, lo que era previo a su nacimiento, esto produce su segundo desvalor fáctico que produce una negación óntica y en cuanto a ritualismo su negación axiológica.

El orden es una plenitud de movimiento que reclama una propuesta inmediata a un riesgo, ya que se prevee, saltar los obstáculos de la inseguridad; entonces el orden tiene un valor.

La axiología jurídica tiene un fin primordial, en señar la amplitud de la libertad, por tal motivo, lo único que interesa mostrar es la adecuación del plan de esquivar el riesgo que produce la autonomía de los seres que nos rodean.

1.2 LA SEGURIDAD PARA HEINRICH HENKEL.

Henkel estima que las relaciones sociales se tienen que mover dentro de un marco de seguridad, ya que todo sujeto debe saber como se mostrará su prójimo en el curso del encuentro social, es aquí, cuando es llamado el Derecho para proporcionar un elemento ordenador, es una exigencia que se dirige al derecho positivo, es una parte integrante y una función necesaria en la realización de la idea del derecho.

Es necesario a la seguridad jurídica como una exigencia objetivo material; la polaridad de la seguridad jurídica se encuentra como oposición de la arbitrariedad y el desamparo de una situación jurídica concreta.¹

Los siguientes son los aspectos positivos de la seguridad jurídica:

La positivación del derecho. Se establecen las normas según las consideraciones del valor y fin; la positivación crea lo que observa Radbruch: " En la misma medida en -- que es tarea de derecho positivo el ser correcto en su contenido, en la misma medida pertenece al contenido del derecho correcto el ser positivo"²

¹ HEINRICH HENKEL: "INTRODUCCION A LA FILOSOFIA DEL DER."p290

² DANIEL KURI: "LOS FINES DEL DERECHO" p. 69

La seguridad como primer fin persigue estable -
cer lo que es el Derecho.

En cuanto a lo que se refiere a la aplicación -
individual al caso concreto de cumplir con la exigencia de la
certidumbre del hecho, así como la consecuencia jurídica; un
ejemplo de ello representa el principio de "NULLUM CRIMEN? NU
LLA POENA, SINE LEGE ", dicho principio nacido de la revolu-
ción francesa, como respuesta, por la serie de abusos y arbi-
trariedades cometidas por el estado monárquico, pretende al -
canzar la certidumbre jurídica mediante requisitos formales,
ya que de este forma el ciudadano sabe a que atenerse frente
a los órganos del estado.

La seguridad de la verificación del derecho, -
en el actuan primeramente la estructura judicial, es decir, -
los órganos que se van a encargar de aplicar el derecho, en -
cuanto a su actividad, competencia y atribuciones de asuntos
jurídicos; asimismo este aspecto concede que las posiciones -
jurídicas y procesales sean firmes en posibilidad de realiza-
ción del derecho.

La estabilidad en el derecho, aquí el ser del
Derecho se encuentra en un ciclo de constante transformación,

por tal motivo la estabilidad excluye que los cambios sean bruscos. Para que el derecho se encamine a este aspecto necesita de la confianza de los sujetos, basándose en la permanencia del Derecho, es decir, que una vez establecidas las normas persistan las situaciones de fuerza, en éste aspecto puede ejemplificarse el principio de "IRRETRCACTIVIDAD DE LA LEY

1.3 LA SEGURIDAD JURIDICA SEGUN GARCIA MAYNEZ.

El término de seguridad jurídica, al cual Maynez da referencia como de creación reciente, ya fue según el mencionado autor, nace en el siglo XIX en Alemania. Para el estudio de su tesis acude a las referencias elaboradas por el psicólogo Teodoro Geiner y afirma que existen dos dimensiones de la seguridad jurídica:

1. La seguridad de orientación, certeza en el orden. Esto se refiere a los destinatarios de normas jurídicas, que conocen de los contenidos de las normas y por tal motivo, conducen sus actividades como la determinan a la primera. La seguridad en este caso se rompe por:

- Un poder debil.

- Porque las normas son modificadas constante -

mente y la comunidad no ha logrado conocerlas y no sabe que -
conducta tomar con precisión.

- Porque las autoridades judiciales funcionan -
con un amplio margen de discrecionalidad.

2. La seguridad de realización o confianza en el orden. Esta se determina a razón de que las normas sean -
confiable, y siempre y cuando el sistema sea eficaz, se obtie -
ne por medio de las actividades legislativas, la cual debe --
ser clara, precisa y congruente con dicha actividad, confian -
do en la inteligencia de aquellas personas encargadas para e -
llo. Esta dimensión requiere no solo del cumplimiento de las
normas, sino la correcta aplicación por los órganos jurisdic -
cionales, y se condicionan a los actos de obediencia y aplica -
ción.

La eficacia, es una característica de un siste -
ma, en que lo mas importante, es la realización de valores pa -
ra cuyo fin fué creado, tomando como patrón el valor "justi -
cia". La seguridad jurídica es traducida, entonces, como "e -
ficacia", ya que si las reglas son emanadas de un poder públi -
co justo, se encamina hacia el bien común y es en este momen -
to, el valor seguridad que aparece como sentimiento de con --
fianza, es decir, se dan las dos dimensiones de las que habla

Geiner.

Si se sigue el pensamiento de Geiner se tendría que considerar, que la eficacia tiene que ver desde el cumplimiento libre, hasta la imposición a la fuerza, lo que implica que no engendra un valor auténtico, porque si la realización, puede ir de la espontaneidad al temor, estaríamos en la seguridad; pero no ante un orden justo.

Maynez nos dice que "El orden es valioso cuando realiza eficazmente los valores que le dan sentido".¹

La seguridad debe servir a la justicia; porque si bien es cierto, el derecho es un orden primario y obligatorio, éste se encamina hacia un valor de mayor rango axiológico, es por lo que la seguridad debe servir a la justicia, - ya que no debe confiarse en un orden legal por la simpleza del hecho de ser confiable y eficaz, para García Maynez la seguridad debe ser el instrumento del derecho que ayude al aseguramiento de las normas; pero éstas deben tener contenidos justos para llegar así al bien común.

Por otra parte se considera el concepto como "

¹ GARCIA MAYNEZ: "FILOSOFIA DEL DERECHO".
ibid., p. 48

"funcional" por nacer el objeto del mismo, en un sistema normativo que busca eficacia. Por tal, el objeto se encamina a asegurar, en términos jurídicos, -asegurar, significa : el acatamiento de normas jurídicas,- ya sea particularmente o para los órganos del poder público,¹ la seguridad es un valor positivo, - que garantiza la eficacia.

Nos dice también, que si bien es cierto, la paz como valor consecutivo del derecho, se logra si solo en la medida en que se aseguran los bienes de la vida, se crean órganos que impartan justicia con imparcialidad; porque cuando se cumple con la seguridad jurídica; pero el ordenamiento jurídico es injusto, ese estado, no por ser eficaz deja de ser injusto.

OPINION DEL AUTOR.

Es indiscutible que los que el hombre crea, necesita darle un sentido de "valor" que lo sublimice, así, crea el Derecho y necesita darle una justificación valiosa, si bien, el derecho no surge para hacer justicia, si nace con el deseo de dar seguridad y certeza en la vida social.

Nace como una instancia determinadora de aquello

¹ GARCIA MAYNEZ: "FILOSOFIA DEL DERECHO" p. 63.

a lo cual el hombre debe atenerse en sus relaciones con los demás, ya que el derecho no solo es una máxima, sino que debe ser cierta y de cumplimiento inexorable y seguro.

Nace como una instancia determinadora de aquello a lo que importe garantizar en una época determinada, por eso su contenido varía y tiene un proceso dinámico.

"Imaginemos al hombre primitivo aterrado ante el espectáculo de la naturaleza; presenciando un conjunto de hechos de fatal sucesión, cuyos "secretos" ignora y crea la magia para tratar de explicar lo que no sabe como sucede. Esto le da una seguridad relativa en el mundo en que vive; pero conjuntamente, no sólo experimenta miedo a la conducta de los seres que lo rodean, y siente urgencia de saber a que atenerse en la relación con los demás; sino de saber como se comportarán ellos con él, y que es lo que el debe hacer frente a ellos precisa de certeza sobre las relaciones sociales; pero además de la seguridad que la regla se cumplirá, y de que estará poderosamente garantizada".¹

El temor a lo desconocido motiva al derecho; pero su raíz mas honda es la vida humana. La seguridad jurídica

¹ RECASEN SICHES: "FILOSOFIA DEL DERECHO". P. 224.

dica por si misma no basta, debe contener normas justas, constituyéndose en el sentido formal de la función del derecho. Esta tarea de seguridad es lo jurídico, ya que sin seguridad no hay derecho.

La seguridad jurídica es la razón, el centro del derecho, es un valor interior que posibilite la realización de los valores superiores. En términos absolutos debe considerarse que la seguridad jurídica:

- Debe estar cimentada en la vida humana, con matices de cambio, de mejor y progreso para la vida humana.

- Debe basarse en normas de imposición inexorable; pero con routes de justicia.

La seguridad perfecta nos es una meta que pudiera llevarnos a la inmovilidad, -esto no es posible- ya que la vida humana es movimiento; por lo que el derecho y la seguridad jurídica deben irse amoldando a la medida de las circunstancias y sus necesidades sociales requeridas.

La seguridad es firmeza, en sentido general, y - garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus

derechos no seran objeto de ataques violentos, o que si estos llegara a producirse, lesserán asegurados por la sociedad, prtegiéndolos o reparándolos. Teniendo la garantía de que su situación se puede modificar solo por procedimientos establecidos y por consecuencias regulares conforme a la ley.

C A P I T U L O I I
 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO ASPECTO
 DE LA SEGURIDAD JURIDICA

Ligado a la SEGURIDAD JURIDICA, según se desprende del capítulo anterior, es el principio de LEGALIDAD tema que en este capítulo trataremos. Haremos mención del siguiente enunciado "¿Cuántas veces vemos los mismos delitos --diversamente castigados por los mismos tribunales en diversos tiempos, por haber consultado, no la constante y fija --voz de la ley, sino la errante inestabilidad de las interpretaciones?"¹.

El Conde de Beccaria nos habla de que las leyes son las condiciones con las que los hombres vagos e independientes aceptaron vivir en sociedad; cansados de vivir en --continuo estado de guerra, y de gozar de una libertad que --les era inútil en la incertidumbre de conservarla, sacrificaron parte de esa libertad para poder gozar la restante con mayor tranquilidad.

¹ CESAR BECCARIA "TRATADO DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS" p. 17

Los anteriores presupuestos, están indudablemente ligados y son efectivamente, el principio de legalidad que encarna la seguridad jurídica, pues efectivamente al instituirse el Derecho dentro de la sociedad se pretendió como fin primario elaborar normas seguras, que rigieran para todos y de cumplimiento inexorable, pero todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad para la conservación de la armonía colectiva, es tiránico, pero al implementarse la norma -no cabe- que el encargado de aplicarla, se deje al espíritu del legislador y obre en cada caso que conoce como si se tratase de un delito diverso, ya que ello rompe con el principio de seguridad jurídica, pues en este caso, como acertadamente lo precisa Beccaria:

"El espíritu de la ley sería, pues, la resulta de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala dignificación; dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviese con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de que los objetos en el ánimo flotante del hombre¹

Ahora bien, el principio de legalidad es un presupuesto de la seguridad jurídica, en nuestro sistema de Dere

¹ BECCARIA: "TRATADO DE LOS DELITOS DE LAS PENAS" p. 7

cho Positivo, estas máximas se elevan a categoría y son máximas constitucionales, que de manera precisa en el artículo 14 de nuestra Constitución establece textualmente:

ARTICULO 14: " A ninguna ley se dara efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la ley tra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales de derecho." ¹

Antes de entrar al eje de esta tesis, es necesario analizar los principios de legalidad y los fines que pretenden. Con éstos conceptos, estaremos en aptitud de llevar a cabo el análisis constitucional del delito de hostigamiento sexual; en tal virtud debemos partir de que el principio de legalidad no podrá cumplir con su misión sin el mandato de cer-

teza: nullum crimen sine lege certa.

Se puede afirmar que las prohibiciones de aplicar la analogía y certidumbre INN MALAM PARTEM resultaría totalmente inútil si los preceptos penales no permitieran conocer que conductas humanas abarcan esos preceptos.

Claus "oxin enuncia cuatro consecuencias prácticas del principio de legalidad:

- La prohibición de la analogía
- La prohibición de la retroactividad.
- La prohibición de fundamentar la irresponsabilidad penal a través del derecho consuetudinario.
- El mandato de Certeza.

Estos principios están implícitos en el artículo 14 consittucional, el principio de legalidad resulta negatorio, si los textos legales no permiten identificar, sin duda alguna, cuáles son las conductas vedadas permanentemente en el ambito penal.

La dificultad de redactar tipos penales con precisión, en los que se eviten los conceptos indeterminados, - se imponen consecuencias jurídicas inequívocas y secontengan marcos legales de extensión limitada, radica en una deficiente

técnica legislativa y constituye un problema de comunicación. Si la figura delictiva no es perfectamente inteligible, se puede ampliar las dimensiones del IUS PUNIENDI, tomándose más atribuciones al derecho penal. Elaborar una ley, es principalmente identificar con precisión el evento punible. Ahora bien toda figura típica es fundamentalmente, la descripción de una conducta considerada antisocial.

Tanto en los delitos dolosos, como en los culposos, en el activo, como en los omisivos; lo que la ley prohíbe en los tipos es una conducta final.¹

E

En México, la figura de disolución social, que sancionaba: "al que en forma hablada o escrita o en cualquier otra forma, realice propaganda política difundiendo ideas, -- programas o normas de acción de cualquier gobierno extranjero" es un ejemplo de indeterminación, dada la amplitud de los términos usados por el legislador, que no precisan el contenido de todos y cada uno de los elementos del tipo, los cuales dejaban al juez la tarea de determinar el contenido, y esta figura se podía aplicar a individuos o grupos que hicieran política de oposición dentro de cauces apócrifos, o, que se penaran, como en realidad sucedió, discrepancias ideológicas con el

¹ BARREDA SOLÓRZANO de la: "Principio de Legalidad y Mandato de certeza" p. 87

gruno gobernante.¹

La exigencia de determinación o certeza también se basa en que sólo el legislador puede crear el Derecho, y cuando el legislador no se expresa claramente, no sólo se abre la posibilidad a una decisión arbitraria y subjetiva del juez, sino que en rigor se sustituye el órgano encargado de crear la norma y el juez es el que está creando el Derecho, como en la integración por analogía.

En el sistema Político- Democrático y Representativo, sustentado en la soberanía del pueblo, todos los actos del poder público constituido tienen que ser necesariamente benéficos para la sociedad. En consecuencia deben ser, en términos absolutos, respetuosos de los derechos humanos.

La exigencia de determinación o certeza también se basa en que las actividades del poder público constituido tienen una dimensión específica que puede ser legislativa, judicial o ejecutiva. Esta especificidad es la que da fundamento, en las diversas constituciones, a la división de poderes, todos los actos emanados de cualquiera de los poderes deben estar regidos por una legalidad.

¹ ZAFFARONI: "Tratado de Derecho Penal" t. III p.83

En cuanto a los actos provenientes de la potestad punitiva del Estado Mexicano, estos se manifiestan en las tres instancias de poder público: legislativo, judicial y ejecutivo. Al igual que cualquier acto de autoridad se deben ceñir a la legalidad.

2.1 LEGALIDAD FORMAL

La legalidad formal se refiere, exclusivamente, al órgano y a las formalidades que éste debe cumplir al ejercer el JUS PUNIENDI propio de su esfera de atribuciones.

El órgano competente para crear la norma penal general y abstracta es el Poder Legislativo. Únicamente de él puede emanar la ley expresiva de aquella. En cuanto a las formalidades que se deben satisfacer en el ejercicio de la facultad legislativa, se encuentran perfectamente definidas en los textos constitucionales.

En la siguiente instancia el órgano facultado para producir la norma penal individual y concreta, que surge de la sentencia, es el Poder Judicial. Este órgano debe cumplir con todas las formalidades del enjuiciamiento penal que están previstas en las normas constitucionales y en las leyes

secundarias, formalidades que van desde la denuncia o la querrela, hasta la sentencia penal.

La legalidad formal esta, también referida al órgano que tiene a su cargo la ejecución de la norma penal individual y concreta, que en México, es el poder Ejecutivo. La ejecución deberá restringirse a las formalidades establecidas tanto en los textos constitucionales como en las normas de carácter secundario.

2.2 LEGALIDAD MATERIAL

La legalidad material incluye dos niveles conceptuales:

a) El de la elaboración, por el legislador, de las normas penales generales y abstractas, y creación, por el juez, de las normas penales individuales y concretas.

b) El de la aplicación judicial de las normas generales abstractas, y la ejecución de las normas individuales y concretas.

2.2.1 LEGALIDAD MATERIAL LEGISLATIVA.

En atención a la legalidad material -principio de legalidad_ el legislador debe acatar la exigencia de que la de norma penal general y abstracta debe ser breve, escrita, estricta y legítima.

Por norma penal, debe entenderse una estructura conceptual general y abstracta, cuyo contenido describe, en forma necesaria y suficiente, una determinada clase de eventos antisociales y la correspondiente posibilidad de privación o restricción de bienes del sujeto que realice un evento de la clase descrita.

Los textos legales estén contenidos, no solo en la llamada "Parte especial", reservada a los contenidos diferenciadores del Código Penal, sino también en la denominada "Parte General", reservada a los contenidos comunes, e incluso en otros ordenamientos distintos del Código Penal.

Las normas penales han de ser breves a la realización del delito o del hecho t^ínico injustificado y peligroso. Sólo así se satisfará la garantía de seguridad jurídica consistente en que:

1. Ninguna conducta puede ser considerada delictiva, sino esta previamente establecida como tal en una norma penal.

2. Nadie puede ser sometido a una pena que no e este previamente dispuesta en una norma penal.

Como consecuencia de este postulado, no es admisible la aplicación retroactiva de una norma penal cuando esta aplicación es desfavorable, y dejaría de dar certidumbre al ser humano sobre sobre la prohibición penal.

La irretroactividad de la ley formal, parte de la legalidad misma. Es una reafirmación de la garantía de seguridad jurídica antes expresada.

Las normas penales deben ser escritas y, por lo mismo, no deben propiciar la analogía o la mayoría de razón.

Al ser estrictas las normas penales, deben satisfacer los principio de generalización y diferenciación. La generalización postula que toda norma penal sea lo suficientemente amplia para que ninguna particular y acción concreta u

omisión antisocial de la clase descrita, quede excusada. A su vez la diferenciación exige que toda norma penal sea lo suficientemente clara y precisa para que ninguna particular y concreta acción u omisión que no pertenece a esa clase, quede incluida.

En atención a la legitimidad, requerida por la legalidad material se puede afirmar lo siguiente: Que el legislador para poder ejercer el Jus Puniendi en beneficio de la comunidad, debe estar legitimado en dos sentidos.

1. En cuanto al contenido de la norma.
2. En cuanto a la decisión política de elaborar la norma.

En el primer caso está legitimado cuando existe necesidad social derivada de la comisión de conductas antisociales; y en el segundo, cuando después de ponderar toda constelación de variables en pro y en contra, encuentra que la nueva norma no traerá consecuencias contraproducentes en la realidad social. Si el legislador carece de legitimación en cualquiera de los sentidos apuntados, no debe elaborar la norma.

El legislador está legitimado para prohibir pe--

nalmente lo antisocial y no lo esta para prohibir lo que no es antisocial. Esta legitimado para conminar los eventos dolosos y los culposos, mas no puede conminar lo fortuito. Esta legitimado para penalizar las conductas que lesionan o ponen en peligro intereses; pero no lo está en relación a conductas inocuas, que ni lesionan, ni ponen en peligro intereses. Se legitima para prohibir penalmente las conductas que se realicen sin necesidad; pero no para prohibir las que se hagan necesariamente. Esto significa que el legislador no debe pasar los límites que le marca la necesidad social.

La legitimación es un requisito ineludible para la creación tipo y para el establecimiento de la punidad, por tanto, es una exigencia del contenido total de la norma penal.

Vale afirmar que las normas penales, en el sentido específico, el tipo debe describir, con toda precisión, las diversas clases de acciones u omisiones antisociales tal como se ejecuten en la realidad social; y en la punibilidad deben reflejar la clase de antisocialidad descrita en el correspondiente tipo, ya que, necesariamente debe de haber proporcionalidad entre la gravedad de lo antisocial y su correspondiente punibilidad.

Como último punto de lo anterior, vale decir que el principio de NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE PRAEVIÁ, -SCRITA, STRICTA ET LEGITIMA, incluye los cuatro postulados siguientes:

1. No hay delito sin tipo
2. No hay hecho típico injustificado y peligroso sin tipo.
3. No hay punición, ni pena sin punibilidad.
4. No hay aplicación ni ejecución de medidas de seguridad legisladas.

2.2.2. LEGALIDAD MATERIAL JUDICIAL.

En virtud de la legalidad material y específicamente en orden al requisito de que la norma penal general y abstracta ha de ser previa, el orden jurisdiccional está impedido para iniciar un enjuiciamiento penal si no existe con anterioridad al hecho, un tipo penal que contemple el caso concreto; asimismo para determinar la punición que requiere la existencia previa de la punibilidad. Lo anterior en razón de -

que todo juicio penal deberá regirse, desde el primer momento, por un tipo y una punibilidad exactamente aplicables.

Por otra parte, la exigencia de que la ley sea escrita, le está prohibido tomar en cuenta normas de carácter consuetudinario, y por lo mismo, no debe desviarse de la norma penal escrita. También la norma penal creada por el juez en la sentencia deberá ser por escrito.

El postulado de que las normas penales sean escritas, vede al juzgador la integración por analogía y mayoría de razón, de la norma general y abstracta. En ningún caso puede elaborar la norma penal individual y concreta en base a la analogía o mayoría de razón.

2.2.3 LEGALIDAD MATERIAL EJECUTIVA.

Al igual que el legislador, y el juzgador, el órgano ejecutor debe cumplir estrictamente en la legalidad material. Para que su actividad sea materialmente legal, es imprescindible la existencia previa de la norma penal individualizada, emitida por escrito y en forma estricta.

La legitimación de la pena está determinada por la subsistencia del delito plenamente probado, en razón de que si después de la cosa juzgada surgen pruebas que ponen en duda la legitimidad de la sentencia, la pena no se ejecutará.

3.3 PRINCIPIO QUE RIGEN EN MATERIA PENAL, Y SU RELACION CON EL JUS PUNIENDI.

Olga Islas expone en su obra Principio de Legalidad y Derechos Humanos, que para el ejercicio del JUS PUNIENDI será benéfico, y sólo si el poder público acata las exigencias contenidas en los cinco principios siguientes:

3.3. 1 . PRINCIPIO DE LEGITIMACION.

Demanda, como condición ineludible para la creación, en la instancia legislativa, de una norma penal general y abstracta, la necesidad social de una conminación penal derivada de la comisión de acciones u omisiones antisociales. Exige también, como requisito indispensable para la elaboración- en la instancia judicial- de una norma penal individual y concreta - sentencia de condena- la comisión de un delito plenamente probado en el correspondiente juicio. Exige además, pa-

ra la ejecución - en la instancia ejecutiva- de la norma penal individual y concreta, la subsistencia de la prueba plena del delito.

3.3. 2 PRINCIPIO DE RACIONALIDAD .

Proclama que previamente a la elaboración de la norma penal y abstracta, es preciso diseñar e instrumentar una política de prevención no penal de la antisocialidad. Esta -- prevención esta orientada, en primer lugar a eliminar o -al menos- neutralizar los factores que condicionen de alguna manera y determinen la comisión de las conductas antisociales; y en segundo lugar, inhibir directa e inmediatamente, la realización de tales conductas. La norma penal general y abstracta debe ser el último recurso, la última ratio para frenar la antisocialidad.

Las normas penales y las medidas extra-jurídicas o jurídicas de prevención no penal son plenamente compatibles entre sí, por ello, la prevención no penal debe operar antes - de, y durante la vigencia de la norma penal.

3.3.3 PRINCIPIO DE PONDERACION.

Para que la norma penal general y abstracta sea real y socialmente benéfica es necesario ponderar, antes de su elaboración, toda la constelación de variables en pro y en contra a fin de saber si la aplicación de la nueva norma traerá o no consecuencias contraproducentes en la realidad social. Es obvio que nunca se debe elaborar una norma penal cuya aplicación va a resultar contraproducente.

3.3.4 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Todos los actos de quienes ejercen el poder público han de estar regidos por una legalidad. En el universo de los actos propios del ejercicio del JUS PUNIENDI es imprescindible distinguir entre legalidad penal material o legalidad material en sentido estricto (doctrina tradicional, principio de legalidad) y legalidad formal o legalidad penal completamentaria. El principio de legalidad, es la unión de legalidad material y legalidad formal.

La distinción apuntada fungirá como directriz metodológica para la exposición de las reflexiones -algunas de las medulares- que sobre el principio de legalidad van a incluirse en el cuerpo principal de éste trabajo.

3.3.5 PRINCIPIO DE CERTIDUMBRE.

Para que la norma penal general y abstracta sea real y socialmente benéfica es necesario ponderar, antes de su elaboración, toda la constelación de variables en pro y en contra a fin de saber si la aplicación de la nueva norma traerá o no consecuencias contraproducentes en la realidad social. Es obvio que nunca se debe elaborar una norma penal cuya aplicación va a resultar contraproducente.

3.3.4 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Todos los actos de quienes ejercen el poder público han de estar regidos por una legalidad. En el universo de los actos propios del ejercicio del PODER EJECUTIVO es imprescindible distinguir entre legalidad material o legalidad material en sentido estricto (doctrina tradicional, principio de legalidad) y legalidad formal o legalidad penal completamentaria. El principio de legalidad, es la unión de legalidad material y legalidad formal.

La distinción apuntada fungirá como directriz metodológica para la exposición de las reflexiones -algunas de las medulares- que sobre el principio de legalidad van a incluirse en el cuerpo principal de éste trabajo.

3.3.5 PRINCIPIO DE CERTIDUMBRE.

Los textos legales no deben de incluir el casuismo, la vaguedad y la ambigüedad para no dar margen a equívocos y subjetivas interpretaciones que conduzcan a injusticias judiciales o ejecutivas.

C A P I T U L O I I I

EVOLUCION DE LA TEORIA DE LA ACCION Y ELEMENTOS

DEL T I P O

3.1 CONDUCTA.

La norma jurídico penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta humana que pretende regular. Para ello tiene que partir de la conducta humana, tal como aparece en la realidad. De toda la gama de comportamiento humano que se da en la realidad, la norma sanciona una parte que valora negativamente y combina con una conducta.

Es pues la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico-penal y el objeto al que se agregan determinados predicados, como son : TIFICIDAD, ANTIJURIDICIDAD, y CULPABILIDAD. Estos convierten esa conducta humana en delito. Nuestro derecho penal es un derecho de acto y no de autor.

La distinción entre derecho penal de acto y derecho penal de autor, no sólo es una cuestión sistemática, sino también, y fundamentalmente es una cuestión política e ideológica. Solo el derecho penal basado en el acto cometido puede -- ser controlado y limitado en una sociedad democrática.

El derecho penal de autor se basa en determinadas cualidades.

La seguridad jurídica y el principio de legalidad están unidos íntimamente, son los fines que el derecho positivo pretende alcanzar, también se ha destacado el importantísimo papel legislativo para la creación de una norma jurídica y que sólo con base, justifique la intervención del estado y el JUS PUNIENDI o derecho a penar. Ahorapretendo que al -- preguntar ¿qué es delito?, para entrar en la problemática del presente trabajo; por ende, si queremos saber qué es delito, -- indiscutiblemente hay que buscar en el Código Penal para el -- Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal, siendo así que el ordenamiento sustantivo que nos rige en su artículo 7o. lo define:

"Delito es el acto u omisión que san
cionan las leyes penales".

La distinción entre derecho penal de acto y derecho penal de autor, no sólo es una cuestión sistemática, sino también, y fundamentalmente es una cuestión política e ideológica. Solo el derecho penal basado en el acto cometido puede -- ser controlado y limitado en una sociedad democrática.

El derecho penal de autor se basa en determinadas cualidades.

La seguridad jurídica y el principio de legalidad están unidos íntimamente, son los fines que el derecho positivo pretende alcanzar, también se ha destacado el importantísimo papel legislativo para la creación de una norma jurídica y que sólo con base, justifique la intervención del estado y el JUS PUNIENDI o derecho a penar. Ahora pretendo que al -- preguntar ¿qué es delito?, para entrar en la problemática del presente trabajo; por ende, si queremos saber qué es delito, -- indiscutiblemente hay que buscar en el Código Penal para el -- Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal, siendo así que el ordenamiento sustantivo que nos rige en su artículo 70. lo define:

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Esto nos descubre que los delitos son conductas humanas y nos parecería ilógico pensar en un delito carente de actividad; pero definitivamente la respuesta de que el delito es una conducta no aclara nada, pues el hombre realiza una serie interminable de conductas, y no se podría considerar que estas conductas fuesen delitos. Entonces tenemos que distinguir qué conductas son delitos, concretamente la segunda parte del ordenamiento represivo, precisa una serie de dispositivos legales que describen las conductas prohibidas a las que se asocia una pena como consecuencia y remitiéndonos al capítulo anterior, se afirma que no hay delito, cuando la conducta del hombre no se adecúa a uno de los dispositivos legales.

El delito es una conducta. ¿Qué conducta? y ¿Cuándo es estado recoge esa conducta para penarla?

Hemos mencionado que el derecho pretende ser un orden regulador de la conducta del hombre, pues el hombre por ser protagonista directo de la vida en sociedad le interesa vivir tranquilo y seguro con relación a su prójimo, y es por ello que por conducto del derecho escoge aquellas conductas que de no prohibirlas, sería imposible vivir en sociedad y es con este argumento que debe justificarse la intervención del esta

do se encamina a la privación de la libertad. La libertad es considerada axiológicamente como el segundo valor mas importante, después de la vida, consecuentemente, sólo ciertas conductas deben quedar impresas en el Código Penal.

Por esto es que nuestro derecho penal es un derecho de acto, ya que el derecho de autor se basa en determinadas cualidades de la persona, de las que la mayoría de las veces no es responsable en absoluto y que, en todo caso, no pueden precisarse o formularse con toda nitidez en los tipos penales. Por eso el derecho penal de autor no permite limitar el poder punitivo del estado y favorece una concepción totalitaria del mismo.

De la concepción del derecho penal como derecho penal de acto deducimos que no puede constituir nunca un delito; ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la resolución de delinquir, en tanto que no se traduzca en actos externos.

Es hasta la fecha que se conocen tres teorías - que intentan describir lo que es la conducta:

- La teoría causalista.
- La teoría finalista
- La teoría social de la acción.

3.2 TEORÍA CAUSALISTA.

Para esta teoría la acción es una conducta humana voluntaria, independiente del contenido de la voluntad, es decir del fin. Según esta teoría lo importante para establecer el concepto de acción es que el sujeto haya actuado voluntariamente, y lo que este sujeto haya actuado voluntariamente. El contenido de su voluntad, solo interesa en el marco de la culpabilidad. La teoría causal reduce el concepto de acción a un proceso causal sin importar la finalidad de las acciones humanas, que no son simples procesos causales, sino procesos causales dirigidos a un fin.

La antigua teoría causal-naturalista de la acción ve en la acción humana un suceso causal, para el cual sólo debe interesar el movimiento corporal provocado por un acto voluntario, con sus consecuencias en el mundo externo, y no en el sentido social del suceso. En efecto, si la conducta siempre tiene finalidad, al no tomar en consideración la conducta, sino como un proceso causal; es por ende, dentro de éste sistema el núcleo del injusto no será una conducta, sino un proceso causal. Esta afirmación es sumamente grave porque contradice la esencia del derecho; lo típico, lo antijurídico no serían conductas, sino procesos causales.

Los partidarios de la teoría causa se conforman en el ámbito de la acción, con la comprobación de que quien actúa es voluntariamente activo y lo que ha querido y se ha propuesto con ello debe ser examinado en el ámbito de la culpabilidad.¹

3.3 TEORIA FINALISTA.

La voluntad siempre implica una finalidad por -- que no se concibe que haya voluntad de nada, siempre la voluntad se dirige a algo, siempre tiene un contenido. Una voluntad sin contenido, no es voluntad; por lo que sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante.

El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir un fin.

La finalidad de la acción se basa en la circunstancia de que el hombre puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse fines de diversa índole y dirigir su conducta con arreglo a un plan tendiente a la obtención de esos fines. De esta manera la acción finalista es un obrar dirigido conscientemente desde

¹ HANZ WELZWL: "La nueva imagen del sistema del Derecho Penal" p. 215

hasta el fin; voluntad que guía el suceso causal constituye la espina dorsal de la acción finalista.¹

La dirección final de la acción se realiza en dos fases: una externa y la otra interna.

La fase interna, que sucede en la esfera del pensamiento del autor, este se propone anticipadamente la realización de un fin. Debe seleccionar los medios necesarios para llevar a cabo ese fin, es decir, solo cuando el autor está seguro de qué es lo que quiere puede plantearse el problema de cómo lo quiere, tiene también que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos a la consecución del fin que se propone. La consideración de estos efectos concomitantes puede hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechace algunos de los medios seleccionados para su realización. Una vez que los admita, como de segura ó probable producción, también esos efectos concomitantes pertenecen a la acción.

La fase externa, que una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo y pone en marcha, conforme a un plan, el proce-

¹ HANS WELZEL: "La nueva imager del sistema del D. Penal" p 28

so causal, dominado por la finalidad procura alcanzar la meta propuesta.

3.4 TEORIA SOCIAL DE LA ACCION.

Esta teoría pretendió ser un puente o posición - intermedia entre las teorías causal y final. Se basa en la afirmación de que no cualquier acción puede ser materia prohibida por el Derecho Penal, sino sólo aquellas que tienen sentido social, es decir, trascendentes a terceros, formando parte del interaccionar humano, sólo las acciones que forman parte de es ta interacción pueden interesar al derecho penal y no aquellas que no trascienden el ámbito individual.

Lo que esta teoría hace es plantear problemas - de tipicidad a nivel pretípico, discurrir que termina ineludiblemente en que el concepto de conducta se elabora conforme a los requisitos típicos.

Para Wessels, según esta teoría, acción es, en sentido penal, la conducta socialmente relevante dominada por la voluntad humana ó que esta pueda dominar. Este concepto de acción se refiere, en la voluntad de actuar y en su realización

a la estructura personal, y en consecuencia, a las realidades ontológicas; capaz de actuar es, en sentido penal, toda persona física sin que se tomen en cuenta su edad, ó su estado psíquico, osea, incluso alienado.

Toda conducta es socialmente relevante cuando concierne a las relaciones del individuo frente a su medio ambiente, y con arreglo a sus consecuencias deseadas o no, es objeto, en el ámbito social, de una apreciación relativa al valor.

C A P I T U L O I V

EL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN EL CÓDIGO
PENAL DEL D.F. Y EN LA LEX LEGISLATIVA FEDERAL EN TODA LA
REPÚBLICA

4.1 EL PROYECTO DE LEY DE 1991

El presente análisis se basa en las discusiones que se llevaron a cabo por los diputados de los diferentes partidos, el revolucionario institucional, el popular socialista, el frente cardenista, el auténtico revolucionario y el de acción nacional. En él se hizo una serie de reformas, adiciones y derogaciones del Código Penal para el Distrito Federal, el 21 de enero de 1991.

Entre los principales temas fue el de cambiar la denominación de "DELITOS SEXUALES" del título XV, del libro II del Código Penal, por la denominación de "DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL" y la iniciativa de contemplar como delito el denominado como "HOSTIGAMIENTO SEXUAL" que fue propuesto por la diputada HILDA ANDERSON NEVARES DE ROJAS, así como el grupo de 61 diputadas de la LIV LEGISLATIVA FE

DERAL, las agrupaciones de mujeres y organizaciones de trabajadores del país.

La diputada Anderson Nevares, del revolucionario Institucional, señaló que una de las preocupaciones centrales de la iniciativa era el hostigamiento sexual al que se ven sometidas las mujeres trabajadoras. De los acuerdos a los que llegaron, se destacó la importancia de seleccionar los elementos descriptivos y normativos que se incluirían en el tipo, presentando singular importancia al verbo rector. A continuación y en síntesis se destacan las conclusiones más relevantes, en concepto de esa comisión, la incorporación del hostigamiento sexual como delictivo permitiría salvaguardar la integridad y autodeterminación sexual de las personas, siempre y cuando el tipo delictivo se delimitara con claridad y precisión, para que su contenido no derivara inseguridad jurídica que pusiera en peligro el principio de legalidad.

Refiriendo que el título del delito responde a hostigamiento sexual, hostigar significa: perseguir, acosar, asediar o molestar a una persona insistentemente y, en la connotación que le da la iniciativa, se refiere a la conducta sexual de una persona que abusando de su situación jerárquica, asedia reiteradamente a su subordinado, provocando en el intranquili-

y desequilibrio emocional que impida un desarrollo interperso-
nal en un ambiente de cordialidad y respeto, partiendo de la -
descripción del tipo, se desprende que el delito comparte en -
su elemento objetivo, una repetición de conductas sexuales si-
milares que aisladamente no son delictuosas, porque el tipo se
oculta del concurso de ellas.

Comete el delito de hostigamiento
el que con fines lascivos asedie
reiteradamente a persona de cual-
quier sexo, valiéndose de su posi-
ción jerárquica derivada de sus -
relaciones laborales, docentes, do-
mésticas o cualquier otra que im-
plique subordinación.

El hostigamiento sexual tendría que diferir de o
tras figuras delictivas, pues en tanto que el asedio sexual, -
que se expresa en provocaciones, insinuaciones o invitaciones
insistentes; excluiría cualquier acción lujuriosa ejecutada fí
sicamente en el cuerpo del sujeto pasivo o en el agente o en -
un tercero, ya que esta conducta se encuentra prevista en un -
delito diverso y no implicaría necesariamente actitudes que es
tuviesen directa o indirectamente encaminadas a la realización
de la cópula, que constituiría el caso de violación en grado -
de tentativa.

En los términos de la propuesta contenida en este dictámen el hostigamiento sexual sólo es punible cuando se cause daño ó perjuicio en contra del sujeto pasivo del delito.

Por su naturaleza el delito solo se perseguirá a petición de parte ofendida, el estado no intervendrá mas que - en el supuesto de que el afectado lo pusiera a consideración - del Ministerio Público.

Se afirmó que el hostigamiento sexual protege la tranquilidad y la estabilidad emocional del sujeto pasivo.

En relación a las sanciones, existieron fracciones que no estuvieron de acuerdo, estimando que las mismas eran benévolas por consistir en una multa de 40 días y sólo en caso de servidor público la destitución de su cargo.

El diputado ERNESTO AURELIANO JIMENEZ estuvo en desacuerdo con la adición, pues afirmó que la amplitud de la redacción, -en su opinión-, que la norma no se aplique con exactitud por los juzgadores, y esto cayera en una lamentable corrupción.

"... Estimo que las leyes deben estar

con un lenguaje adecuado a la realidad que vivimos, el término lascivo es un término alemán, que lo traen a México porque supuestamente nos gusta mucho importar hasta palabras, y en este caso, pues queda a la aventura jurídica, pensar que se va a entender, con fines lascivos asedie -- reiteradamente a una persona.

Y agregó:

Todo esto se lo dejamos al juzgador a la hora de aplicar la norma, de determinar al agente del Ministerio Público y a su parecer el encuadrar el delito de hostigamiento sexual, pues con estas ambigüedades o generalidades no se está dando el tiro del delito.

Otro detalle que señaló:

Solamente será punible el hostigamiento sexual cuando se cause daño o perjuicio: se está dando otra acepción a la palabra, a los términos jurídicos, pues sería conveniente que se diga aquí; por perjuicio se entiende esto y por daño se entiende esto, si no le es tan dejando al juez la facultad para -- que lo interprete."

La diputada GUADALUPE GOMEZ MAGANDA DE ANAYA, o
ponía tres argumentos:

El primero era que se trata de una conducta o comportamiento importado de corte anglosajón, que para nada corresponde a nuestra ideosincracia. Después aunque cueste trabajo creerlo, un atentado contra la libertad sexual de las personas y por último que con el pretexto de proteger a la mujer, la rebaja echando por tierra la igualdad de derechos entre ambos sexos.

Estas fueron las principales críticas, sin embargo, no obstante estas críticas, por decreto de fecha 22 de Diciembre de 1990, publicado en el diario oficial de la federación del 21 de enero del mismo año, se adicionó a nuestro ordenamiento punitivo el delito de "HOSTIGAMIENTO SEXUAL" y a partir del 22 de enero del mismo año tomó vigencia esa norma y basta preguntarnos: ¿Es segura esa ley?, ¿se ajusta a los principios reguladores del derecho penal?, ¿cómo se forma el tipo? ¿Cuáles son sus elementos?, ¿Puede prescindirse de este delito?

4.2 ANALISIS DOGMÁTICO DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

El delito de hostigamiento sexual fué adicionado al Código Penal y en el artículos 259 bis se describe en -

los siguientes términos:

" 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 cualquier otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días de multa.

Si el hostigador fuese servidor público y utilizare los medios ó circunstancias que el cargo le proporcione; se le destituirá del cargo.

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

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

Antes de realizar el análisis dogmático, es importante definir ¿Qué es la dogmática? y vemos que esta propone un sistema de proposiciones conforme al que puede resolverse de manera lógica, Expresado en otra forma, consiste en un análisis de la letra del texto, en su descomposición analí

ca en elementos (unidades o dogmas) en la reconstrucción en forma coherente de esos elementos, lo que arroja por resultado una teoría.¹

Previo análisis de la descripción legal a estudio, es necesario puntualizar lo siguiente: no cualquier manifestación de la voluntad externa es típicamente relevante, sino únicamente la que el tipo revela, y a esto se denomina "tipo objetivo", es decir, la materia de prohibición, que en pocas palabras equivale a la conducta prohibida, pero para hablar de conducta es necesario referirse a las circunstancias que la tornan disvaliosas, algunos autores a esas circunstancias prefieren utilizar el concepto "ELEMENTOS DEL TIPO", en tanto que otros, particularmente los italianos, denominan "PRESUPUESTOS DEL DELITO".

El presente trabajo seguirá la teoría de aquellos autores, que vislumbran la conducta -materia de prohibición - en ciertas circunstancias o bien como elementos.

Muñoz Conde nos dice que el tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleve a cabo el legislador

¹ ZAFFARONI EUGENIO RAUL: "Manual de derecho penal" p. 235

en el supuesto de un hecho de una norma penal.¹

4.3.1 TIPO

Sólo las acciones que trascienden a terceros -- pueden interesar al Derecho Penal, y no aquellas que no trascienden el ámbito individual.

Toda conducta es socialmente relevante cuando concierne a las relaciones del individuo frente a su medio ambiente y con arreglo a sus consecuencias deseadas o no, es objeto, en el ámbito social, de una apreciación relativa al valor.

Podemos definir que el tipo penal es:

Un instrumento legal, lógicamente necesario, de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas).²

O bien, la descripción de la conducta prohibida -

¹ KUNCE CONDE FRANCISCO: "Derecho Penal" (parte general) 230

² KUNCE CONDE FRANCISCO: "Iniciación al Derecho penal de hoy" p. 147

que lleva a cabo el legislador en el supuesto de un hecho de una norma penal.¹

De lo anterior, estamos en posibilidad de referir las cuatro características del tipo que son:

a) Un instrumento logicamente necesario, son las fórmulas legales mismas que nos sirven para individualizar las conductas que la ley penal prohíbe.

b) El tipo logicamente es necesario, sin descripción no hay delito, pues su principio de legalidad es nullum crimen sine lege.

c) El tipo es penalmente descriptivo, porque los elementos descriptivos son los mas importantes para individualizar una conducta, entre ellos de especial significación es el verbo, que es precisamente la palabra que sirve gramaticalmente para connotar una acción.

d) Individualiza conductas que son penalmente prohibidas, de aquí depende la necesidad lógica del tipo.

¹ MUÑOZ CONDE FRANCISCO: "Iniciación al Derecho penal de hoy" p. 223.

El tipo tiene una triple función como:

- Seleccionadora de comportamientos humanos.
- De garantía y dar cumplimiento al artículo 14 Constitucional.
- Una función motivadora de la prevención general positiva.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad, el tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad, pertenece a la conducta.

Tipo es la fórmula legal que dice " El que prive de la vida a otro": tipicidad es la característica de adecuar al tipo la conducta que realiza un sujeto al disparar una pistola en contra de otra persona -la que muere-, la conducta de disparar que presenta la característica de tipicidad, decimos que es una conducta "típica".

a) TÍPICA es la conducta que presenta la característica específica de tipicidad (atípica la que no lo presenta).

b) TIPICIDAD es la adecuación de la conducta al tipo.

c) TIPO es la fórmula legal que permite averiguar la tipicidad de la conducta.

Para OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ, es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario, y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos.¹

Y enumeran las siguientes características del tipo:

- Una descripción general y abstracta.
- Su elaboración corresponde exclusivamente al legislador.
- Reguladora de eventos que tienen la propiedad de ser antisociales.
- Como un evento de relevancia penal.
- Para cada clase de eventos antisociales hay un solo tipo penal.
- Cada tipo legal describe una clase de evento.
- La necesidad y la suficiencia especifican la clase de eventos antisociales descrita.
- El tipo delimita, con toda precisión, el ámbi

to de lo punible.

- El tipo tiene como función la protección de uno o más bienes jurídicos.

Asimismo, es de hacerse notar que todos los elementos del tipo son objetivos, mientras que la voluntabilidad, la imutabilidad, la voluntad dolosa y la voluntad culposa -- son elementos subjetivos.

En los tipos legales es el legislador el único que puede crear, suprimir, modificar los tipos penales, pues esta basado en el principio de legalidad y en el participa -- nuestro orden jurídico.

En los tipos judiciales, es el juez el que esta facultado para crear los tipos penales y en que reconoce la analogía, siendo en nuestro derecho una violación a nuestras garantías individuales, pues como vemos en nuestra carta magna esta prohibida la analogía o mayoría de razón, por conside -- rar que este tipo judicial, no esta dentro del principio de -- legalidad.

4.3.2 CONDUCTA

El primer elemento del tipo objetivo es la conducta, la norma jurídica penal pretende la regulación de conductas humanas que se realicen, la norma selecciona una parte que disvalora y conmina con una pena; así pues, la CONDUCTA - es el punto de partida de toda relación jurídico- penal y el objetivo al que se agregan de terminados predicados que convierten esa conducta humana en delito.

El artículo 259 bis prescribe:

" Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo".

En el tipo señalado se establece que la conducta es el asedio reiterado con fines lascivos; asediar, importunar, sin descanso, perseguir ininterrumpidamente - de tal suerte, que el termino "REITERADAMENTE" que utiliza el legislador sale sobrando, ya que el propio vocablo implica la reiteración, no cualquier asedio tiene relevancia penal, sino solo aquel que tiene fines lascivos, éste propósito o fin, forma parte del aspecto subjetivo del delito y es aquello que pretende el sujeto activo del delito.

Podemos señalar cuatro aspectos;

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

2. Coerción sexual, que se refiere a la intención de causar alguna forma de perjuicio o proporcionar algún beneficio a alguien por aceptar o rechazar las acciones sexuales.

3. Evaluación negativa, que se convierte en acciones vistas como reprobables o no deseadas dentro del contexto laboral.

4. Sentimientos displacenteros de insatisfacción o molestia o humillación.

El acoso sexual es en términos de quien produce molestia y se asocia a consecuencias positivas o negativas hacia quien recibe en el ámbito laboral, de esta manera el hostigamiento sexual puede ser resumido en tres acciones:

1. Incidentes que molesten con fines eróticos- sexuales.

2. La aceptación o rechazo del pasivo de la proposición.

3. Las consecuencias positivas o negativas que recibirá el pasivo por aceptar o rechazar el incidente o proposición.

El único elemento capaz de definir de modo determinante a una conducta humana, como sexual, es el elemento subjetivo del fin sexual.

El problema surge a que el contenido ha de darse a ese fin sexual, limitándose al lascivo.

El contexto sexual se ha de entender, como toda situación social, para cuya valoración el sujeto activo cuando menos hecha mano de los juicios de valor referente al instinto humano que suscita atracción entre los sexos; a la activación de unos juicios de valor, que van referidos a los contenidos objetivos. Será acción sexual, la acción en la que el autor, por medio de contenidos objetivos extremadamente variables aspire a involucrar a otra persona en un contexto sexual.

¹ ACEVEDO BLACO R. "Manual de Derecho Penal". p. 136

Este concepto trata de dar un punto válido para el Derecho Penal y configurar las conductas sexuales punibles en el Delito de hostigamiento sexual.

4.3.3 RESULTADO.

Por resultado entendemos el efecto natural de la conducta humana que supone una alteración en el mundo externo.

El resultado supone una alteración en el mundo externo a efecto de una conducta humana. La conducta humana puede seguir distintos efectos y no todos relevantes para el Derecho Penal, en un sentido más estricto el resultado, es el efecto natural de la conducta humana que supone una alteración del mundo externo y que el ordenamiento punitivo toma en consideración en la descripción típica.¹

En el artículo 259 bis, se establece que:

" Solamente será punible el Hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño

Apareciendo dos supuesto: perjuicio o daño.

¹ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL p. 287

El perjuicio, en forma genérica, es un mal, una lesión moral; un daño en los intereses patrimoniales. Deterioro pérdida. En un sentido técnico-estricto, es la ganancia lícita que se deja de obtener o los gastos que origina una acción u omisión ajena.

El daño en un sentido amplio, toda suerte del mal, sea material o moral. Mas particularmente es el deterioro, perjuicio o menoscabo que la acción de otra recibe en la propia persona o bienes.

Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se haya causado o que necesariamente deban causarse.

Tratando de encontrar un resultado en el delito de HOSTIGAMIENTO SEXUAL, se trataría no de un daño o perjuicio material, sino daño moral que emana de la lesión de los derechos de la personalidad, como son honor, afectos, decoro, reputación y vida privada.

Se tendrá como consecuencia una lesión emocional que afecta la capacidad de elección del pasivo, violando-talvez- .

su derecho a su vida privada.

En opinión de la suscrita, dada la estructura - del tipo, el daño y el perjuicio son el resultado, sin embargo, siendo que el resultado es una mutación en el mundo físico y el daño y el perjuicio son conceptos valorativos, se trata - mas de una condición objetiva de punibilidad.

4.3.4 NEXO CAUSAL.

El nexo causal es la relación que existe entre la conducta y el resultado que debe de existir a una relación de causa y efecto. Este concepto o aspecto se da en los delitos de resultado, ya que es la relación que une la acción con el resultado, y así de manera objetiva podemos imputar el resultado al autor.

El concepto de causalidad, mas que un concepto - jurídico, es un concepto lógico, es una forma de nuestro conocer. Este concepto es una categoría, un medio originario, a-
priorístico de nuestro pensar; dicha forma del conocer no la - obtenemos sacándola de la experiencia, sino mas bien aplicándola, llevándola a la experiencia con el objeto de poder dominar

a este mediante el pensamiento.

El enfoque de la relación de causalidad se precisa, ya sea en la filosofía o ya en la lógica. Pero es importante añadir que la causalidad filosófica nos sirve para desentrañar el fenómeno causal a la luz de una concepción intelectual.

Si la causalidad implica un juicio de valor de una determinada conducta es evidente que la causa desde el punto de vista filosófico aclara el problema, en tanto se trate de resolver una situación de causa e efecto; que sea indiferente a la valoración del sujeto. La causa en su aspecto lógico es la que puede desnejar la incógnita.

El nexo causal se estudia desde el punto de vista de la intencionalidad de la conducta, estudiando cual es la causa física para producir cierto resultado.

Existen diversas teorías que hacen referencia a la causalidad, es por ello que solo expongo las mas relevantes

TEORIA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES O /
DE LA CONDUCTA SINE QUA NON. Introducida por Von Buri. Esta

tesis expone que todas las condiciones productoras del resultado son equivalente y por ende todas son su causa. Antes de que una de las condiciones sea cualquiera, se asocia a las demás, todas son ineficaces para la producción del resultado; - este surge por la suma de ellas, luego cada una es causa de todas las consecuencias y por ende, con respecto a ésta tienen el mismo valor.

Esta teoría ha sido acertada desde el punto de vista lógico; pero es criticada en el campo jurídico, es por ello que algunos autores pretenden limitarla mediante la aplicación de correctivos. Buscando en la culpabilidad el correctivo de la equivalencia de las condiciones, pues para ser un sujeto responsable no basta la comprobación del nexo de causalidad, sino que precisa verificar si actuó con dolo o culpa.

Trata de resolver todo de manera ontológica y - llega a absurdos, pues niega el valor a las demás situaciones productoras del resultado y solo le da valor a la causa mas cercana al resultado.

TEORIA DE LA ADECUACION, o de la causalidad adecuada, resuelve a nivel valorativo, no toda condición del resultado es causa en sentido jurídico, sino solo aquellas que

son adecuadas.

Sostiene que la adecuación a la causa, es cuando dicho resultado surge de lo normal y corriente de la vida, es decir, que el resultado nace cuando su composición emana de la causa y que esa causa produce regularmente un resultado.

Se basa en dos conceptos:

- a) prevención objetiva.
- b) diligencia debida.

TEORIA DE LA CONDICION MAS EFICAZ. Para esta teoría solo es causa del resultado aquella condición que en la suma de las diversas fuerzas antagónicas tenga una eficacia preponderante.

Esta teoría en su caracter individualizador es inaceptable al negar la eficacia de las concusas, recordando que el Derecho Penal al hacer el estudio de los elementos objetivos del delito inicia desde un principio con el estudio del nexo existente entre la conducta y el resultado.

Por último mencio la TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA, que ROXIN propone durante los sesentas y que parte de

dos conceptos:

- a) Creación de riesgos.
- b) Aumento de riesgos.

Acuì se estudian conductas que son relevantes - para el Derecho Penal, y son aquellas conductas que crean o aumentan un riesgo y producen un resultado son el NEXO.

4.3.5 BIEN JURIDICO.

En relación a este aspecto objetivo del tipo, - es necesario penetrar en el espíritu del legislador al crear esta figura, y encontramos que en los que se relaciona el bien jurídico tutelado, es menester referir que sin afectación del bien jurídico no puede existir delito.

El bien jurídico cumple dos funciones, que son dos razones fundamentales por las que no podemos prescindir - del mismo:

- a) Una función garantizadora que surge de cual quier tipo penal.

b) Una función teleológica sistemática que de - sentido a la prohibición.

Ambas funciones son necesarias para que el Dere- cho Penal se mantenga dentro de los límites de la racionali- dad de los actos de gobierno. Para Zaffaroni el Bien Jurídico es la relación de disponibilidad de un individuo en un ob- jeto protegido por el Estado; que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan.

El bien jurídico que tutelan los tipos sexuales se ha discutido en la doctrina muy ampliamente, considerando algunos tratadistas que dicho bien jurídico tutelado es la se guridad sexual, la integridad sexual o la libertad sexual.

Según afirma el Poder Legislativo y señala que el fin que persigue el Estado con este delito es evitar la in tranquilidad y desequilibrio emocional que impida un desarro- llo inteoresonal en un ambiente de cordialidad y respeto labo- ral.

4.3.6. SUJETOS.

Generalmente se entiende al sujeto pasivo, por -

quien recibe la actuación del sujeto activo. Es decir, como el titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito. La persona que sufre la acción, sobre la que recae en los actos materiales mediante los que se realiza el delito.

La doctrina ha hecho una diferencia entre sujeto pasivo y víctima, ahora bien se considera como sujeto pasivo al titular del derecho o interés puesto en peligro.

De lo manifestado entendemos por sujeto pasivo al titular del interés jurídico protegido por el legislador en el tipo penal, interés que resulta vulnerado por la conducta del agente (sujeto activo). Y víctima se considera al sujeto sobre el cual recae la acción delictuosa.

Teniendo como resultado desprendiendo del artículo, que en su párrafo primero nos señala como sujeto pasivo o persona de cualquier sexo, es decir una mujer o un hombre.

El legislador hace mención a las relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquier otra que indique subordinación. Sólo aquella que deba subordinación a otro, puede ser víctima del delito, pues en tanto no exista esta condición,

no tendría razón de ser el delito.

El sujeto activo es el autor del delito, la persona que realiza la conducta típica, es decir, la persona que ejecuta la conducta de acción u omisión descrita en un tipo penal determinado.

Para que alguien pueda ser sujeto activo de una conducta típica es indispensable que sea capaz de poner en movimiento una energía física de acuerdo con mecanismos psicológicos que lo orientan en determinada dirección, capaz de realizar una serie de operaciones sicocomáticas reservadas a personas humanas.

Para lo fines de nuestro estudio, el sujeto activo de este delito tiene una calificación especial de cedad jurídica, pues conforme al texto que se analiza solo puede ser sujeto activo, el que se vale de una relación jerárquica, que implique que el psivo es su subordinado.

Por otra parte y en torno al sujeto activo del delito, la ley califica la conducta, cuando el agente del ilfcito, además de su psoción jerárquica, con relación al psivo y tiene carácter de servidor público, y de esta forma agrava -

la sanción de destituirlo de su cargo. Lo que no surte sino -- tiene ese carácter, pues en el otro supuesto se pena con multa de hasta 40 días.

4.3.7 ELEMENTOS NORMATIVOS.

En la formulación del tipo el legislador puede a cudir a elementos descriptivos o a elementos normativos.

Son elementos descriptivos los que expresan una -- realidad naturalística arrhensible por los sentidos, los que -- ya se han analizado. Por elementos normativos entendemos los que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social.

Los elementos normativos, aquellos de tal forma -- expresados que su constatación solo puede ser realizada por el interprete por una valoración especial de la concreta situa-- ción del hecho. No basta la mera actividad de conocimiento pa ra comprobar su existencia, debe emitir sobre ellos un juicio de valoración.¹

Para Puig son elementos normativos los que alu-

¹ SAINZ CANTERO, A JOSE: "Lecciones de Derecho Penal"p. 210

den a una realidad determinada por una norma jurídica o social. Cabe distinguir que hay elementos jurídicos normativos y normativos sociales.

Los elementos normativos que pudieran resultar en una relación a la jerarquía derivada de las relaciones laborales, docentes o domésticas o cualquier otra que implique subordinación, mismas que fueron estudiadas en relación a las calidades del sujeto activo,

4.3.8 ELEMENTOS DEL TIPO SUBJETIVO.

Para la realización del tipo subjetivo, el Derecho Penal requiere normalmente del dolo. El principio básico del dolo es la intención de la acción, es decir, la configuración consciente de la realidad. El dolo de un delito exige, -- por consiguiente la conciencia de hecho en todas aquellas circunstancias del hecho que pertenezcan al tipo pasivo.

Toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de los que se quiere y por la decisión al respecto de querer realizarlo, el momento volitivo. Ambos momentos (el intelectual y el volitivo)

conjuntamente como factores configuradores de una acción típica real forman el dolo.

Esto es que si la acción objetiva es la ejecución adecuada del dolo, pues bastará que el sujeto de la acción debe saber que es lo que hace y los elementos que caracterizan su acción típica.

Para WEIßEL el dolo es el saber y querer la realización del tipo.¹ El dolo encierra en su concepto una palabra que sobresale en su estudio y es "querer". El querer en el Derecho Penal es la voluntad de realización referente al tipo de un delito, por lo tanto en el Derecho Penal querer no tiene el sentido de aspirar, sino querer realizar.

Por tanto entendemos al dolo como el conocer y querer los elementos objetivo pertenecientes al tipo.

Muñoz Conde, manifiesta que el dolo constituye por la presencia de dos elementos: uno intelectual y otro volitivo. En el primero, el sujeto de la acción debe saber que lo que hace y los elementos que caracterizan su acción como típica

¹ WEIßEL HANS: "Derecho Penal Aleman" p. 342

ca, es decir, los elementos objetivos del tipo (sujetos, conducta, resultado, nexo, bien jurídico) y los elementos normativos. En el segundo no basta el conocerlos, es necesario además querer realizarlos.¹

El elemento intelectual está constituido por la conciencia de que se viola el deber de que el acto o la omisión son contrarios a derecho, y el elemento volitivo consiste precisamente en la voluntad de ejecutar la conducta y la producción del resultado.

Por lo expuesto, podemos concluir, que por los elementos que conforman el tipo, este únicamente puede darse en forma dolosa, ya que el vocablo asediar necesariamente implica el que se da de el resultado, y en cambio sería insostenible aludir a que el asedio, fuese por incumplir un deber de cuidado, ya que debe recordarse, el fin específico del autor del delito que es la lasciva.

Por otra parte y conforme al texto este delito no acepta la tentativa, ya que es necesario el daño o perjuicio

¹ MUÑOZ CONDE : " Teoría General del Delito". n.321

4.4 ANTIJURIDICIDAD.

El camino para establecer a una conducta como delictuosa es necesario realizar diferentes juicios, el primero ya lo hemos estudiado, ahora corresponde estudiar el juicio de antijuridicidad.

Una conducta es antijurídica porque es contraria al interés social y por consecuencia, contraria al Derecho. Al encuadrar plenamente en la amplia descripción que de él hace - el legislador, el juez debe indagar, mediante juicio de valor si al mismo tiempo se lesiona o se pone en peligro -sin justa causa- el interés jurídico que el Estado pretende tutelar; si la conclusión es positiva, la conducta enjuiciada, además de tínica, es antijurídica.

Cuando el hombre realiza un hecho que subsume en la descripción comportamental de un tipo penal adecúa ciertamente su conducta al marco típico, pero ese acomodamiento es - meramente formal, porque en el fondo tal hecho causa daño al - interés jurídico que el legislador ha querido proteger al crear el tipo.

El concepto de lo antijurídico emana del concepto

de lo típico, porque para que el juez pueda valorar como contrario a derecho la conducta de alguien, es menester que tal comportamiento sea subsumible en un tipo penal.

No hay tipos antijurídicos, sino solo realizaciones antijurídicas del tipo. Lo que ha de calificarse como antijurídico es aquel comportamiento humano que, acomodándose a la descripción típica, sin causa que lo justifique, lesiona o pone en peligro el interés jurídico que el Estado quiso proteger.

De lo anterior tenemos que la tipicidad es indicio de antijuridicidad porque de aquellas se infiere lógicamente ésta, a menos que surja para desvirtuarlo la prueba de que el hecho típico se justifica porque no era contrario a derecho (causas de justificación), desde el punto de vista sustancial, la tipicidad es fundamento de la antijuridicidad porque esta no tiene valor jurídico penal alguno sin aquella.

La antijuridicidad que interesa al derecho penal se concreta en juicio de valor sobre conductas descritas en un tipo penal. Juicio que el juez emite sobre aquel comportamiento que se adecúa a la descripción típica para determinar si vulneró el interés penalmente protegido, de donde es

necesario colegir que la antijuridicidad debe referirse a la conducta típica, en cuanto de ella se predica.

La antijuridicidad que interesa al derecho penal se concreta en juicio de valor sobre conductas descritas en un tipo penal. Juicio que el juez emite sobre aquel comportamiento que se adecúa a la descripción típica para determinar si vulneró el interés penalmente protegido, de donde es necesario colegir que la antijuridicidad debe referirse a la conducta típica en cuanto de ella se predica.

Lo antijurídico es la conducta del individuo contra el cual se dirige la sanción, es sostener algo formalmente correcto pero sustancialmente inadecuado, y en efecto es indudable que la antijuridicidad se predica de aquel comportamiento que está descrito en un tipo legal y cuya realización se prohíbe bajo amenaza de sanción legal.

Edificado sobre el presupuesto de lo típico, supone la existencia de un juicio de valor que se emite sobre una conducta, en la medida en que ella, encuadrándose en un tipo penal, lesiona o pone en peligro sin ninguna causa que lo justifique, el interés jurídico que el legislador pretendió -

tutelar.

REYES ECHANDIA, define la antijuridicidad como el juicio negativo de valor que el juez emite sobre una conducta típica en la medida en que ella lesione o ponga en peligro sin derecho alguno, el interés jurídicamente tutelado en el tipo penal.¹

Se habla de un juicio desvalorativo porque la naturaleza de la conducta lleva a un enjuiciamiento negativo de la misma, desde el momento en que ella se pone en contradicción con el ordenamiento jurídico penal.

Solo se refiere a la conducta típica, porque la antijurídica penalmente relevante solo se predica de conducta humana subsumible en un tipo penal; antijuridicidad atípica no tiene significación alguna en el ámbito del derecho penal.

Se emplea finalmente la expresión "sin derecho alguno" para indicar que cuando se lesiona o pone en peligro un interés jurídicamente tutelado en circunstancias que justifiquen la lesión (las llamadas causas de justificación), tal conducta, a pesar de ser típica no es antijurídica porque el derecho reconoce en estas hipótesis la legitimidad del hecho.

Por tal motivo, resulta que el tipo de HOSTILIDAD SEXUAL al ser antijurídico, cuando la conducta evaluándose como típica haya lesionado o puesto en peligro el bien jurídico que el Estado ha pretendido tutelar. Cuando el autor (sujeto activo) ha vulnerado la libertad sexual del pasivo, la conducta enjuiciada además de típica es antijurídica; porque en el momento en que ha restringido su libertad sexual ha lesionado el bien jurídico que el Estado protege.

Hay ocasiones en las cuales a pesar de haberse subsumido una conducta al tipo, por lo que existía indicio que dicha conducta es antijurídica, no se lesiona o pone en peligro un bien jurídico, tal circunstancia ocurre cuando existe una norma que permite la lesión o peligro del bien jurídico.

Lo anterior requiere de una explicación, el ordenamiento jurídico tiene normas que prohíben mandar realizar una conducta, en el primer caso nos encontramos entre los tipos de acción, y en el segundo contra los tipos de omisión, sin embargo, en el ordenamiento jurídico no sólo existen normas de esta clase, sino también normas permisivas, en las cuales el ordenamiento jurídico permite al sujeto lesionar o poner en peligro el bien jurídico.

Hay que establecer cuando una conducta típica es antijurídica y revisar si en el caso de esta conducta se presenta alguna escención que permita al sujeto acuar en contra del tiro.

Hay causas de justificación fijadas en el Código Penal y continuación las enunciaremos.

1. DEFENSA LEGITIMA. Este derecho lo consagra la ley en la fracción III del artículo 15 del Código Penal, cuando dice que es causa que excluye la responsabilidad penal en defensa de su persona, de su honor y de sus bienes.

2. ESTADO DE NECESIDAD. En la segunda parte de la fracción IV, dice que no hay responsabilidad penal cuando se actúa ante la necesidad de salvar la propia persona o sus bienes de otro peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

3. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER, del mismo artículo en su fracción V, dice que es circunstancia de exclusión de la responsabilidad penal "obrar en cumplimiento de un deber".

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

4. OBEEDIENCIA JERARQUICA, en la fracción VII del artículo multicitado hace referencia a otra exclusión de la responsabilidad penal "por obedecer a un superior jerárquico legítimo en el orden, aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria, ni se prueba que el acusado la conocía".

5. IMPEDIMENTO LEGÍTIMO, en la fracción VIII del mismo artículo del Código Penal dice de la norma es inconstitucional y el impedimento será legítimo.

Resulta así, que el autor del tipo del injusto de HOSTIGAMIENTO SEXUAL al no encontrarse bajo alguna causa de justificación o alguna norma permisiva que justifique su conducta será calificada como antijurídica.

4.5 CULPABILIDAD.

Existen determinados casos en los que el autor de un hecho típico y antijurídico queda exento de responsabilidad penal. Ello demuestra que junto a la tipicidad y la antijuridicidad hay una tercera categoría, cuya presencia es necesaria para implementar una pena. Esta categoría es la culpabilidad.

La culpabilidad no es una calidad de acción, - sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella, es la sociedad, o su Estado representante, producto de la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, quien define los límites de lo culpable y de lo inculpable; de la libertad y de su ausencia. De ahí se deriva que el concepto de culpabilidad tiene un fundamento social, antes que psicológico, y que no es una categoría abstracta, - sino la elaboración de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué, se recurre a un medio defensivo de la sociedad tan grave como la pena y en -- qué medida debe hacerse uso de ese medio.

Para poder afirmar la culpabilidad de una persona que en el caso concreto, ha cometido un hecho típico y - antijurídico, es necesario que se den en esa persona una serie de requisitos sin los cuales no puede hablarse de culpabilidad y son los siguientes:

a) IMPUTABILIDAD O CAPACIDAD DE CULPABILIDAD.

Bajo este término se incluyen aquellos supuesto que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para - motivarse, es evidente que si no se tienen facultades psíquicas

cas suficientes para poder ser motivado racionalmente, no rue de haber culpabilidad.

b) EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD. La norma solo puede motivar al individuo en la medida en que este pueda conocer (a grandes rasgos) el contenido de sus prohibiciones.

En la fracción IX del artículo 15 del Código Penal nos habla de dos clases de error (de tipo y de prohibición) y si el autor se encuadra en esta fracción de prohibición se excluye de su culpabilidad, pues el autor cree que actúa lícitamente y ni siquiera se plantea alguna duda sobre la licitud de su hecho.

c) LA EXIGIBILIDAD DE UN COMPORTAMIENTO DISTINTO. Se refiere a la posición que tomara el autor, es decir, que él esta en la motivación de situarse de acuerdo a la norma, en virtud de la comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto, esto es la comprensión del injusto, para que por medio de esa comprensión el autor tendría un comportamiento distinto al que resulte.

Esta actitud conciente de la voluntad que lleva

al sujeto a comportarse antijurídicamente, pudiendo y debiendo hacerlo diversamente, es la culpabilidad, y en cuanto tal actitud subsumible en el tipo penal determinado (hostigamiento sexual) y vulnerado sin justificación el interés jurídico penalmente tutelado ha actuado con voluntad consciente que genera juicio de reproche porque se comportó en forma antijurídica pudiendo y debiendo hacerlo diversamente.

4.7 PUNIBILIDAD.

La función del Derecho Penal depende de la función que se asigne a la pena y a la medida de su gravedad, por eso brevemente enunciare las llamadas "teorías de la pena".

1. TESIS DE LA RETRIBUCION . La concepción - mas tradicional de la pena ha sostenido la necesidad de asignarle un sentido de retribución exigida por la justicia. Asi el cristianismo y otras religiones le han dado a la pena este aspecto.

Fundamentalmente es el filósofo Kant quien le da una sustentación ética y la ley penal se convierte en un imperativo categorico, una exigencia de la justicia. Mas ju-

ridico es la fundamentación de la teoría retribucionista de HEGEL, quien le da a la pena la justificación de restablecer la voluntad general, representada por el orden jurídico. Estas teorías tienen una filosofía política liberal, de acuerdo a su época en el s. XIX en las que se ve en la proporción con el delito a que obliga la pena.

2. TEORIAS DE LA PREVENCIÓN, mientras que las teorías absolutas parten de que la pena debe imponerse para realizar la justicia; las teorías de la prevención asignan a la pena la misión de prevenir delitos. Se le da un sentido utilitario. De este punto se derivan dos corrientes: la de la prevención general y la de la prevención especial.

a) LA PREVENCIÓN GENERAL, concibe la pena como medio para evitar que surjan delincuentes en la sociedad, ya que sirve de ejemplaridad su ejecución - a menudo brutal-. En la actualidad se señala que la intimidación no es la única prevencción general. Una corriente sostiene que también la afirmación positiva del Derecho Penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, da la conciencia social de las normas., por lo que se le puede dar un cometido de información, de reforzamiento y de fortalecer una actitud de respeto al Derecho Penal.

En cuanto a la prevención general negativa, su finalidad es intimidatoria

b) LA PREVENCIÓN ESPECIAL , tiende a prevenir delitos y se encamina al sujeto que ya ha delinquido, y la pena , según ella, evita que vuelva a delinquir. Se dirige a los delincuentes, aunque la función de la pena es de corrección y de inocuización.

3. COMBINACIÓN DE LAS TEORÍAS? AQUI se realiza una conjunción de las tres teorías y se distribuyen entre las funciones de los tres ángulos del Derecho Penal; por un lado el poder legislativo mediante la creación de las normas lanza una amenaza de pena dirigida a la colectividad; el juzgador dará una realización de justicia; y corresponderá al ejecutivo la protección de la sociedad evitando la reincidencia del delincuente.

C A P I T U L O V I
CRITICA AL DELITO DE HOSTIGAMIENTO
SEXUAL

El hombre por necesidades antropológicas tiene que vivir en sociedad interaccionando con otros hombres. Se agrupa permanente, alternativa o eventualmente coincidiendo o chocando en sus intereses y expectativas. Estos conflictos se resuelven en forma que, si bien es siempre dinámica, va conformando una estabilización que da forma a la estructura de poder de una sociedad. Así toda sociedad presenta una estructura de poder de una sociedad. Así toda sociedad presenta una estructura de poder con grupos dominantes y dominados con sectores mas cercanos o mas lejanos a los centros de decisión, conforme a esta estructura, se controla socialmente la conducta de los hombres, para no debilitar sus estructuras

El ámbito de control social es amplísimo y dada su compleja configuración no siempre es evidente. Este fenómeno de ocultamiento de control social es mas pronunciado en los países centrales, que en los periféricos, donde los con-

Ellos son mas manifiestos. De cualquier modo el control social tiende a ser mas anónimo entre las capas sociales mas privilegiadas y que adoptan las rutinas de consumo de los países contrarios.

Los medios naturales de control social, en forma de parques de diversiones que la población, en general, ó tal vez solamente durante las vacaciones, como parques de recreación. Cualquiera institución social tiene una parte de control social que es inherente a su esencia, aun cuando también puede ser instrumentada mediante el uso de la que corresponde a esa esencia. El control social se ejerce a través de la familia, de la educación, de la medicina, de la religión, de los partidos políticos, de los medios masivos, de la actividad artística, de la investigación, etc.

El control social se vale, desde medios mas o menos difusos y encubiertos hasta medios específicos y explícitos, como es el sistema penal con policía, jueces, personal penitenciario, etc.

La enorme extensión y complejidad del fenómeno -- del control social demuestra en una sociedad su autoritarismo o su democracia, según se oriente en uno u otro sentido la totalidad del fenómeno y no únicamente la parte del control social institucionalizado o explícito.

Traicionablemente se repetía que cuando era mayor / el saber, mayor era el poder. Este principio positivista nos pa

recía una verdad incontrovertible, pues el hombre con mas conocimientos científicos tenia mas poder, sobre tdo teniendo en cuenta los logros tecnológicos de nuestra civilización industrial. Sin embargo, a estas alturas de la historia, lo que parecia incuestionable es lo contrario: el poder es el que condiciona el saber.

El control social en cada país ha de ser diferente, según se estructure. En cada uno de ellos, el poder generará, condicionará o fomentará versiones de la realidad que, en forma ideológica manipulará las ideologías según convenga a su conservación, privilegiando una ideología o desechando a otra; las que considera peligrosas o negativas para ésta.

En general todos los países latinoamericanos, - son países en que la injusticia social, que se genera a nivel internacional, se ve reflejada en nuestras sociedades y presentan características muy particulares que se revelan en su control social y en sus sistemas penales. No obstante el tratar de explicar nuestro derecho penal, como parte del control social se pasan por alto estas características, tratando de importar ideologías masivamente. Por otra parte, la misma posición no ha impedido elaborar un desarrollo ideológico propio

lo cual nos mantiene en posición tributario de las ideologías de los países central s.

Hay autores que en razón del gran choque ideológico que se opera en el campo jurídico, afirman que el conocimiento jurídico no tiene carácter científico. Sin pretender entrar en este debate, lo cierto es que el fenómeno que señalan es común a todo saber relacionado, mas o menos, directamente con lo social y en modo alguno exclusivo del derecho. -- Por otra parte, ni siquiera las ciencias mas alejadas de lo social y en modo alguno exclusivo del derecho. Por otra parte ni siquiera las ciencias mas alejadas de lo social puedan ser marginadas de la manipulación ideológica: en biología el evolucionismo, fué la base ideológica del racismo o en física, el mecanicismo fué la base del determinismo positivista, ideológica-típica de las clases sociales encumbradas con el industrialismo.

A lo largo de la historia siempre ha habido una o varias ideologías que expliquen o traten de explicar lo inexplicable, sean genocidios, tráficos o esclavitud. Cuando ya no fué posible someter a los pueblos en base a la superioridad de conquistador o religiosamente; se inventó la antropología , para afirmar que las sociedades colonialistas eran mas

evolucionadas que las colonizadas, y con este argumento se encubrieron todas las empresas de explotación colonial del siglo pasado y tal vez de este también.

Durante el período de 1939 a 1945 se desató el más cruel y generalizado conflicto bélico, con un saldo de millones de muertos y las peores atrocidades cometidas. Es en este período donde las ideologías más variadas, -biologismo hitleriano; la dictadura del proletariado, la utopía de la sociedad sin clases acomodadas stalinísticamente o el liberalismo- y la teoría de la necesidad que justifican el enriquecimiento nuclear, cada una tratando, en nombre de la humanidad y la justicia, tratando de "LIBERAR" al hombre. Todas las posiciones tenían su "IDEA" de hombre, y en esa medida se justificaba cualquier atrocidad.

Al culminar este período, se proclamó la "DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL CIUDADANO", como un ideal común a ser alcanzado por todos los pueblos y todos los hombre. La declaración implementa un coto a los "DERECHOS NATURALES" y plasma una "IDEOLOGIA PRACTICA". Es a partir de esta declaración que se crea un sistema internacional de garantías y DERECHOS HUMANOS, que configura el límite positivizado que la conciencia jurídica universal pretende im

poner a las ideologías que rigen el control social en todas las naciones.

Se pueden alegar que las violaciones a derechos humanos son múltiples y terríbles, lo cual es indiscutible, pero lo cierto es que hoy el poder debe cometerlas más hipócritamente, pues ningún ideólogo serio se atrevería a justificarlas o a postular un "DERECHO NATURAL" que las implique. Es absurdo que una ley o límite legal detenga, por efecto mágico, al poder; pero ese límite ha servido y sirve para desmascararlo.

En la actualidad es lógico aspirar a que todo control social respete los derechos humanos; pero cabe preguntarnos, ¿Cuál es la importancia que tiene el sistema penal en el control social?

El sistema penal es la parte del control social que resulta institucionalizado en forma punitiva y con discurso punitivo- pese a que frecuentemente-, incluso en forma burda, dado lo incuestionable de la realidad punitiva. Dentro del sistema penal, el derecho penal sólo ocupa un lugar limitado, de modo que su importancia, pese a ser innegable, no es tan absoluta como a veces se pretende, especialmente cuando di

mensionamos el enorme campo de control social que que fuera - de sus estrechos límites. Es indispensable en todo momento te ner presentes estos límites y este panorama.

Ahora de manera mas concreta el Derecho penal - constituye un medio de control social existente en las sociedades actuales y que tiene a evitar que determinados comporta mientos sociales que se reputan como indeseables, acudiendo a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso - de que dichas conductas se realicen, mas el derecho penal se caracteriza para preveer las sanciones en principio mas gra-- ves (penas y medidas de seguridad) como forma de evitar los - comportamientos que juzga peligrosos.

Se trata de una forma de control social lo sufi cientemente importante como para que, por una parte, haya sido monopolizado por el Estado y, por otra parte, constituya u na de las partes fundamentales del poder estatal que desde la Revolución francesa se consideró necesario delimitar con la - máxima claridad posible como garantía del ciudadanos. El de- recho penal ha de limitarse a ofrecer el último recuso ó ulti ma ratio, para cuando los demás medios de control social nos resultan insuficientes.

El Derecho Penal suele entenderse en dos sentidos distintos uno objetivo y otro subjetivo. El sentido objetivo significa el conjunto de normas penales. El derecho - subjetivo, también llamado derecho a castigar o *ius puniendi*, es el derecho que corresponde al Estado a crear y a aplicar el derecho penal objetivo.

La expresión "DERECHO PENAL" se usa en general - en el sentido de derecho penal entendido en sentido objetivo. Suele partir de la definición que propone VON LIEZT, hace mas de un siglo: "Derecho Penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho y a la pena como su legítima consecuencia.

Esta definición resulta hoy insuficiente y debe ampliarse por dos razones. La primera es que han aparecido y ocupado un lugar importante las medidas de seguridad. Ya no puede afirmarse que el Derecho Penal señale solo las "PENAS" a los delitos, sino que ahora dispone de un segundo mecanismo que son las medidas de seguridad.

En segundo lugar, el Derecho Penal no debe reducirse a las normas que establecen las penas y medidas de seguridad, sino que comprende ante todo las prohibiciones y manda

tos que se dirigen a los ciudadanos para que no cometan los delitos previstos por la ley, un conjunto de normas dirigidas a los ciudadanos, que les prohíbe bajo la amenaza de una pena cometer delitos.

5.1 PRINCIPIOS DE UN DERECHO PENAL DEMOCRATICO.

La función que corresponde al Derecho Penal en un Estado Social y Democrático como el que acoge nuestra Constitución, pone una serie de límites a la función de prevención que así mismo asigna a la penal. Fuera de los límites la prevención perderá su legitimación. Ahora bien, dentro de que los límites es legítimo el recurso al *Ius Punienti*.

El derecho a castigar se puede fundar en distintas concepciones políticas. Aquí partimos de un Estado Democrático, que dará los límites derivados del principio de legalidad, que sea necesario para proteger a la sociedad y que obliga al Derecho Penal al servicio del ciudadano.

El principio de legalidad se expresa, en su aspecto formal en el aforismo *NULLUM CRIMEN; NULLA POENA SINE LEGE*, que requiere la posibilidad de conocimientos previos de los delitos y las penas; además la garantía política de que -

el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado, de penas que no hayan sido admitidas previamente.

Del principio de legalidad se distingue una triple garantía -penal, judicial y de ejecución-. La garantía penal requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho; la judicial, que se determine mediante un procedimiento legalmente establecido y en cuanto a su ejecución se sujeta a una ley que la regule.

Por otra parte se imponen ciertos requisitos a la norma jurídica que debe ofrecer las garantías anteriores.

a) UNA LEX PRAEVIAM, que exprese la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos, o agravan su prohibición. No está prohibida la retroactividad en caso de beneficiar al inculcado.

b) UNA LEX SCRIPTA, en esta queda excluida la costumbre. No basta cualquier ley escrita, sino que este elemento vada a rango de ley emanada del poder Legislativo.

c) UNA LEX STRICTA, que impone cierto grado de precisión y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo. -

Este postulado de la precisión de la ley da al lugar al llamado "MANDATO DE DETERMINACION", que exige la ley determine de forma suficientemente diferenciada las conductas punibles y las penas que pueden acarrear. Constituyéndose éste un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio.

PRINCIPIO DE UTILIDAD, DE LA INTERVENCION PENAL.

El Derecho Penal se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad y pierde su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de evitar delitos. El principio de NECESIDAD, nos lleva a un principio de UTILIDAD para que el Derecho Penal sirva para evitar delitos.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y CARACTER FRAGMENTARIO DEL DERECHO PENAL.

El Derecho Penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales.

El Derecho Penal no debe tender a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible. Entra aquí el principio de SUBSIDIARIEDAD, según el cual el Derecho Penal ha de ser la ULTIMA RATIO, el último recurso a utilizar a falta de otros menos dañinos. Ambos postulados integran el llamado "PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MINIMA".

PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS.

El Derecho Penal ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho - bienes jurídicos-. Este concepto se utiliza en un contexto político criminal, como condiciones de la vida social, en la medida que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social, y que tengan una importancia fundamental.

PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS.

Es el principio que en mayor medida caracteriza al sistema penal actual. Se pasó de un sistema penal que giraba en torno de las penas corporales y penas de muerte, a un sistema en que las privativas de libertad son su espina

dorsal. Mas aquí no se detiene la evolución, pues se nota una importante sustitución de penas privativas de libertad por otras menos lesivas. Se ve una tendencia internacional a la despenalización de ciertas conductas antes punibles.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

Bajo esta expresión pueden incluirse diferentes límites del JUS PUNIENDI, que tienen en común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda culparse a quien la sufre del hecho que la motiva. Para ello, es necesario que se haga responsable al sujeto por delitos ajenos (principio de personalidad de las penas); no pueden castigarse formas de ser o personalidades, sino sólo conducta (principio de responsabilidad del hecho); y por último para considerarse culpable del hecho doloso ó culposo a su autor ha de atribuirsele normalmente a éste, como producto de motivación racional normal (principio de atribuibilidad o de culpabilidad).

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

No solo es necesario que pueda culparse al autor de aquello que motiva la pena, sino también la gravedad de

de esta resulte proporcionada a la del hecho cometido (criterio que sirve de base de graduación de las penas). Dos aspectos deben distinguirse en el principio de proporcionalidad: que la pena sea proporcionada al delito y la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho.

PRINCIPIO DE RESOCIALIZACION.

Sería preferible que las medidas en lo posible, no entrañen separación de la sociedad: pero cuando la privación de libertad sea inevitable, habrá que configurar en lo evitable sus efectos desocializadores y fomentar cierta comunicación con el exterior y facilitar una adecuada reincorporación del recluso a la vida social en libertad. Es un intento de ampliar las posibilidades de participación en la vida social.

5. 2 CONSIDERACIONES POLITICO CRIMINALES DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

Junto a la Dogmática Jurídica y a la Criminología, existe también la Política Criminal, que es la guía de -

decisiones que tome el poder político o pronuncie los argumentos para criticar esas decisiones; cumpliendo una doble función de guía y de crítica.

En la ciencia o el arte de seleccionar los bienes que deben tutelarse jurídico-penalmente y los caminos de ejecutar dicha tutela, que implica el sometimiento a crítica a los valores y caminos previamente elegidos.

Toda norma surge y traduce una decisión política que no necesariamente pueda someterse a la decisión política. El hombre crea el Derecho para tener un ámbito de Seguridad y de Certeza en la vida social, que le determine sus relaciones con los demás. La seguridad jurídica debe contener normas justas; esto va a constituir la función del Derecho.

Al analizar el delito de HOSTIGAMIENTO SEXUAL, vemos que no cumple con el principio de Seguridad Jurídica en virtud de que el delito de HOSTIGAMIENTO SEXUAL fué adicionado a la ley represiva, al ser publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 21 de enero de 1991, y entró en vigor, el día 22 de enero del mismo año, así a partir de tal fecha, el artículo 259 bis del Código Penal queda en los siguientes Térmi

DOS:

ARTICULO 259 BIS, al que con fines -
 lassivos asedie reiteradamente a per-
 sona de cualquier sexo, valiéndose - -
 de sus relaciones laborales, docentes,
 domésticas o cualquier otra que impli-
 que subordinación, se le impondrá san-
 ción hasta de cuarenta días de multa.

Si el hostigador fuese servidor públi-
 co y utilizare los medios o circunstan-
 cias que el cargo le proporciona, se
 le destituirá de su cargo.

Solamente será punible el HOSTIGAMIE-
 NTO SEXUAL, cuando se cauce un perjui-
 cio o daño.

Sólo se procederá contra el hostiga-
 dor a petición de parte ofendida.

Al analizar el delito de HOSTIGAMIENTO SEXUAL,
 vemos que la política que observó el estado al legislar so-
 bre el mismo rompe con el principio de seguridad jurídica, -
 en virtud de que se trata de un delito impreciso, que acarrea
 incertidumbre, dejando su interpretación, lo que lo torna un
 tipo judicial, lo que desde luego rompe con esferas de compe-
 tencia.

Al hacer mención del verbo, no sabemos realmen-
 te que trató de prohibir al legislador. El verbo asediar, sig-
 nifica molestia, concepto que indudablemente es ambiguo, ya -

que para cada juzgador, lo que considere molestia o asedio.

Al hacer mención del verbo, no sabemos realmente que trató de prohibir el legislador. El verbo asediar, significa molestia, concepto que indudablemente es ambiguo, ya que para cada juzgador implicaría el asedio una conducta diversa, siendo dependiente del criterio del juzgador, lo que - considere molestia o asedio.

El principio "NULIUM CRIMEN POENA, SINE LEGE ", pretende alcanzar la certidumbre jurídica mediante los requisitos formales para que el ciudadano sepa a que atenerse frente al estado, y en el supuesto que nos ocupa la falta de un verbo rector rompe con este principio.

Es necesario recordar que el conde DE BECARIA - en su libro "El tratado de los delitos y de las penas", apuntó acertadamente que el hombre es libre, y vende parte de esa libertad en aras de vivir con mayor tranquilidad social y así poder disfrutar de su libertad restante"; en tal virtud, - si los hombres que vivimos en sociedad aportamos parte de nuestra libertad, por lograr una coexistencia armónica, es natural que el estado al amenazar con una pena determinada conducta, - sea lo suficientemente cuidadoso de precisar esa conducta.

En nuestro derecho positivo, el principio de legalidad es un presupuesto de la seguridad jurídica elevado a -- máxima constitucional, que en el artículo 14 de nuestra Carta Magna consagra los principios de legalidad y seguridad jurídica.

El principio de legalidad es burlado, si el texto jurídico legal en la legislación secundaria no permite identificar que conducta esta vedada.

Para elaborar una ley cierta se debe identificar con precisión el evento posible, siendo el artículo 259 bis - impreciso en lo que se relaciona a la acción pues no solamente la palabra asedio es la que nos da una amplitud de conductas, sino tambien los términos "cauce daño o perjuicio", por ser conceptos normativos, dejan a la interpretación del juzgador la posibilidad de punir o no el delito; por lo que en la medida que la formulación legislativa sea correcta; nacera la eficacia del principio de legalidad y es indispensable definir con nitidez la condición prohibida en el tipo. Al no expresarse con claridad el legislador, queda abierta la puerta a la posibilidad de decisiones arbitrarias.

Para elaborar una norma, legislador, debe un homenaje de sumisión y respeto al principio de legalidad material pues toda norma deberá ser breve, estricta y legítima.

Aquí lo que me importa es que la ley debe ser estricta, entendiéndose por estricta dos presupuesto que son:

GENERALIZACION. Que postula que toda norma sea lo suficientemente amplia para que ningún particular y concreta acción quede excluida.

DIFERENCIACION. Encaminada a exigir que toda norma sea lo suficientemente clara y precisa.

Es por lo tanto y como se ha venido reiterando, - que este tipo es poco claro e impreciso, al no cumplir con las premisas de ser una ley estricta. Por otra parte es necesario puntualizar que el estado para poder ejercer el JUS PUNIE DI deberá estar legitimado en dos sentidos: El primero es lo que da la necesidad derivada de conducta antisociales y la segunda es el buscar que la norma no tenga consecuencias contra producentes.

Como ya se ha hecho mención en este trabajo, el -

Derecho Penal es un medio de control, no es el único; pero -
 si el mas agresivo. Es por ello que el legislador, quien de-
 cide el campo de acción del JUS PENITENTIARI, debe dejar como úl-
 timo recurso o como ULTIMA RATIO. El derecho penal para ame-
 nazar aquellas conductas, que estima son nocivas en la socie--
 dad, y solo cuando los demás medios de control son insuficien-
 tes de tal suerte, que si existen otras vías para lograr la -
 coexistencia pacífica, debe entrar por éstas, pues de otra mane-
 ra rompe con los lineamientos y fundamentos de un estado de -
 Derecho social y democrático.

En el delito de HASTIGAMIENTO SEXUAL deben de
 existir otras instancias que cumplieran el cometido de prote-
 ger la autodeterminación sexual, como pudieran ser el derecho
 laboral o bien el administrativo.

Quedaría dentro del campo del derecho laboral,
 el crear normas en las relaciones de trabajo, para regular o
 cuidar al trabajador, obrero o empleado y éste en determinando m
 mento exigir la rescisión del contrato y reclamar su liquida--
 ción de acuerdo a lo ya estipulado en dicha ley.

En el área administrativa quedaría lo relati-
 vo a docentes, o servidores públicos, pudiendo examinarse a -

nivel de la Secretaría de Educación Pública y los organismos correspondientes, quienes a nivel de leyes orgánicas y-o reglamentos, matizaran como infracciones severas aquellos supuestos en que el maestro o el funcionario acusa al alumno o al empleado.

Estas medidas serían mas eficaces, pues el derecho penal al intervenir tiene como consecuencia necesaria una sanción que persigue un fin como pueden ser la justicia, la prevención general o la prevención especial.

El delito de hostigamiento sexual no tiene como finalidad la justicia, pues al remitirnos al aspecto de punición se advierte que la pena máxima es de cuarenta días de salario, es obvio que la retribución no se persigue con el delito, pues es risorio que la autodeterminación sexual de un trabajador equivalga para el estado cuarenta días de salario.

En la prevención especial el fin de la penal tiende a lograr la resocialización y en el caso de los casos la segregación del delincuente, pues tampoco el delito de hostigamiento sexual cumple con el fin de resocializar o segregar, máxime que el activo del delito puede continuar desempeñando

sus funciones - salvo excepción del funcionario público-, y - repetir el asedio con la consiguiente pena que no puede ser - superior a cuarenta días de salario.

Tampoco busca la prevención general, ya que dicha pena del hostigador, no sirve como ejemplo por las mismas razones que se han expuesto en párrafos anteriores.

La proposición que se deduce de lo demostrado anteriormente es que el denominado delito de hostigamiento sexual debe salir del ámbito penal, por ser un tipo que rompe con los principios que rigen a nivel legislativo y judicial, y por ende al no cumplirse las bases técnicas, filosóficas y dogmáticas debe derogarse el tipo intitulado HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

C O N C L U S I O N E S

1. El derecho nace para dar segurdad y certeza en la vida social y determina las relaciones con los demás, de la seguridad de aquello -- que importa garantizar.

2. El artículo 14 de nuestra Constitución consagra el principio de legalidad, que no cumple su fun--ción sin el mandato de certeza "NU--LLUM CREMEN SINE LEGE CERTE".

3. En el sistema político demo--crático y representativo, todos -- los actos del poder tienen que ser benéficos y respetuosos de los derechos humanos.

4. La legalidad formal se refiere exclusivamente al órgano y a las --

formalidades que éste debe cumplir al ejercer el IUS FUNIENDI.

5. La legalidad material incluye dos niveles conceptuales; la elaboración por el legislador y la aplicación judicial.

6. Los principios que rigen el IUS FUNIENDI SON: legitimación, racionalidad, ponderación, legalidad y certidumbre.

7. Las normas jurídico-normales regulan conductas que se consideran relevantes para una sociedad y sancionan aquellas que considera disvaliosas.

8. El 22 de diciembre de 1990 se adiciona a nuestro ordenamiento penal el delito de HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

9. El tipo es un instrumento legal lógicamente necesario y de natura-

leza descriptiva que tiene por función la individualización de conductas penalmente relevantes.

10. La estructura del tipo culposo lo comprenden los sujetos, la conducta, el resultado material, la relación causal, los elementos subjetivos, la afectación al bien jurídico, los elementos subjetivos, de culpa y culpa, y aquellos que sin ser más la doctrina reconoce importancia en el tipo.

11. Lo antijurídico de una conducta contra la que se dirige una sanción, es sustener al correcto; pero sustancialmente inadecuado.

12. La culpabilidad es un carácter que se le atribuye a la conducta de alguien y el hacerle responsable de ello.

13. Los principios de un derecho penal democrático son: utilidad, subsidiariedad, protección al bien jurídico, humanidad, culpabilidad y propor

cionalidad.

14. El delito de HOSTIGAMIENTO - -
SEXUAL es inminentemente doloso, es
un tipo judicial y no admite la tenta-
tiva, ni la forma culposa.
15. El delito de HOSTIGAMIENTO - -
SEXUAL no cumple con el principio de
lesividad y los tipos judiciales con-
templados en el artículo 26 de la Consti-
tución, en virtud de no haber por-
tento.
16. El Estado salvó el vacío i-
dóneo para tutular la autodetermina-
ción sexual que señala el artículo -
259 bis, ya que el derecho penal de-
be ser el último recurso del IUS PU-
BLICUM, pues el derecho laboral o el
administrativo pudieran cumplir de -
una manera más eficaz y oportuna es-
te tipo de conductas.
17. Por romper con esquemas dogmá-
ticos, filosóficos y de política cri

minal, debe derogarse el delito de -
HURTAMIENTO SEXUAL, ya que tampoco
cumple con ningún fin de la pena.

- ALACINI BEATRIZ ANICIA "ALEGAROS". Ed. U.N.A.M. Méx. 1991
- BECARIA CESARE PONSANO "TRATADO DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS" Ed. Porrúa, Méx. 1987
- BUNGE MARIO AUGUSTO "LA INVESTIGACION CIENTIFICA" Ed. Ariel, Barcelona, 1983
- BUSTOS RAMIREZ JUAN "MANUAL DE DERECHO PENAL" parte especial, vol. II ed. Importadores s.a. Feru, 1989
- CASTELLANO PERIA FERNANDO "FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL" Ed. Porrúa, México, 1987
- COSSIC GABRIEL "LA TEORIA EGNOLICA DEL DERECHO Y EL CONCEPTO JURIDICO DE LA LIBERTAD". Ed. Abeledo, Argentina 1964
- GARCIA MANNING EDUARDO "FILOSOFIA DEL DERECHO" Ed. Porrúa, México, 1986
- GONZALEZ FERRER "TIPO E INJUNTO", Ed. de Palma, Buenos Aires, 1979.
- HENKE HEINRICH "INTRODUCCION A LA FILOSOFIA DEL DERECHO", Ed. Taurus, Madrid -- 1968
- JESCHEK HEINRICH HANS "TRATADO DE DERECHO PENAL" parte general, volumen I, Ed. Bosch, Barcelona 1981.
- JIMENEZ HUERTA MARIANO "LA TIPICIDAD", Ed. U.N.A.M. México, 1955.
- KURI BRE A DANIEL "LOS FINES DEL DERECHO" Ed. U. N. A. M., México, 1959.
- MUJOS CONDE FRANCISCO "INICIACION AL DERECHO PENAL DE HOY" Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981.

- FUIG MIER SANTIAGO
 "INICIACION Y FUNDAMENTOS DE LA
 TEORIA DEL DELITO" parte general
 Ed. Promociones y publicaciones
 Universitarias, Barcelona, 1984
- REYES ECHANDIA ALFONSO
 "TIFICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD" Ed.
 Temis, Bogota, 1989.
- RODRIGUEZ MORRINO GONZALO
 "DERECHO PENAL" parte general, Ed.
 Civitas, 1978.
- SCIER SEBASTIAN
 "DERECHO PENAL ARGENTINO" Tomo II
 Ed. Argentina, Buenos Aires, - -
 1956
- WELSELI HANS
 "DERECHO PENAL ALEMAN", Ed. Carde
 nas, México, 1985.
- ISLAS CGA
 "CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FE
 DERAL". Ed. Ferruz, México, 1995
- ISLAS CGA Y RAMIREZ ESTIDIO
 "CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTA
 DOS UNIDOS MEXICANOS", Ed. Sista
 1194
- CREA OCHCA SARA PATRICIA
 "PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DERE -
 CHOS HUMANOS" México, 1987.
- "NULLUM CRIMEN", NULLA POENA, SINE
 LEGE", México, 1991
- "CRITICA A LAS TEORIAS AXIOLOGI -
 CAS DE COSSIC? HENKEI Y GARCIA -
 MAYNES.