

402
2ej

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

**ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE
HOSTIGAMIENTO SEXUAL**

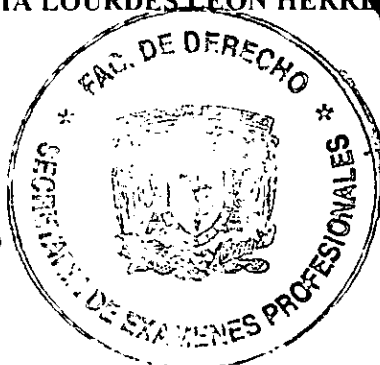
T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA:

EVELIA LOURDES LEÓN HERRERA

MÉXICO



1998

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

266242



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mi madre
Ma. Luisa Herrera (†)
Gracias por tu amor e
impulsos y por haber
inculcado en mi el
deseo de superación.

A mi abuelo
Lic. Severino Herrera (†)
a cuya memoria dedico
toda mi carrera.

A mi padre
Lic. René León N.
con profundo cariño y
admiración. Gracias por tu apoyo
en la realización de esta meta.

A mi hijo
Luis Adrian Lince
con el más profundo amor.
deseando que este esfuerzo
sea para ti un ejemplo digno
de imitar.

Al padre de mi hijo
Adrian Lince
por los momentos felices
que compartimos juntos.

A mi hermano
Jorge René
porque perdure el amor
fraternal que siempre nos
ha unido.

A mi sobrina
Susana Ingrid
con profundo cariño.

A mi tía

Victoria Godínez (†)
por su cariño y cuidados
durante mi niñez.

A mis suegros
Luis y Cristina
por su cariño y
constante apoyo.

A la máxima casa de estudios,
la **Universidad Nacional Autónoma
de México**, institución que me formó
como profesional y como ser humano.

A mis maestros de
la **Facultad de Derecho**.

Al **Lic. Roberto Avila Ornelas**
con agradecimiento.

A mis alumnos del
Instituto "El Pedregal".

CONTENIDO
ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

INTRODUCCION

CAPÍTULO PRIMERO

TEORÍA DEL DELITO

I. LA DEFINICIÓN GENERAL DEL DELITO Y SU PROBLEMÁTICA.	3
II. NOCIÓN CLÁSICA DEL DELITO.	4
III. NOCIÓN SOCIOLÓGICA DEL DELITO.	5
IV. NOCIÓN DOGMÁTICA DEL DELITO.	8

CAPÍTULO SEGUNDO

ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA Y ELEMENTOS DEL DELITO. PRESUPUESTO.	27
II. LA CONDUCTA Y LA AUSENCIA DE CONDUCTA.	32
III. LA TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD.	33
IV. LOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS.	35
V. ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE LICITUD.	37
VI. IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.	37
VII. CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD.	38
VIII. PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.	39

CAPÍTULO TERCERO

FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO EN ESTUDIO.

I. CONSUMACION.	41
II. PROBLEMÁTICA DE LA TENTATIVA.	45
III. ASPECTO DE LA PARTICIPACIÓN.	45
IV. CONCURSO DE DELITOS.	48

CAPÍTULO CUARTO

PROPUESTAS.

I. EL SUPUESTO DEL SERVICIO PUBLICO COMO FORMA ESPECIAL AGRAVADA.	51
II. PROPUESTA DE REFORMAS LEGALES.	55
CONCLUSIONES.	62
BIBLIOGRAFÍA.	64

INTRODUCCION

La prevalencia jerárquica de cualquiera índole de una persona sobre otra, y la concurrencia de una presión concupiscente de aquella sobre ésta, han conformado desde hace tiempo un comportamiento lesivo para la víctima en su libertad sexual y su libertad de amar.

Como ya esas acciones habían proliferado notoriamente en los ámbitos laboral, burocrático y hasta doméstico, en fecha relativamente reciente ese acoso lúbrico del autor de tal conducta, fue incorporado en nuestro Código Penal, bajo el nombre de delito de Hostigamiento Sexual, en una forma legislativa que se sitúa en un contexto más general, que ha tenido por objeto una protección más efectiva de la mujer en esos dos campos de libertad que hemos señalado. Por ello es que en la Exposición de Motivos de la Iniciativa de Reforma de dicho Ordenamiento en este aspecto, declara que las innovaciones tienen como fundamental objetivo, en un genuino ejercicio de la democracia, unificar las voluntades de mujeres mexicanas para proponer una estructura integral de protección a la libertad y al normal desarrollo psicosexual, que puede disminuir la cifra negra de los delitos que inciden en estas áreas, evitándose la impunidad y estableciendo medidas prácticas que conlleven a la prevención de los mismos, la adecuada atención a la víctima y el surgimiento de modelos de ejecución penal especializados, para readaptar a los victimarios, cuando esto sea posible. Sobre esta base genérica, en el nuevo Capítulo de delitos contra la libertad y normal desarrollo psicosexual, se consideró de suma importancia incluir el tipo de hostigamiento sexual, tipo preventivo que limite el acoso sexual a que se ven sometidas muchas personas en sus ámbitos laborales, escolares y otros, por superiores jerárquicos como medida de presión, lo que les impide un desarrollo interpersonal en un ambiente de cordialidad y respeto.

El sensible aumento de esas conductas y su novedosa previsión jurídico-penal, suscitaron mi interés por seleccionar dicho tema del hostigamiento sexual como tema de mi tesis profesional, en cuyo desarrollo primeramente hago un examen de la Teoría del Delito, para distinguir las nociones clásica, sociológica y dogmática del mismo, optando desde luego por analizar tal tipo con base en el dogmatismo jurídico-penal causalista, acogido en sus generalidades por la mayoría de nuestros autores.

Así, conforme a tales directrices, describo en seguida los elementos positivos y negativos de dicho delito, destacando la existencia de sus supuestos genéricos, así como la imprescindible necesidad de los fines lascivos del agente para la integración de la figura típica, y el elemento cultural de la posición jerárquica superior del autor respecto de su víctima.

Me ocupo a continuación de hacer las referencias necesarias acerca de las formas de aparición del delito, y finalizo el trabajo sugiriendo algunas propuestas, especialmente la de se reforme el artículo relativo -259 Bis- a efecto de que, en razón del inusitado incremento del propio delito y su lesividad en orden a los sentimientos y bienes materiales de la víctima (como puede ser el empleo), se aumente su penalidad, hasta alcanzar una sanción corporal, pues en el presente sólo se contempla la imposición de una multa y, en el caso particular de los servidores públicos, la destitución de su cargo.

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE
HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

Capítulo Primero.

TEORÍA DEL DELITO.

- I. La definición general del delito y su problemática.
- II. Noción clásica del delito.
- III. Noción sociológica del delito.
- IV. Noción dogmática del delito.

I. LA DEFINICION GENERAL DEL DELITO Y SU PROBLEMÁTICA.- El delito, relativamente reciente, de hostigamiento sexual, requiere como todas las infracciones del ámbito jurídico-penal, su estudio dogmático, pues ha de ser así como pueden obtenerse, tanto su esencia como la integración de sus elementos fácticos, psicológicos y morales.

Mas para abordar tal examen, es menester analizar previamente los caracteres del delito en general y su problemática.

Con todo acierto ha señalado Magiore que, así como hay una teoría general del Derecho, existe una teoría general del delito, que está comprendida en aquélla y "recibe de ella la luz y a la vez la ilumina"¹

Tal teoría general del delito comprende el estudio de sus elementos, su aspecto negativo y las formas de manifestarse del mismo.

Por ello es que, como afirma Porte Petit, la propia teoría debe enfocarse hacia los siguientes problemas: existencia del delito, su inexistencia y la aparición del mismo².

Esta concepción de todo delito es la sostenida por la teoría dogmática, y significa un adelanto trascendental respecto de las apreciaciones políticas y sociológicas del propio delito.

En efecto, estas apreciaciones genericas no han logrado explicar el evento delictivo de una manera contundente pues se ha sostenido que es imposible construir un concepto filosófico, ya que, como expresa significativamente Carrancá y Trujillo, "el delito tiene sus raíces hundidas en las realidades sociales y humanas, que cambian según los pueblos y épocas con la consiguiente mutación moral y juridico-política"; a lo que agrega: "Lo más que podría decirse del delito así considerado (filosóficamente) es que consiste en una negación del derecho o en un ataque al orden jurídico, y ésto

¹ Magiore Giuseppe, Derecho Penal, Bogota, 1954, Editorial Temis, T. I, p. 267.

² Porte Petit C'andaudap Celestino, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, México, 1998, Editorial Porrúa, p. 195.

más que definirlo es una flagrante petición de principio; o bien, que es la acción punible, lo que desde luego lo circunscribe a la sola actividad humana, con excepción de otra cualquiera”³.

En el mismo sentido, se ha dicho, que han sido varios los esfuerzos de los autores para producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica esencial, pues como el delito esta íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de la época, los hechos que una vez han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas han sido erigidas en delitos⁴.

Tal es, pues, la problemática esencial del concepto de delito: no poder ser definido filosóficamente. Pero, desde luego, ha sido conceptualizado desde distintos puntos de vista: a los principales de ellos hemos de aludir enseguida.

II.- NOCIÓN CLÁSICA DEL DELITO.- Ha sido Francisco Carrara el principal exponente de esta doctrina, al definir al delito como “la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”⁵.

Tal teoría fue emitida por su autor como reacción al Derecho Penal, lleno de crueldad, desde la época antigua; y se fundó en los siguientes pronunciamientos:

- a) La organización sistemática y metódica de una orientación del Derecho Penal, con el objetivo de superar el propio derecho existente hasta el momento, el cual era inorgánico y exclusivamente empírico, sin fundamentación doctrinaria;
- b) Debe abogarse por el método lógico-abstracto, cuya base es el delito;
- c) El libre albedrío debe ser la fundamentación de la responsabilidad penal;

Carranea y Trujillo Raúl y Carranea y Rivas Raul, México, 1997, Editorial Porrúa, p. 220.

³ Castellanos Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, México, 1997, Editorial Porrúa, p. 125.

⁴ Carrara Francisco, Programa del Curso de Derecho Criminal, Buenos Aires, 1994, Editorial Depalma, p. 41

- d) Debe atribuirse a la pena un carácter intimidatorio, con el objeto de mantener el orden jurídico y la paz social;
- e) Debe considerarse al delincuente como un ser humano completamente normal y, por ende, responsable de sus actos en forma absoluta.
- f) Los códigos penales deben integrarse mediante lista taxativa de los eventos que se consideran como delitos;
- g) La actuación personal del juez penal debe reducirse a un mínimo de expresión⁶.

Pero, es importante señalar los fundamentos lógicos de la definición de Carrara:

1.- La "infracción de la ley" indica que el delito solamente se produce cuando choca contra la ley. Y aquí resulta interesante no confundirlo con el "vicio", ya que éste es el abandono de la ley moral; n: con el pecado, que es la violación a la ley divina. Ello ratifica que el delito es, exclusivamente, la infracción a la ley del Estado, que tiene a la seguridad de los ciudadanos. Por ello es que la infracción ha de ser resultado de un acto externo del hombre, positivo o negativo, y no ha de tratar de las simples opiniones, deseos y pensamientos del hombre.

Esta es la escuela que personalizó a un grado máximo las apariencias de la voluntad del delincuente considerándolo como un ser absolutamente libre de sus pensamientos y acciones, sin haber considerado que a veces ésta obedece a circunstancias diversas de índole moral o social.

III.- NOCIÓN SOCIOLOGICA DEL DELITO.- Las deficiencias de la doctrina clásica del delito pronto se pusieron de relieve pues se consideró al hombre delincuente como un ser abstracto sin conexiones morales y sociales con la realidad.

Tal fue el motivo esencial por el cual se elaboró la teoría sociológica del delito, precisamente hacia la segunda mitad del siglo pasado.

⁶ Cfr. Badaraco Raul Augusto, "Escuelas Penales", en Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1969, Tomo X p. 709

Dicha teoría encontró fuertes bases en los avances logrados en los ámbitos sociológico, antropológico y jurídico, pues, por lo que respecta a la antropología, los especialistas captan que el hombre-delincuente no es, por lo general, un ser humano normal, sino un ente con caracteres psicológicos propios, que los sitúan como un ser ubicado entre la demencia y la razón. De otro lado, la sociología entiende que el hombre es un ser falible, sujeto a circunstancias sociales que no puede superar, por lo que se cree que el trato cruel que hasta entonces se daba al infractor, era justo. También sostuvo la sociología que el sujeto que delinque es más un ser enfermo que un hombre perverso, provisto de maldad, por lo que ha menester, no propiamente castigarlo, sino readaptarlo, curarlo, regenerarlo, para lograr su resocialización.

Tales ciencias sostienen, en suma, que el fundamento de la responsabilidad no es el libre albedrío únicamente, sino también la peligrosidad social, proveniente de un desajuste del individuo al medio social.

Sobre la base de estos pronunciamientos esenciales, la corriente positivista tiende a demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, efecto necesario de factores hereditarios, causas físicas y fenómenos sociológicos, siendo así como se arriba a la siguiente definición:

“El delito es la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de benevolencia o piedad y probidad o justicia, en la medida media en que se encuentran en la sociedad civil, por medio de las acciones nocivas para la colectividad”⁷.

Se ha criticado a esta definición que deja fuera algunas figuras delictivas, como las vinculadas con otros sentimientos, como son el patriotismo, el pudor, la religión.

Una crítica mayor en esencia es la formulada por Ignacio Villalobos, al expresar que si bien cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, no es naturaleza, ya que la substancia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto a priori, una

⁷ Garofalo Rafael, cit. Por Porte Petit, ob. cit., p. 201

forma creada por la mente humana para agrupar y clasificar una categoría de actos, formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza. Ello, porque tal esencia es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, de necesidad en la conveniencia humana, valores todos que obligan a preconstruir el catálogo de acciones delictivas dentro del cual se situarán los diversos eventos que violen todos o algunos de los sentimientos ya indicados⁸.

Lo anterior ya indica que el positivismo en la actualidad ha caído en desuso como sistema jurídico, al ponerse en claro que los positivistas no elaboraron Derecho, sino ciencias naturales, a pesar de haber creído construir lo jurídico. Si no se admitiera en el hombre la facultad de elección entre varias posibilidades que de continuo le depara la existencia, se negaría terminantemente el derecho, ya que las normas que lo integran expresan siempre un "deber ser" dirigido a la conducta humana, pues parten del supuesto de que pueden ser acatadas o quedar incumplidas. En este punto, Castellanos Tena dice textualmente: "Si el sujeto forzosa, necesariamente, hubiera de realizar lo mandado o lo prohibido, porque no estuviera capacitado, por su propia naturaleza, para decidir entre obedecer o no lo prescrito, las normas carecerían de sentido, por radicar su esencia en la fijación de un comportamiento que, por alguna razón, se considera valioso... Con ésto, pónese de relieve que los positivistas crearon ciencias de la naturaleza, como antropología y sociología criminales: es decir, dieron auge a los estudios causales explicativos del delito, los cuales, sin duda, debe tener muy en cuenta el legislador penal, pero siguieron métodos experimentales, inductivos, adecuados a tales conocimientos, más no propios de las disciplinas jurídicas, que no tratan de causas fenomenológicas, sino señalan causas a la conducta, por ser su fin esencialmente normativo".⁹

⁸ Villalobos Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Mexico, 1960, Editorial Porrúa, S.A., p. 200.

⁹ Ob. cit., p. 67.

IV.- NOCION DOGMÁTICA DEL DELITO.- Todas estas insuficiencias para explicar al delito desde el estricto punto de vista jurídico, dieron origen a la corriente dogmática o ciencia específica del Derecho, que, desde el punto de vista general, se constituye mediante aquellos elementos que ofrece el ordenamiento legal en la creación y desarrollo de los institutos jurídicos que son precisamente el resultado de ese único instrumental teórico que ofrece el Derecho positivo. De esta suerte, tal doctrina recurre a abstracciones de los contenidos materiales del Derecho, formando así, mediante reglas lógico-jurídicas de validez universal, conceptos e instituciones que asumen también validez teórica universal.¹⁰

Sobre esta base, el dogmatismo jurídico-penal se ha erigido en la doctrina de mayor aceptación para la debida explicación del delito, al cual considera como una unidad cuya descomposición en elementos es únicamente un medio para captar más claramente las partes del propio concepto del evento delictivo.

Es por ello que se dice que la dogmática estudia al delito analíticamente, si bien conservando en íntima conexión sus elementos, para llegar a concebirlo unitariamente.

Por tanto, dicha corriente debe diferenciarse de una dirección doctrinaria que es opuesta a la misma, y que se denomina "teoría totalizadora o unitaria", que considera al delito como un bloque monolítico, sin que sea dable escindirlo en elementos diversos; o sea, esa tesis ve en el delito un todo orgánico, que puede presentar aspectos diversos, pero que de ningún modo es fraccionable, de modo que su verdadera esencia, la realidad del delito, no está en cada uno de los elementos del mismo, y tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad. Por ello es que los unitarios expresan que sólo mirando al delito bajo este perfil, es posible comprender su verdadero significado, concluyendo que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea¹¹.

¹⁰ Crispigni Filippo, Derecho Penal Italiano, Buenos Aires, 1998, Editorial Depalma, Vol. I, p. 3.
¹¹ Antohset, cit. Por Porte Petit, Apuntes, p. 197

Superada esta doctrina por la analítica, por ser ésta mayormente explicativa, debemos precisar la definición de la dogmática jurídico-penal:

“Es la disciplina que estudia el contenido de aquellas disposiciones que, en el orden jurídico positivo, constituyen el Derecho Penal”¹²

O bien,

“Es la exégesis de las normas, la investigación de los principios generales de los cuales las mismas dependen y la deducción de las consecuencias que derivan de tales principios, mediante construcciones lógicas consideradas como realidades objetivas permanentemente”¹³.

El análisis de esos elementos se ha denominado corriente atómica, variando el número de ellos según distintos autores.

Así Mezger considera la existencia de cuatro elementos, por lo que su postura es de carácter tetratómico:

“El delito es la acción típicamente antijurídica y culpable”¹⁴

Ejemplo de concepción pentatómica es la de Cuello Calón:

“Delito es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible”¹⁵

Pero la teoría más aceptada es la de Jiménez de Asúa:

“Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y provisto de una sanción penal”¹⁶

Se pone así de relieve que los elementos del delito son los siguientes:

Conducta,

Tipicidad,

¹² Grispijn, ob. cit., p. 6.

¹³ Manzini, cit. Por Porte Petit, idem, T I, p. 14

¹⁴ Mezger Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Madrid, 1995, T.I., p. 156.

¹⁵ Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal, Barcelona, 1957, T I, p. 236.

¹⁶ Jimenez de Asua Luis, La Ley y el Delito, Caracas, 1968, Editorial A. Bello, p. 256.

Antijuridicidad,

Culpabilidad,

Imputabilidad,

Condiciones objetivas de punibilidad; y

Sancionabilidad.

A ellos y a su aspecto negativo, en su sentido general, haremos mención enseguida.

- a) Conducta- Llamada también "acción" en sentido amplio (que incluye la acción en sentido estricto y la omisión) ha sido definida como "el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito"¹⁷; en el caso, un comportamiento que tiende a violar una ley penal.

Así, la palabra "conducta", penalísticamente aplicada, indica que todo delito consta de un comportamiento humano; y tal término es preferible a los vocablos "acto", "hecho", "acción" o "actividad", no solamente por ser una palabra más adecuada para recoger en su contenido conceptual las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior, sino también por reflejar mejor el sentido finalista que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para poder llegar a afirmar que integran un comportamiento dado¹⁸.

La importancia de este primer elemento del delito ha sido enfatizado al expresarse que "La acción o hecho humano descrito en una figura del delito, constituye "un sustantivo al que se añaden las restantes características como adjetivos o atributos"¹⁹.

Por tanto, al elemento conducta habrán de recaer los calificativos, siempre y cuando se produzcan, de tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condicionalidad objetiva y sancionabilidad.

¹⁷ Castellanos Fernando, ob. cit., p. 149.

¹⁸ Jiménez Huerta Mariano, Panorama del Delito, México, 1950, Imprenta Universitaria, p.p. 7-8.

¹⁹ Antón Oneca -José, Derecho Penal, Madrid, 1949, T.I., p. 159.

En la definición formal que al delito consagra nuestro código penal, es también la conducta el vértice de la infracción al declarar el artículo 7 que "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Como se aprecia, el concepto dogmático del delito (que trata a éste como ente jurídico), difiere obviamente del concepto del delito que pueden eventualmente utilizar las ciencias de la conducta o la sociología, así como el delito natural, elaborado por los positivistas en su intento de fijar el contenido material del mismo en todas las sociedades y en todos los tiempos.²⁰

Más volviendo al elemento positivo "conducta", observamos que dicha expresión gramatical es, en efecto, lo suficientemente amplia para recoger en su contenido con exactitud las diversas formas en las que el hombre manifiesta externamente su voluntad, esto es, tanto las formas positivas que exigen actividad muscular, como aquellas que implican inactividad, inercia o inacción. Resulta paradójico que esta segunda forma que puede revestir el comportamiento típico -la inactividad o ausencia de lesión- forme parte de un concepto general llamado "acción" o "actividad", por tanto, se reitera que en la expresión "conducta", entendida como forma o modo de manifestar el externo comportamiento típico, quedan comprendidas tanto las formas positivas como las negativas con que el hombre manifiesta externamente su voluntad.

"Implica, pues, un superior concepto de genérica significación, idóneo para abarcar las diversas formas en que típicamente se plasma la voluntad de los hombres",²¹

En suma: la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, orientado a un propósito, integrándose por una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad, lo que la erige en el soporte naturalístico del ilícito penal.

²⁰ Bunster Alvaro, "Delito", en Diccionario Jurídico Mexicano, México, 1983, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, T. III, p. 163.

²¹ Jiménez Huerta, ob. cit., p. 9.

b) Ausencia de conducta.- La falta de conducta es la expresión del elemento negativo de la misma. de lo que se sigue que si la conducta está ausente no habrá delito a pesar de las apariencias.

Así, si como expresábamos, el Art. 7 del C.P. hace referencia al acto u omisión como necesarios para que el delito exista, es obvio que interpretándolo a *contrario sensu*, no habrá delito cuando falta la conducta por ausencia del elemento voluntario minimamente necesario para integrar un cabal comportamiento.

En la Dogmática jurídico-penal es básico el principio de que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará. Similarmente, si la conducta comprende tanto la acción como la omisión, ella no se dará faltando estas formas de manifestación, siendo entonces cuando se aprecia el aspecto negativo de tal elemento. Por ende, el elemento negativo de la conducta entraña la actividad y la inactividad no voluntarias.

La doctrina moderna estima que los casos de ausencia de conducta son los siguientes: la fuerza física irresistible; la fuerza mayor; los movimientos reflejos y los fisiológicos. En seguida, haremos una breve referencia a ellos.

1.- Fuerza física irresistible.- En tal supuesto, debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física irresistible, es decir, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias, a la cual se ve sometido, de tal suerte que su acto es involuntario; lo que implica que se requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien la padece no pueda resistirla y se vea obligado a ceder ante ella.

En el mismo sentido, una tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha vertido una definición difícilmente superable:

“Por fuerza física exterior irresistible, debe entenderse cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que dá por resultado que éste ejecute, irremediamente, lo que no ha querido ejecutar”.²²

Se sigue de ésto que la fundamentación de la negatividad de la conducta (como primer elemento del delito) se basa en que, siendo ella un comportamiento humano voluntario, generador de un resultado, y conteniendo, por ende, una manifestación de voluntad, el resultado que es producido mediante fuerza física irresistible no es voluntario, es decir, no es el efecto de una conducta penalística; de modo que, en términos generales, debe afirmarse que toda conducta que no sea voluntaria, en el sentido de espontánea y motivada, implica una ausencia de acción, es decir, el elemento negativo de la propia conducta, mismo que supone que el agente actúa involuntariamente, debido a la fuerza física procedente de otro que no le es posible resistir (“*vis absoluta*”).²³

2.- La fuerza mayor.- Un supuesto muy similar al anterior es este de la fuerza mayor, pues el sujeto también se ve irresistiblemente compelido a la conducta, pero ahora no por efecto de una fuerza humana, sino de la naturaleza (“*vis maior*”).²⁴

3.- Movimientos reflejos y fisiológicos.- Son los movimientos corporales involuntarios a plenitud, de modo que si el sujeto puede controlarlos o atenuarlos, ya no se erige el factor negativo del delito por ausencia de conducta.

También suele citarse, como aspectos negativos de la conducta, el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, ya que en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad careciendo de voluntad, toda vez que la conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias.²⁵

²² Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXXIV, p. 175.

²³ Márquez Piñero Rafael, “Fuerza física irresistible”, en Diccionario Jurídico Mexicano, ya cit., T. IV, p. 254.

²⁴ Castellanos Fernando, ob. cit., p. 164.

²⁵ Idem.

En nuestro Código Penal se asienta certera y brevemente en el capítulo destinado a las "causas de exclusión del delito", que éste se excluye cuando "I. El hecho que se realice sin intervención de la voluntad del agente" (Art. 15, Fr. I.).

- e) Tipicidad.- La primer calificativa que debe atribuirse a la conducta es la tipicidad, que es "la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción"²⁶; o bien, es el encuadramiento de la conducta con la descripción hecha en la ley, es decir, la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador, o adecuación de una conducta a la hipótesis legislativa.

En este punto, debe dilucidarse entre tipicidad y el tipo: éste es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en las normas penales; en tanto que aquélla es la adecuación de una conducta concreta a la descripción legal formulada en abstracto.

Ahora bien, la ley, al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva; por ejemplo, privar de la vida a otro.

Pero a veces el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos. Así, si las palabras empleadas en el tipo se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un "tipo normal". Si se hace necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica, el tipo será "anormal". Y también puede la descripción legal contener conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto, y entonces se está, en presencia de elementos subjetivos del tipo, como, v.g., el engaño en el fraude²⁷.

En su oportunidad, veremos que clases de elementos contiene la figura típica del hostigamiento sexual.

²⁶ Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, Buena Aires, Editorial Losada, 1976, Tomo III, p. 744.
²⁷ Castellanos Fernando, ob. cit., p. 170.

Por lo pronto, hemos de dejar asentado, con Jiménez de Asúa, que la tipicidad es rigurosamente penal, porque solo en este derecho funciona el tipo con carácter agotador, cosa que no ocurre en materia civil o comercial, ya que puede invocarse la costumbre, la analogía, los principios generales del derecho, la equidad, etc., junto a la ley que describe la figura del contrato o del testamento²⁸.

d) Ausencia de tipicidad o atipicidad.- Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado "atipicidad". Por lo tanto, ésta es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo, de suerte que si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa. Mas, cabe distinguir entre ausencia de tipo y de tipicidad. La primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería estar incluida en el catálogo de los delitos. En cambio, la ausencia de tipicidad, surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada, en razón de que ésta no se ajusta a los extremos descritos por el tipo²⁹.

Las causas de atipicidad son:

- 1.- Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo;
- 2.- Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas por el tipo;
- 3.- Si faltan el objeto material o el objeto jurídico;
- 4.- Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicos señalados en la ley;
- 5.- Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y
- 6.- Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial.

Algunos ejemplos: en determinados tipos se exige la calidad del sujeto activo de encargado del servicio público; en cuanto al objeto jurídico, no lo habrá si falta la institución o el interés por proteger,

²⁸ Tratado, T. III, Primera Parte, p. 682.

²⁹ Castellanos Fernando, ob. cit., p. 174.

como la falta de propiedad o posesión en los delitos patrimoniales. También habrá atipicidad al no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción, como cuando se pretende privar de la vida a quien ya no la tiene, caso en el que tampoco hay objeto jurídico. Igualmente, habrá ausencia de tipicidad cuando no se dan las condiciones de lugar y tiempo previstas en el tipo, como el "despoblado" en el delito de asalto. Finalmente, cuando las hipótesis legales requieren de modalidades específicas, éstas deben verificarse para la integración del ilícito, como en el caso de la violencia física o moral prevista para el delito de violación. Y, en cuanto a los elementos subjetivos del injusto, éstas constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue; v.g., los términos "intencionalmente", "a sabiendas", "con el propósito", etc., previstos en algunos tipos. Su ausencia determinará una atipicidad³⁰.

e) La antijuridicidad.- Comúnmente se acepta que lo antijurídico es lo contrario a derecho, por lo que el elemento del delito de la antijuridicidad denota un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Así lo explica distinguido autor: "Un hecho es antijurídico o jurídicamente ilícito cuando es contrario al Derecho. Este calificativo de contrariedad al derecho se llama antijuridicidad o ilicitud jurídica y expresa precisamente la relación de contradicción entre un hecho y el derecho"³¹.

Esta contradicción presenta dos aspectos: por una parte, desde el punto de vista formal una conducta es antijurídica cuando viola un precepto jurídico-penal; y por la otra, desde el punto de vista substancial, cuando lesione un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la comunidad, pues lo antijurídico implica desvalor, de modo que surge como un predicado de la conducta expresado negativamente, y significa una reprobación jurídica que recae sobre el hecho al ser éste puesto en relación y contraste con las esencias ideales que integran el orden jurídico³².

³⁰ Cfr., Castellanos Fernando, ob. cit., p.p. 175-176.

³¹ Petrocelli Biagio, "La antijuridicidad", en Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1963, p. 11.

³² Jiménez Huerta Mariano, La Antijuridicidad, México, 1952, Imprenta Universitaria, UNAM, p.p. 11-12.

Consecuentemente, cuando una conducta viola una norma objetiva del derecho (formalmente) y, materialmente, lesiona un bien jurídico concreto y ofende a los ideales valorativos de la comunidad, es antijurídica, produciéndose así el tercer elemento que ofrece el análisis del delito.

Debe tenerse presente que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico-causal, pues éste corresponde a la culpabilidad. Así, la antijuridicidad es puramente objetiva, ya que entiende únicamente al acto, a la conducta externa; y para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. Se llega así a la conclusión de que "una conducta es antijurídica cuando, siendo típica, no está protegida por una causa de justificación"³³.

Se llega así al aspecto negativo de este elemento del delito, que queda comprendido en los términos "causas de licitud".

f) Causas de licitud.- Llamadas también causas de justificación, entrañan el aspecto negativo de la antijuridicidad, de modo que son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Cuando una de ellas se hace presente es que falta tal elemento. Es así como la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho.

Por tanto, tales causas son las que tienen por efecto que un hecho generalmente antijurídico (ilícito, contrario al Derecho) no lo sea en el caso particular. Cuando el legislador penal define y castiga un hecho lo hace porque es jurídicamente perjudicial. Sin embargo, en ciertas circunstancias, ese mismo hecho se transforma de perjudicial en jurídicamente beneficioso, y ésto sucede precisamente en virtud de una causa de justificación o licitud³⁴.

En nuestro derecho, se consignan las siguientes causas de licitud:

³³ Porte Petit, Programa de la Parte General del Derecho Penal, México, 1958, p. 285.

³⁴ Cfr., Nuñez Ricardo C., "Causas de Justificación", en Enciclopedia Jurídica Omeba, T. II, p. 915.

a").- Legítima defensa (Art. 15, fracción IV);

b").- Estado de necesidad, cuando el bien sacrificado sea de menor importancia que el salvado.
(Art. 15, Frac. V);

c").- Cumplimiento de un deber (Art. 15, Frac. VI);

d").- Ejercicio de un derecho (Art. 15, Frac. VII);

En reforma relativamente reciente al Código Penal, se introdujo como causal el consentimiento del ofendido, dentro de los márgenes siguientes:

1.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado;

2.- Que el bien jurídico sea disponible;

3.- Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

4.- Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vínculo; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundamentalmente presumir que de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo (Art. 15, Fracc. III).

g) La imputabilidad.- Definida la imputabilidad como "la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el conocimiento del deber existente"³⁵, tal elemento del delito requiere que para que el individuo conozca la ilicitud del acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, es decir, tener las aptitudes intelectual y volitiva.

De ahí que se opine que, independientemente de constituir un elemento del delito, la imputabilidad debe ser considerada como el soporte o cimiento de la culpabilidad; "será imputable -dice Carranca y Trujillo- todo aquél que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el

³⁵ Mayer Ernest, cit. Por Jiménez de Asua, La ley y el Delito, México-Buenos Aires, 1954, Editorial Hermes, p. 359.

que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana”³⁶.

Esas exigencias o condiciones consisten en un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental; debiéndose tener presente que los sujetos en situación de minoridad son considerados como de inacabado desarrollo mental y por tanto en incapacidad de ligarse imputablemente con los delitos por ellos cometidos³⁷.

- b) Ausencia de imputabilidad o inimputabilidad.- La falta del elemento en cita, implicando la incapacidad psíquica delictiva, está prevista básicamente en la fracción VII del artículo 15 del Código Penal, al estatuir lo siguiente: “15.- El delito se excluye cuando... VII.- al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible...”.

La fracción citada agrega en un segundo párrafo: “Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69-Bis de éste código”.

Esta invocada disposición previene una penalidad o un tratamiento menor, al preceptuar lo siguiente:

“Artículo 69-Bis, si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, solo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de éste Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrán hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o a la medida de seguridad a

³⁶ Ob. cit., p. 431

³⁷ Castellanos Fernando, ob. cit., p. 218

la que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor”.

El artículo 67 contempla, en el caso de los inimputables, la imposición por el juzgador de la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente.

Es de observarse que la previsión de la inimputabilidad disminuída es relativamente reciente, y también alude a ella el artículo 68 actual, al disponer lo siguiente:

“Las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando, por cualquier medio, y a satisfacción de las mencionadas autoridades, el cumplimiento de las obligaciones contraídas”.

“La autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva, considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso”.

En cambio, el texto anterior del mencionado artículo 68, se encontraba expuesto en los siguientes términos:

“Los locos, idiotas, imbeciles, o los que sufran cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán recluídos en manicomios o en departamentos especiales por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos, con autorización del facultativo a un régimen de trabajo...”.

Antes de las reformas de que hemos hecho mención, la causa genérica de inimputabilidad estaba descrita en el artículo 15 al tenor siguiente:

Es causa de inimputabilidad “Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas,

embriagantes o enervantes, o por un estado toxinfecioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio" (Fracción II).

Como es de apreciarse, los textos de la indicada reforma, que ya hemos transcrito (artículos 15, fracción VII, y 68), así como el 67, superan con mucho las fórmulas anteriores, inclusive por la omisión de términos denigrantes para los incapacitados, a más de lo cual, el artículo 67, después de prescribir para los inimputables los medios de tratamiento en internamiento o en libertad, resume con certeza el supuesto de los inimputables por drogadicción, al preceptuar:

"... En caso de que el sentenciado tenga el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el juez ordenará también el tratamiento que proceda, por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico bajo la supervisión de aquélla, independientemente de la ejecución de la pena impuesta por el delito cometido".

Así pues, es de resumirse que, según las reformas aludidas, las causas de inimputabilidad en nuestro derecho, son el trastorno mental y el desarrollo intelectual retardado.

- 1) La culpabilidad.- Este elemento del delito ha sido definido como "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto"³⁸, o bien, "el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a construirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa"³⁹.

En el ámbito de la culpabilidad, han funcionado básicamente dos teorías, a saber: la psicologista y la normativista. La primera sostiene que la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-emocional desarrollado en el autor al incurrir en la conducta antijurídica. En cambio, la

³⁸ Porte Petit Candaudap Celestino, La importancia de la Dogmática Jurídico-penal, México, 1954, p. 49.

³⁹ Villalobos, ob. cit., p. 272.

segunda tesis estima que el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche. de modo que una conducta es culpable si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. de lo que se desprende que la culpabilidad no es simplemente un vínculo psicológico que existe entre el autor y el hecho, sino que es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico. Es por ello que destacado autor ha expuesto que culpabilidad es reprochabilidad, ya que con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochará al autor que no ha actuado conforme a derecho, aún cuando podía decidirse en favor del mismo⁴⁰.

Presenta la culpabilidad dos formas: el dolo y la culpa, según que el sujeto dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su imprudencia.

En este punto, el Código Penal previene que obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley; y obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales (Art. 9).

Por lo demás, el dispositivo previene que las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

- 1) Ausencia de culpabilidad o inculpabilidad.- Esta se produce cuando no se dan en el caso el dolo o la culpa.

En el Código Penal se sitúan las causas de inculpabilidad en las fracciones VIII y IX del artículo 15. Aquella previene que el delito se excluye cuando se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

- A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran al tipo penal, o

⁴⁰ Maurach Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Barcelona, Trad. De Córdoba Roda, Editorial Ariel, T. II, p. 14.

b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Se agrega que si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.

Dicho artículo 66 contempla dos clases de pena:

1a.- En caso de que el error a que se refiere el inciso A) de la fracción VIII del Art. 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización; y

2a.- Si el error vencible es el previsto en el inciso B) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate.

En cuanto a las causas de inculpabilidad a que se contrae la fracción IX del Art. 15, se encuentran englobadas dentro de la fórmula siguiente:

El delito se excluye cuando "Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho".

Se advierte que esta causa genérica de inculpabilidad corresponde a lo que en la teoría normativista se denomina "no exigibilidad de otra conducta".

k) Las condiciones objetivas de penalidad.- Tales condiciones, si bien son ajenas a la acción misma en su aspecto causal físico, pueden ser consideradas como anexos al tipo, como condiciones de la punibilidad o como condicionantes de la procedibilidad de la acción penal⁴¹. Más específicamente, podemos decir, con Castellanos Tena, que las aludidas condiciones no son elementos esenciales del tipo, de suerte que si las contiene la descripción legal, se tratará de

⁴¹ Carranca y Frújillo, ob. cit., p. 425

caracteres o partes integrantes del tipo: si falta en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos (V.G., la querrela necesaria de algunos delitos)⁴².

- l) Ausencia de condicionalidad objetiva.- Este aspecto negativo del eventual elemento de las condiciones objetivas de penalidad, se obtiene interpretando a *contrario sensu* los casos en que la ley las exija; debiéndose tener presente que es muy raro el tipo que las contenga.
- m) La punibilidad.- Consiste ésta en el merecimiento de una pena para el autor de una conducta culpable, que obviamente ya ha sido típica, antijurídica e imputable.

Dicho elemento tiene los siguientes aspectos:

- a").- Merecimiento de penas;
- b").- Amenaza estatal de imposición de sanciones si se reúnen todos los elementos del delito;
- c").- Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley⁴³.

En similares términos, se ha expresado que la punibilidad es la situación en que se encuentra quien por haber cometido una infracción delictiva se hace acreedor a un castigo, si bien existen circunstancias en que aún dándose la infracción penal y el autor de la misma, éste no puede ser castigado por razones previamente determinadas por el legislador⁴⁴.

Precisamente en este segundo supuesto, se da el elemento negativo de la penalidad, mismo al que en seguida haremos una breve alusión.

- n) Excusas absolutorias.- Llamanse así aquellas situaciones en las cuales, habiendo delito y delincuente, es decir, la realización de una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable, no hay posibilidad de aplicar una pena (legítima consecuencia del delito cometido por el delincuente) por diversas razones, todas ellas basadas en la utilidad y conveniencia, valoradas por el legislador que las concreta, de manera expresa, en una norma de la ley positiva. Por ende, las excusas

⁴² Ob. cit., p. 248

⁴³ Castellanos Fernando, ob. cit., p. 275

⁴⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XXIII, p. 931

absolutorias tienen como efecto fundamental y podríamos decir que único, el suprimir la punibilidad de un acto delictuoso, aun mediando todos los elementos indispensables para que ella se produzca, porque razones de diversa índole aconsejan la impunidad⁴⁵.

Entre las muy escasas excusas absolutorias previstas en el Código Penal, se encuentran las siguientes:

a")- Excusa en razón de mínima temibilidad:

"Artículo 375.- cuando el valor de lo robado no pase diez veces el salario, sea restituído por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia".

b")- Excusa en razón de la maternidad consciente:

"Artículo 333.- No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación".

Ya para terminar el presente capítulo, es de precisarse que los conceptos expuestos respecto al análisis dogmático de los delitos en general, habrán de ser la base indeclinable para llevar a cabo el estudio específico del delito de hostigamiento sexual.

⁴⁵ Cfr. Jurbe Octavio, "Excusas absolutorias", en Enciclopedia Jurídica Ormea, T. XI, p. 472

Capítulo Segundo

ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO

SEXUAL

I.- Descripción típica y elementos del delito. Presupuesto.

II.- La conducta y la ausencia de conducta.

III.- La tipicidad y la atipicidad.

IV.- Los bienes jurídicos tutelados.

V.- Antijuridicidad y causas de licitud.

VI.- Imputabilidad e inimputabilidad.

VII.- Culpabilidad y causas de inculpabilidad.

VIII.- Punibilidad y su aspecto negativo.

I.- DESCRIPCIÓN TÍPICA Y ELEMENTOS DEL DELITO. PRESUPUESTO.- Es conveniente aclarar que en el presente trabajo se seguirá el esquema clásico-causalista para ir acorde con la tradición doctrinal mexicana que siguen la mayoría de los autores nacionales dedicados a la Ciencia Penal. Desde luego, se impone transcribir el texto del delito que habrá de ser objeto de nuestro estudio. Tal figura se encuentra inserta dentro del Título Decimoquinto del Libro Segundo del Código Penal para el D.F. en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, mismo Título que comprende "Los delitos contra la libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual".

Se encuentra descrita en el artículo 259-Bis, del Capítulo I de dicho Título en los siguientes términos:

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

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

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

Como se aprecia, la norma transcrita contempla dos impuestos genéricos, a saber:

- 1o.- El asedio valiéndose el autor de su posición jerárquica; y
- 2o.- El asedio por parte de servidor público.

En uno y otro casos, la situación de prevalencia del agente del delito constituye un presupuesto, y en este punto debemos definir, con Manzini, que los presupuestos del delito son aquellos elementos jurídicos anteriores a la ejecución del hecho (positivos y negativos), a la existencia o inexistencia de los cuales está condicionada la existencia del título delictivo de que se trate⁴⁶.

⁴⁶ Manzini, cit. por Porte Petit, Apuntamientos, p. 210.

Tal concepción es claramente aplicable al caso en estudio, pues es claro que si no existiera situación previa de posición jerárquica o prestación de servicio público por parte del agente, la figura delictiva no podría darse.

En cuanto a los elementos integrantes del tipo en cita, de ellos se infiere que se trata de un tipo anormal, pues contiene los siguientes:

a).- Elementos descriptivos u objetivos.- Están constituidos por el asedio reiterado del agente a personas de cualquier sexo.

b).- Elementos de valoración cultural.- (normativa).- Son de este carácter los consistentes en que el agente ha de tener respecto de la víctima, una posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación. Ello, por lo que se refiere a la primera figura del artículo. En cuanto a la segunda, también se da el elemento de valoración cultural consistente en que el actor sea servidor público y que utilice los medios o circunstancias que el encargo le proporcione.

Esas situaciones de preeminencia del sujeto son, en ambos casos, de clara valoración cultural, ya que las relaciones pueden devenir de vinculaciones del Derecho del Trabajo, de una situación pedagógica, doméstica o cualquiera otra que implique subordinación, siendo este efecto también de índole normativa, pues implica una relación de dependencia del sujeto pasivo del delito en cuanto al actor.

c).- Elementos subjetivos.- El legislador, al formular los tipos penales, alude algunas veces a la dirección o sentido que el autor del delito ha de imprimir a su conducta, o sea, un específico modo de ser o de estar del coeficiente psicológico de dicho comportamiento, bien integrado en sus caracteres hasta conformar un estado de conciencia, para de esta manera dejar inequívoca constancia de que la conducta que se tipifica es solamente aquella que está presidida por dicha finalidad o estado y evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como típico cualquier acto externo⁴⁷.

⁴⁷ Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano. T. I., Editorial Porrúa, 1982..

En el caso a estudio, el elemento subjetivo está claramente definido desde el inicio de la fórmula legal: "Al que con fines lascivos...".

Pero, ¿Qué es la lascivia?

Ya lo dice el diccionario: del latín "*lascivia*", el término significa "la propensión al deleite carnal"⁴⁸.

Como se aprecia, la definición tiene amplios extremos; pero en el caso a estudio no se llega a los que señala Martínez Roaro, cuando expresa que degeneración, aberración, desviación, perversión y, en términos más recientes, sexopatías o sexopatologías, son conceptos usados (seguidos los primeros del calificativo "sexual"), para denominar conductas referentes a la sexualidad, que en un momento y lugar determinados, van en contra de lo que la moral imperante considera normal, sano, correcto, bueno.

Estas mismas conductas en otras épocas y lugares pudieron haber sido vistas con indiferencia por la comunidad o incluso consideradas perfectamente normales, como, por ejemplo, el incesto, que no solo era permitido, sino obligatorio entre los faraones egipcios para conservar la pureza de su raza; o ciertas posturas o prácticas del coito entre hombre y mujer, que, consideradas no hace mucho como ejercitadas sólo por hombres degenerados y prostitutas, hace siglos eran practicadas de manera común y corriente en la India y han sido vueltas a usar hoy día por matrimonios o parejas jóvenes⁴⁹.

Volviendo al elemento subjetivo "asedio", que es el núcleo central del delito, si bien gramaticalmente significa "importunar sin descanso"⁵⁰, en su estudio jurídico, y enlazado a la lascividad, constituye un estado o proceso de naturaleza externa, susceptible de ser determinado espacial o temporalmente, aunque se aprecia que se desenvuelve en varios o muchos momentos, toda vez que el asedio supone una serie de actitudes sucesivas y constantes, esto es que se manifiestan, como dice el Código, "reiteradamente".

⁴⁸ Diccionario Ideológico de la Lengua Española Julio Casares de la Real Academia Española, Barcelona, 1979, Editorial Gustavo Gili, p. 502.

⁴⁹ Martínez Roaro Marcela, Delitos Sexuales, México, 1991, Editorial Porrúa, p. 29.

⁵⁰ Diccionario Ideológico, ob. cit., p. 76.

Las tres clases de elementos a que hemos aludido constituyen la composición de la figura típica. Ahora bien, en cuanto a la estructura de ésta, se observa la concurrencia del sujeto activo y del sujeto pasivo.

En esta materia, y en la doctrina en general, se ha dicho que los tipos delictivos hacen mención expresa y directa de tales sujetos. Respecto al activo, la noción de "autor" ha de ser construida restrictivamente, ya que no lo es todo sujeto que ha cooperado a un resultado lesivo, sino sólo aquel que ejecuta la conducta descrita en el tipo. Se denomina sujeto activo primario para subrayar que es sujeto activo por originaria, directa e inmediata determinación típica, así como también para diferenciarle de aquellos otros sujetos activos llamados "secundarios" que afloran en ulterior plano en virtud de un dispositivo que se ensambla al tipo penal y produce su amplificación.

En el tipo a estudio, dada la especial intencionalidad lasciva del autor, y a la continuidad de las lesivas acciones que se suceden en el tiempo y que constituyen el asedio, no cabe el supuesto de la existencia de sujetos secundarios.

Limitándonos, pues, a la mención del autor o sujeto primario, se ha expuesto en la doctrina que la mayor parte de los tipos penales se refieren a él comprendiendo todos los seres vivos racionales del mundo circundante; y los códigos de la materia resumen éste concepto mediante fórmulas tales como "Al que haga...", "Al que omita...", "A quienes...", (en el caso que nos interesa "Al que...asedie..."). Pero, excepcionalmente, el tipo exige una determinada cualidad especial del sujeto, caso en el cual ya el margen de posibles agentes se reduce en amplia medida. Tales son los llamados delitos "propios", "especiales", "particulares" o "exclusivos", es decir, los que sólo pueden ser cometidos por una determinada categoría de personas, y se oponen a los "comunes", que pueden ser realizados por cualquiera. Ejemplos: de delito propio: las numerosas infracciones penales que pueden cometer los

funcionarios públicos; de delito común: el de homicidio, que puede ser llevado a cabo por cualquier persona⁵¹.

Como fácilmente puede observarse, el tipo del delito de hostigamiento sexual es propio, especial, particular o exclusivo pues sus autores pueden ser únicamente aquellos que tienen una posición jerárquica sobre el sujeto pasivo, derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación; y el delito es propio también en el supuesto del segundo párrafo del Art. 259 Bis, pues alude al hostigador que tenga el carácter de servidor público.

En cuanto al sujeto pasivo, es de aclararse primeramente que en todo delito hay dos: uno constante, el Estado-Administración, que está presente en toda infracción penal, pues ésta implica la violación de un interés público estatal; y uno eventual, que es el titular del interés concreto ofendido por el actuar delictivo⁵².

En el delito a estudio concurren ambos sujetos, aunque con la particularidad de que el sujeto eventual ha de formular querrela necesariamente para que el tipo se complemente o, mejor dicho, tenga operancia.

Réstanos agregar dentro del presente inciso, que los tipos aparecen frecuentemente ordenados en el articulado de la Parte Especial del Código Penal en razón de los valores que protegen. Así, la identidad de naturaleza forja una categoría común que sirve de título o rúbrica a cada grupo de tipos, surgiendo entonces las distintas especies delictivas que consagran dichos Ordenamientos y, consecuentemente, "una familia de delitos".

Como se observa en nuestro Código el delito en estudio se sitúa dentro de la "familia" de los Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual, previstos, como ya hemos mencionado, en el

⁵¹ Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, T. I., p.p. 95-96.

⁵² Cfr. Bettiol Giuseppe, Derecho Penal, Parte General, Bogotá, 1965, Editorial Temis, p. 610.

Título Décimoquinto del propio Ordenamiento, siendo las restantes figuras las de abuso sexual, estupro, violación, incesto y adulterio. (Artículos 260 a 276).

Ubicado así el delito que hemos de analizar dogmáticamente, abordaremos el examen del primer elemento del mismo, y su aspecto negativo.

II.- LA CONDUCTA Y LA AUSENCIA DE CONDUCTA.- La conducta ha sido definida, según ya vimos, como "el comportamiento humano, positivo o negativo, encaminado a un propósito"⁵³. Sobre la base de ese sentido general del término, ya desde el punto de vista jurídico se ha expuesto con acierto que la palabra conducta, penalísticamente aplicada, es una expresión de carácter genérico significativa de que toda figura típica contiene un comportamiento humano, siendo así, con estos antecedentes de que nos ocupamos en el Primer Capítulo de este trabajo, como hemos de examinar la conducta que caracteriza al delito en estudio.

Desde luego, resalta como concepto central el comportamiento consistente en que el autor ascdie reiteradamente a personas de cualquier sexo con fines lascivos.

En este punto, y siguiendo a Cosacov Belanus, debemos hacer las siguientes aclaraciones doctrinarias, mismas que se requieren en razón de la finalidad lasciva que matiza la aludida conducta de asedio.

La conducta, como elemento del delito y en este sentido como género de la acción y de la omisión, tiene mayor o menor alcance según las distintas teorías del delito. Para los autores que siguen el concepto causal de la acción, la conducta comprende la voluntad, la actividad y, en el caso de la omisión, el deber jurídico de abstenerse. Pero la voluntad que se toma en cuenta en este caso es una voluntad como causa del hacer u omitir externo, y no la voluntad como efecto de una decisión finalista. En cambio, para la teoría finalista del delito, la conducta es tomada en cuenta desde el punto de vista de una actividad dirigida a su meta por la voluntad. También es causal la llamada concepción finalista

⁵³ Castellanos Fernando, ob. cit., p. 149.

de la acción, pero en ella ésta no es la causa sino efecto y por lo tanto el dolo o la finalidad ilícita aparece en los delitos dolosos y culposos, respectivamente, como uno de sus elementos. En estas teorías del causalismo se ha incurrido en el error de discutir la cuestión en el plano de lo prejurídico o naturalístico, es decir, la conducta, vista desde el ángulo de esa interpretación causal, constituye un objeto de conocimiento distinto al de la conducta vista bajo un esquema de interpretación normativo. Desde este último punto de vista, acción y omisión constituyen conceptos intercambiables, mientras que desde un enfoque naturalístico o causal, tal cosa no es posible⁵⁴.

En el delito que tratamos es de suyo aplicable la anterior argumentación, pues ya hemos dicho que su conducta (el asedio reiterado) está decisivamente matizada por la finalidad lasciva, sin que ello implique que ésta no deba situarse en el ámbito de la culpabilidad, pues, de conformidad con la captación heptatómica del delito, es el marco del elemento culpabilidad en donde ha de resolverse lo relativo al contenido psicológico del delito. Por tanto, es de reiterarse que la finalidad lasciva del autor no constituye, dentro de la conducta, más que un elemento subjetivo de la misma, con el que han de concurrir, para integrarla, los restantes elementos (objetivos y normativos) de que ya hemos hecho Mérito.

En lo que respecta a la ausencia de conducta, en cuanto elemento negativo del delito, se aprecia que en la figura que estamos examinando, la finalidad lasciva inherente a la conducta, excluye la posibilidad de operancia de la fuerza física irresistible; sucediendo lo propio con la fuerza mayor y los movimientos reflejos y psicológicos, en razón de que la una y los otros deben ser eventuales, y, en cambio, en el delito a estudio el asedio ha de ser reiterado.

III.- LA TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD.- Cuando la conducta se adecúa al tipo se genera la tipicidad. Así pues, se produce la tipicidad cuando el hostigador sexual, teniendo fines lascivos, asedia reiteradamente a personas de cualquier sexo, y se vale para ello de una posición jerárquica que implica

⁵⁴ Casacov Belanos Gustavo, "Conducta", en Diccionario Jurídico Mexicano, T. II, p. 204

subordinación del sujeto pasivo, pudiendo valerse también de su condición de servidor público; y a consecuencia de lo cual se cause algún perjuicio o daño.

La Dogmática sostiene que la conducta que se adecúa al tipo y es, por ende, típica, puede encuadrarse en forma comisiva u omisiva, y, por otra parte, de modo instantáneo, permanente y continuado.

Respecto a las primeras formas citadas, se afirma que los delitos de acción se integran por una actividad corporal y los de omisión con una inercia o inactividad.

En cuanto a los segundos modos señalados, es de decirse que las conductas pueden infringir los imperativos de las normas tuteladas en las figuras típicas en forma instantánea, permanente o continuada. Sucede la primera cuando el comportamiento, al propio tiempo que viola la norma penal, destruye el bien jurídico protegido que la norma protege. Acaece la forma permanente cuando la violación de la norma se prolonga sin solución de continuidad merced a la conducta ininterrumpida del agente, lesionando, sin destruirle, el bien jurídico en ella protegido. Y se da la forma continuada cuando hay varias acciones y una sola lesión jurídica, por lo que es continuada en la conciencia y discontinua en la ejecución. De ahí, la clasificación entre delitos instantáneos, permanentes y continuados; siendo ejemplo de los primeros el homicidio, de los segundos la privación ilegal de la libertad, y de los terceros, el robo sistemático en un comercio⁵⁵.

Aplicando estas nociones al delito que nos interesa, se observa que la conducta es desde luego comisiva, pues el asedio consta de acciones y no de omisiones; y es continuado, ya que hay unidad de propósito en el hostigador y la pluralidad de conductas que integran el asedio.

También debe decirse que la conducta que se adecúa al tipo puede tener un efecto solamente formal o un resultado material, lo cual nos lleva a la distinción de los delitos en formales y materiales, siendo los primeros aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del

⁵⁵ Castellanos Fernando, ob. cit., p.p. 138-139.

agente, resultando innecesario para su integración la producción de un resultado externo; ejemplos: falso testimonio, portación de arma prohibida.

En cambio, los delitos materiales son aquellos en los cuales, para su integración, se requiere la producción de un resultado objetivo o material; ejemplos: homicidio, robo⁵⁶.

En este contexto, el delito en estudio es de resultado material, pues el párrafo segundo del artículo 259 Bis previene claramente que "Solamente será punible el hostigamiento sexual cuando se cause perjuicio o daño".

Consecuentemente, el comportamiento típico debe producir un resultado objetivo.

En cuanto a la atipicidad y sus causas, en el aludido delito puede operar la ausencia de la calidad exigida por la ley, cuando el autor no tiene la posición jerárquica sobre el sujeto pasivo y, por ende, éste no le está subordinado, y además, también se da la atipicidad cuando falta el elemento subjetivo del injusto consistente en la finalidad lasciva, por ejemplo cuando una persona abraza o muestra otros sentimientos de afecto en forma reiterada a otra, sin ningún ánimo sexual. Obviamente, en tales supuestos no habría adecuación de la conducta al tipo y por ende no habría delito de hostigamiento erótico.

IV.- LOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS.- El bien jurídico es el objeto de protección de las normas jurídicas. El bien en general entra a la regulación del Derecho cuando el legislador observa la realidad social y dependiendo de su ideología determina que sean la vida, la libertad, la seguridad, la honra, la propiedad, etc. Y la forma de proteger esos bienes jurídicos precisados por el legislador es mediante sanción, que puede ser civil o penal. Así establece que cuando una persona comete un acto ilícito que consiste en violar los bienes jurídicos de otra, le será aplicada una sanción que consiste en

⁵⁶ Castellanos Fernando, ob. cit., p. 137.

irrogar coactivamente un mal, es decir privarlo de un bien (de su vida, de su libertad, de su propiedad, etc.)⁵⁷.

Teniendo raigambre Constitucional la protección de los bienes jurídicos (Arts. 14 y 16, sobre todo), en materia penal, cada tipo consignado en el Código de la Materia tutela un bien jurídico.

La libertad civil de los seres humanos, o sea su señorío de conducirse con libertad y madurez, en sus relaciones interpersonales, es tutelada penalmente de modo tan completo que aún antes de que aquellos adquieran condiciones psíquicas que las habilitan para consentir y decidir, está ya prevista la protección, como sucede, con algunas situaciones fácticas en las que aún con el consentimiento del sujeto pasivo, se configuran determinados tipos penales ofensivos del bien jurídico de la libertad, como acontece, v. g., en los delitos de estupro (Art. 262) y abuso sexual, que parece contemplar dos tipos, que en seguida transcribimos:

“Artículo 260.- Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión”; y

“Artículo 261.- Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en una persona mayor de doce años o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, se le aplicará una pena de seis meses a tres años de prisión, o tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo tiempo.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la pena será de dos a siete años de prisión”.

Tales delitos, así como el estupro, la violación, el incesto y el adulterio, y, desde luego, el hostigamiento sexual, se ubican, como ya dijimos, en el Título Décimoquinto del Libro Segundo del

⁵⁷ González Ruiz Samuel Antonio, “Bien Jurídico”, en Diccionario Jurídico Mexicano, T. I, p. 286. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Código Penal, cuyo rubro designa precisamente los bienes jurídicos que tales figuras tutelan: la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual.

V.- ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE LICITUD.- Con base en lo que ya tenemos expuesto acerca de estos dos elementos (positivo y negativo), del delito en general, es de precisarse que, dado el especial matiz subjetivo del hostigamiento sexual, no operan en el caso las causas de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho. Pero sí sería de aplicación la relativa al consentimiento del ofendido, mismo que ha de ser expreso o tácito y sin que medie algún vicio, pudiendo también operar la causal de licitud en el supuesto de que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular éste hubiera otorgado el propio consentimiento.

Ello indica que habrá causa de licitud, o exclusión de la antijuridicidad, cuando se pruebe que la persona que se dice hostigada (v. g., una empleada, una sirvienta, etc.) manifestó, durante el asedio, su consentimiento para el despliegue de la conducta lasciva del sujeto activo del delito, ya sea expresa o bien tácitamente.

Por ende, el comportamiento típico del autor carece de la calificativa de lo injusto.

En la hipótesis del consentimiento la causal de licitud puede existir plenamente, ya que, como lo exige la fracción III del Art. 15 del Código Penal, además de que aquél sea expreso o tácito, el bien jurídico es disponible y su titular tiene la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo.

En la vida real no es nada insólito que muchachas de la servidumbre o de la burocracia consientan el asedio sexual de patrones y jefes, si bien en determinado momento y debido a resentimiento que deviene de otras causas, pudieran llegar a querrellarse por el delito que se analiza.

VI.- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.- Recordando que las causas de inimputabilidad son el trastorno mental y el desarrollo intelectual retardado, es de precisarse que una u otra pueden

tener operancia en el delito de hostigamiento sexual, pues precisamente una de las tendencias de los sujetos inmersos en tales estados es precisamente el erotismo, toda vez que en esos estados de deficiencia psicológica se exacerban los impulsos sexuales, siendo así factible que el autor del hostigamiento pueda ser inimputable.

Quizás puedan tener alguna relación aquellas anomalías mentales con lo expuesto por los doctores A. Willy y C. Jamont en los términos siguientes:

“...el hombre con su libre albedrío, no admite limitaciones. Puede frenar o lanzarse al desenfreno. Esta es la causa de las perversiones y desviaciones en la sexualidad, cuando ésta se torna obsesiva. Claro que no todo es fruto de la voluntad. Hay causas constitutivas, desequilibrios hormonales y estados intersexuales congénitos.

Pero existen también otras tendencias psíquicas que llevan a extremos tales como el masoquismo, el sadismo, el fetichismo, etc., propios de seres débiles e inadaptados”⁵⁸.

Ciertamente, un desarrollo intelectual retardado generalmente trae aparejado un ánimo sexual desbordado y en esta condición podrían situarse, entre otros muchos, algunos hostigadores, a quienes, por lo expuesto, beneficiaría la inimputabilidad.

VII.- CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD.- El delito de hostigamiento sexual no puede cometerse culposamente, ya que su descripción típica contiene un elemento de forzosa índole dolosa que es el de los “ fines lascivos” .

Tampoco pueden producirse causas de inculpabilidad ,en atención a dos razones:

Ia.- El tipo se encuentra impregnado fuertemente , como acabamos de decir , de la finalidad anímica dolosa;

y

⁵⁸ Tomado de Martínez Roaro, ob. cit., p. 30.

2a.- La continuada serie de acciones que constituyen el asedio , excluye la posibilidad de que la conducta se realice por error o por la no exigibilidad de otra conducta.

VIII .- PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.-Aclarando desde luego que en el delito de hostigamiento sexual y al tenor del párrafo tercero del Art. 259-Bis, se contempla la condición objetiva de penalidad consistente en que "Solo se procederá contra el hostigador a petición de parte ofendida", es decir, la querrela necesaria, se aprecia que su sanción es únicamente "hasta de cuarenta días de multa" y si el hostigador fuese servidor público, procederá también la destitución del cargo . Todo ello sobre la base imprescindible de que solamente será punible este delito "cuando se cause un perjuicio o daño" (Art. 259-Bis, párrafo segundo).

Dejando para posterior examen la problemática consistente en la escasa penalidad que establece dicho dispositivo, sólo agregamos ahora que, al parecer en el delito en cita no se da ninguna excusa absolutoria, ya que el Código de la Materia únicamente contempla la de mínima temibilidad, exclusiva para el delito de robo, y de la maternidad consciente, relativa al aborto.

Sin embargo, se hace obligada una referencia especial a lo dispuesto por el citado artículo en el sentido de que el delito de hostigamiento sexual "Solamente será punible ... cuando se cause un perjuicio o daño".

Al respecto, creo que este agregado a la descripción legal del hostigamiento sexual está completamente fuera del contexto preético de la norma; y también estimo que lo reducido de la sanción y su índole exclusivamente pecuniaria, son susceptibles de crítica: más de estas tres consideraciones haré especial mención, aludiendo a los fundamentos críticos, en el capítulo correspondiente, al ocuparme de las propuestas del presente trabajo.

Capítulo Tercero

FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO EN ESTUDIO

I.- Consumación.

II.- Problemática de la tentativa.

III.- Aspecto de la participación.

IV.- Concurso de delitos.

I.- CONSUMACIÓN.- En la vida del delito en general, éste se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente del sujeto activo, hasta su terminación, recorriendo así un trayecto definido desde su iniciación hasta su total agotamiento. A este proceso psicológico se le denomina "*iter criminis*", o sea, "camino del crimen", y solo es en los delitos dolosos, ya que en los de culpa la voluntad no se dirige a la producción del hecho típico penal, sino únicamente a la realización de la conducta inicial, siendo así que la vida del delito culposo surge cuando el sujeto descuida, en su actuar, las precauciones que debe tener presentes para evitar la alteración o la lesión del orden jurídico. Por tanto, el delito culposo empieza a vivir con la ejecución misma, pero no puede quedar en grado de tentativa, ya que ésta requiere de la realización de actos voluntariamente encaminados a la comisión del delito.

Comprende el "*iter criminis*" dos fases : la interna y la externa. La primera designa la trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta que está a punto de exteriorizarse. La segunda, principia con la manifestación y termina con la consumación.

La fase interna abarca tres etapas, que son :

1a.- La **idea** criminosa o **ideación**, que inicia la aparición, en la mente humana, de la tentación de delinquir;

2a.- **La deliberación**, que consiste en la evaluación entre el pro y el contra que, en cuanto al delito, lleva a cabo el agente en su psique; y

3a.- **La resolución**, que deviene cuando el sujeto decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito, si bien su voluntad criminosa no ha salido al exterior.

La fase externa también comprende tres etapas, a saber:

1a.- **La manifestación**, que cubre el periodo en que la idea criminosa aflora al exterior, pero sólo como idea o pensamiento exteriorizado;

2a.- **La preparación**, que es el momento de la realización de actos preparatorios que se producen después de la manifestación y antes de la ejecución; y

3a.- **La ejecución**, que es el momento de la realización plena del delito, misma fase en que pueden producirse dos diversas situaciones: la tentativa y la consumación.

Toda vez que a la tentativa nos referimos en el siguiente inciso del presente trabajo, ahora precisaremos que la consumación es la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal⁵⁹.

De ahí, que se haya afirmado claramente que la consumación del delito es la fase del "iter criminis" en que se produce la lesión al bien jurídico, siendo por ello que se realiza en el momento mismo en que se ejecutan los elementos del tipo objetivo.

Aplicando las anteriores nociones al delito de hostigamiento sexual, puede hacerse el siguiente análisis:

ITER CRIMINIS

a).- **Fase interna:**

1.- **Idea criminosa o ideación**.- Es cuando el sujeto concibe la idea de empezar a asediar a alguna persona de cualquier sexo (generalmente mujer), llevado por una inclinación lasciva;

2.- **Deliberación**.- En esta etapa, el agente hace consideraciones sobre "si vale la pena" iniciar el asedio reiterado a la persona por la que siente una inclinación erótica, que se enfatiza por el trato frecuente con ella en razón de que ésta tiene con él relaciones de subordinación;

3.- **Resolución**.- Es en esta fase en la que el sujeto opta por la decisión de llevar a cabo el asedio reiterado de índole sexual;

b).- **Fase externa:**

⁵⁹ Cfr., Castellanos Fernando, ob. cit., p.p. 253 a 256.

1.- Manifestación.- Señala esta fase los momentos en que el agente exterioriza en alguna forma su resolución de iniciar el actuar delictivo, como, por ejemplo, platicando a algún amigo de confianza que tiene "debilidad" con su empleada, debida a una inclinación sexual y por ello "le va a hacer la lucha".

2.- Preparación.- En relación con esta fase, resulta conveniente asentar una alusión doctrinaria:

"Cuando a la concepción criminosa sigue la fase en la cual el agente se decide a llevarla a cabo, buscando los medios adecuados para ello, estudiando el lugar del hecho, eligiendo cómplices y buscando todos aquellos elementos que le faciliten su actividad dañosa, hemos entrado en lo que la Doctrina denomina 'actos preparatorios'. Tampoco ellos son incriminables (al igual que los de la fase interna), pues no existe aún en estos casos más que un peligro remoto para la sociedad, la voluntad del agente no es aún cierta y determinada a la consumación del crimen..."⁶⁰.

En cuanto al hostigamiento sexual, es muy parco el cuadro respecto a expectativas de actos preparatorios, pudiendo citarse únicamente como tales el hecho de que el agente cite a solas a su próxima víctima o el de emplear medios de halago para ésta, a efecto de poder dar entrada a su asedio sexual.

3.- Ejecución.- Siendo ésta la realización plena de un delito, en el hostigamiento sexual se presenta la problemática derivada de su carácter de delito continuado. De ahí que sea conducente especificar que en el delito continuado "las varias y diversas consumaciones no son más que varias y diversas partes de una consumación sola"⁶¹.

En vía de aclaración sobre este tema, hemos de agregar que en el tema doctrinario de la conceptualización del delito continuado destacan dos sistemas: el de la Escuela alemana, sosteniendo una tesis objetiva o realista, y el de la italiana, que postula una teoría subjetiva.

⁶⁰ De Benedetti Wesley, "Actos preparatorios del delito", en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, p. 431.

⁶¹ Alimena, cit. por Castellanos Tena, ob. cit., p. 139.

La primera, pone el énfasis en la similitud de las sucesivas acciones del delito continuado, por lo que estima que éste debe tener los siguientes elementos:

- a).- Unidad de ocasión;
- b).- Similitud de tipo;
- c).- Unidad de bien jurídico lesionado; y
- d).- Homogeneidad en la ejecución⁶².

En cambio, la doctrina italiana pone de relieve la prevalecencia del aspecto subjetivo de tal clase de delito, proponiendo sus siguientes elementos:

- a).- Unidad de resolución;
- b).- Unidad de lesión jurídica; y
- c).- Pluralidad de acciones.

Se sostiene así -y ésta argumentación es muy aplicable y válida para el delito de hostigamiento sexual-, que el elemento intencional debe estar presidiendo todo el concepto de la continuidad, es decir, cubriendo como un manto toda la pluralidad de acciones exigidas y la violación de la norma; de suerte que siempre debe estar como norma rectora esa unidad de resolución, ya que es la que hará decidir las otras cuestiones que se plantean; "veremos siempre que a pesar de que se den todas las demás circunstancias que caracterizan el delito (continuado), carece de todo valor si le falta esa unidad que le otorga el elemento intencional"⁶³.

En el hostigamiento son, pues, los fines lascivos ese elemento intencional que dá unidad al delito, y toda vez que el asedio debe ser reiterado -como lo estatuye el artículo que hemos mencionado-, se ha de requerir una pluralidad de acciones para que esta infracción penal se considere ejecutada.

⁶² Puig Peña, Derecho Penal, citado en Enciclopedia Jurídica Orbea por Francisco Madariaga, T. VI, p. 263.

⁶³ Madariaga Francisco, "Delito Continuo", en Enciclopedia Jurídica Orbea, T. VI, p. 265.

II.- PROBLEMÁTICA DE LA TENTATIVA.- “Existe tentativa punible -según el primer párrafo del artículo 12 del C.P.- cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente”.

Es importante establecer la diferencia entre la tentativa acabada y la inacabada o delito intentado. La primera se dá cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad.

En segunda, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno (o varios) y por eso el evento no se produce, es decir, hay una incompleta ejecución⁶⁴.

En el delito de hostigamiento sexual, con base en lo dispuesto por el párrafo segundo del Art. 259-Bis, en el sentido de que sólo será punible “cuando se cause un perjuicio o daño”, y con apoyo doctrinario en lo resumido por Jiménez Huerta al expresar que “en todos los delitos de resultado, la tentativa es perfectamente configurable”⁶⁵, es dable considerar que el asedio reiterado con fines lascivos puede asumir las dos formas de tentativa, cuando la aludida conducta no llegue a causar un perjuicio o daño en el ámbito de los derechos del sujeto pasivo.

III.- ASPECTO DE LA PARTICIPACIÓN.- Enseña la doctrina que la participación consiste en la voluntaria cooperación de dos o más individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad.

Para examinar dicha forma de aparición del delito, es preciso aclarar que, por regla general, los delitos son unisubjetivos, es decir, sólo requieren en su realización un sujeto-agente.

⁶⁴ Castellanos Fernando, ob. cit., p. 257.

⁶⁵ Ob. cit., T. III, p. 291.

Excepcionalmente, son plursubjetivos, o sea, cuando el tipo legal reclama el comportamiento de varios individuos. Consecuentemente, en el primer grupo de delitos basta un sujeto para colmar el tipo, y en ellos es viable la concurrencia de varios agentes y entonces se habla de participación o concurso eventual de personas en la comisión del ilícito. En cambio, el concurso necesario se da cuando la estructura del delito requiere dos o más sujetos activos, como, v. g., el adulterio.

Básicamente, existen los siguientes grados de participación en la comisión de un delito:

- a).- El autor, que es el sujeto que material y psicológicamente es causa del hecho típico. Por tanto, puede haber autores materiales y autores intelectuales;
- b).- Coautores, que son los dos varios sujetos que originan el delito; y
- c).- Los cómplices, que son quienes, aún cuando contribuyen secundariamente, su intervención resulta eficaz en el hecho delictuoso.

Las formas de participación se clasifican según el grado, la calidad, el tiempo y la eficacia, las menciono brevemente.

a).- Según el grado, la participación puede ser principal o accesoria, refiriéndose la primera a la consumación del delito, y la segunda, a la preparación del mismo:

b).- De acuerdo con la calidad, la participación puede ser moral o física, comprendiendo la primera tanto la instigación como la determinación o provocación; y la segunda, abarcando los diversos aspectos de la intervención material:

c).- Según el tiempo, la participación es anterior, si el acuerdo es previo a la comisión del delito, y en tal momento se precisa la intervención que en él toma cada partícipe: concomitante, si la temporalidad está referida al momento mismo de la ejecución del delito; y posterior, cuando se comprenden actos que se ejecutan después del evento, pero con acuerdo previo; y

d).- Según su eficacia, la participación es necesaria y no necesaria, de conformidad con la naturaleza del delito, ya sea que este exija o no, para su comisión, el concurso de personas.

Es de mencionarse que en la instigación el sujeto quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro; quiere causar la conducta delictiva a través de la psique de otro, determinando en éste la resolución de ejecución. En cambio, la determinación o provocación se da cuando el sujeto únicamente aprovecha la idea ya existente en otro, realizando actos o procurando consejos, con fuerza de convencimiento para reforzar la idea inicial y determina la ejecución del ilícito⁶⁶.

Jiménez Huerta explica esta forma de aparición del delito expresando que "La figura típica no sólo se amplía en proyección del propio comportamiento del sujeto activo primario (autor) captando momentos de su conducta que yacen con anterioridad al instante consumativo que el tipo recoge, sino también en proyección de personas y acciones diversas de las que la figura menciona específicamente"⁶⁷.

Nuestro Código Penal enumera las personas responsables de los delitos expresando que son autores o partícipes del mismo:

I.- Los que acuerden o preparen su realización;

II.- Los que lo realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilios a otro para su comisión.

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y

⁶⁶ Soler Sebastián, ob. cit., T. II, p. 259

⁶⁷ Ob. cit., T. I, p. 393.

VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo. (Art. 13).

En el delito que tenemos en estudio, no cabe la coautoría, pues el delito es muy personal en razón de su raigambre psicológica consistente en los fines lascivos. Pero, si es imaginable la participación de cómplices, como puede ser, v. g., los empleados que "animan" a su jefe a "hacerle la lucha" a determinada compañera atractiva, colaborando así en el despliegue de la reiterativa conducta asediante del propio agente del delito.

IV.- CONCURSO DE DELITOS.- Generalmente, el agente del delito comete una sola infracción penal; pero, en vía de excepción, es autor de varias infracciones penales, siendo así cuando surge la situación que se denomina "concurso de delitos", situación que contempla dos modos: el ideal o formal, que es dable cuando mediante una sola conducta se producen varios resultados delictivos, y el real o material, que deriva de varias conductas que a su vez producen varios resultados típicos. En el primero hay unidad de acción y pluralidad de resultados, pues con un solo comportamiento se infringen varias disposiciones penales; en el segundo, hay pluralidad de acciones y de resultados.

Se da otro caso: aquél en que una conducta persistente delictuosa puede lesionar el mismo bien jurídico protegido por el Derecho.

Trátase entonces del delito continuado, que ya hemos citado, y el cual es diferente del permanente, ya que en éste último la acción delictiva permite la posibilidad de prolongarla en el tiempo, de modo que resulta idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos⁶⁸.

Por consiguiente, la concurrencia de varias lesiones autónomas entre sí de la ley penal, es una condición general del concurso de delitos; y dándose este presupuesto, la especie del concurso cambia con arreglo a cómo el agente haya producido esas lesiones autónomas:

a).- Si las ha producido con una acción o con un hecho, el concurso es sólo ideal o formal:

⁶⁸ Vidal Riveroll Carlos. "Concurso de delitos", en Diccionario Jurídico Mexicano, T. II, p.p. 196-197.

b).- Si las ha producido con varias acciones o con varios hechos independientes entre si, el concurso de delitos es real o material.

La razón para diferenciar ambos concursos, reside en que en el primero, a pesar de que el delincuente viola efectivamente más de una ley penal automáticamente aplicable al caso, se considera que ontológicamente, en virtud de la unidad de la acción o del hecho, únicamente existe un solo acto de culpabilidad, una sola determinación o resolución delictuosa. "El respeto al principio fundamental del Derecho Penal del '*non bis in idem*', exige que a esta unidad de determinación delictuosa siga la unidad de la pena, excluyéndose así el cúmulo de las penas correspondientes a las distintas leyes violadas. Nada de esto ocurre en el concurso real"⁶⁹.

En el Código Penal se previene que en el caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor; la cual podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración; y en caso de concurso real se impondrá la suma de las penas de los delitos cometidos si ellas son de diversa especie. Si son de la misma especie se aplicarán las correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse en una mitad más, sin que excedan de los máximos señalados en el propio Código. (Art. 64).

Ello en cuanto a la penalidad de estos casos. Pero en el capítulo V del Libro Primero el citado ordenamiento define éstos:

"Existe concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos" (Art. 18). Y en el artículo 19 se hace una tajante exclusión: "No hay concurso cuando las conductas constituye un delito continuado".

Dada la claridad de esta última prevención, debe concluirse que en el hostigamiento sexual no existe la posibilidad de concurso, en virtud de tratarse de un delito continuado.

⁶⁹ C. Nuñez Ricardo, "Concurso de delitos", en Enciclopedia Jurídica Omeba, T. III, p.p. 650-651.

Capítulo Cuarto

PROPUESTAS.

I.- El supuesto del servicio público como forma especial agravada.

II.- Propuesta de reformas legales.

Conclusiones.

I.- EL SUPUESTO DEL SERVICIO PÚBLICO COMO FORMA ESPECIAL AGRAVADA.

Ya hemos expuesto que el asedio característico del hostigamiento sexual requiere los presupuestos de la posición jerárquica del agente y en la segunda forma de la figura, el carácter de éste de servidor público.

Pero, sobre esas afirmaciones, debe ahondarse en la teoría de los presupuestos, pues, a juicio de Petrocelli, constituye "una noción bastante atormentada en la reciente literatura penalística"⁷⁰, y a decir de Pannain "sobre el tema de los presupuestos del delito, subsiste aún incertidumbre"⁷¹, amén de que Maggiore advierte que "la noción de presupuesto no está aún bien definida en el terreno de la teoría general del derecho, tal vez por ser una apresurada trasposición de un dogma del derecho privado al campo del derecho penal, a lo cual agrega, que la categoría de los presupuestos no tiene razón de ser en asuntos penales, pues el único sentido que podemos darles es el de la antecedencia de un delito con relación a otro"⁷².

Porte Petit, resumiendo las teorías esbozadas sobre el problema, define a los presupuestos del delito (suponiendo su aceptación), como aquellos antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o hecho descritos por el tipo, y de cuya existencia depende el título o denominación del delito respectivo; tras lo cual especifica que los presupuestos del delito han sido divididos en generales y especiales, y así como pueden señalarse de antemano los generales, no pueden mencionarse previamente los especiales, que serán aquellos que requiere en particular cada figura delictiva. Es así como la doctrina enseña que son presupuestos generales del delito aquellos comunes al delito en general, y especiales aquellos propios de cada delito en particular. Se han señalado como generales los siguientes:

a).- La norma penal, comprendidos el precepto y la sanción:

⁷⁰ Cit. por Porte Petit, Apuntamientos, p. 207

⁷¹ Idem, misma p.

⁷² Maggiore Giuseppe, Derecho Penal, Bogotá, 1954, Editorial Temis, p. 278.

b).- El sujeto activo y el pasivo;

c).- La imputabilidad;

d).- El bien tutelado;

e).- El instrumento del delito.

Como presupuestos del delito especiales, que son propios de cada delito, se invoca la relación de parentesco en el parricidio e infanticidio, la calidad de funcionario en el abuso de autoridad, etc.⁷³.

Ahora bien, la ausencia de un presupuesto general. ¿Qué consecuencias acarrea?. Es indudable que la ausencia de la norma penal, de la imputabilidad o de cualquier otro presupuesto general, originan según el caso, la ausencia de tipo o la inexistencia del delito, dándose como es lógico, según los casos, diversos aspectos negativos del mismo. Así, como falte la norma penal, se dará una ausencia de tipo; cuando falte el sujeto activo o pasivo exigidos por el tipo o el bien tutelado, habrá una atipicidad y cuando falte la imputabilidad, se originará una inimputabilidad.

En seguida el maestro Porte Petit habla de los presupuestos de la conducta o del hecho, expresando que los presupuestos del hecho son aquellos elementos jurídicos o materiales anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia es exigida para que el hecho previsto por la norma constituya delito, agregando "consideramos como presupuestos de la conducta o el hecho aquellos antecedentes jurídicos o materiales previos y necesarios para que pueda realizarse la conducta o hecho típicos"⁷⁴.

Precisamente, en el grupo de estos últimos ejemplos se sitúa el delito en estudio, ante la posición jerárquica del agente por relaciones que impliquen subordinación o si el sujeto activo es servidor público.

En cuanto al carácter de servidor público, hemos de comentar con Arroyo Herrera, que la ley de Responsabilidad de los Funcionarios Públicos representa un paso importante porque el concepto de

⁷³ Apuntamientos, p.p. 258 a 261.

⁷⁴ Apuntamientos, p. 211.

“servidor público” engloba absolutamente a todas aquellas personas que trabajan no sólo en la Administración Pública Federal, sino en los poderes legislativo y judicial, dejando atrás las abstractas clasificaciones de los altos funcionarios, funcionarios y empleados de la Federación.

En efecto, tal ley sigue el contenido esencial del Título Cuarto de la Constitución, y en su artículo 18 declara que para los efectos de las responsabilidades de los servidores públicos, se reputarán como tales a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes judiciales federales y del Distrito Federal, altos funcionarios y empleados y en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, quienes serán responsables por los actos y omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

Pero como bien observa Arroyo Herrera, el autor sustrajo de la Ley de Responsabilidades, aquellas figuras penales para encuadrarlas donde deben estar: en el Código Penal; siendo también esto un adelanto en la intención de darles pulcritud, ya que las leyes que le antecedieron contemplaban los delitos en que se podía incurrir en el ejercicio de la actividad, en vez de remitirse al Código Penal⁷⁵.

Precisado así el presupuesto de la calidad de servidor público, del agente, haremos referencia a otro presupuesto del tipo, que es el de las relaciones laborales, cuando implican subordinación de la víctima en relación con el agente; y para ello puntualizaremos la interesante exposición del maestro José Dávalos:

1.- ¿Qué puede hacer el trabajador, hombre o mujer, cuando el patrón lo atosiga para conseguir sus favores sexuales?. Comunmente, se responde que resulta muy difícil hacer algo si el hostigamiento se practica como condición para otorgar un puesto de trabajo o para conservarlo. La situación se complica ante el problema general de desocupación que padecemos.

⁷⁵ Arroyo Herrera Juan Francisco, Régimen Jurídico del Servidor Público, México, 1995, Editorial Porrúa, S.A. p.p. 6-7.

2.- La trabajadora puede querrelarse por el hostigamiento sexual del patrón. Aquí debe comentarse que la trabajadora (que también puede ser una maestra o una sirvienta) debe despojarse de su natural vergüenza y actuar con firmeza ante el Ministerio Público y ante el juez. Es fundamental confiar en la aplicación de la ley, pues es la base de una nueva cultura de respeto a las normas jurídicas;

3.-Paralelamente a la denuncia penal el empleado o empleada, ante la falta de probidad u honradez del patrón, puede acudir a la Junta de Conciliación y Arbitaje a demandar la indemnización por rescisión laboral, por causa imputable al propio patrón (artículo 51.fracciones II y III de la Ley Federal del Trabajo);

4.- También al margen o al lado de la querrela penal, la trabajadora que se separa del empleo en razón del hostigamiento, tiene derecho a ser indemnizada. Por ejemplo, si se trata de una relación por tiempo indeterminado, la indemnización consistirá en veinte días por cada año de servicios, el importe de tres meses de salario y el pago de los salarios caídos (Art.50 de la misma Ley recién citada);

5.- Otro caso que puede presentarse en el ámbito laboral se daría cuando la trabajadora hostigada, (en tanto que se está quebratando la elemental obligación patronal de guardar la debida consideración a los trabajadores), también tiene la posibilidad de acudir a la autoridad administrativa (secretario del trabajo, gobernador) a fin de que se imponga una sanción pecuniaria al patrón, sanción que consiste en multa de tres a 315 veces el salario mínimo general vigente, a tener de los artículos 1002 y 1008 de la misma Ley del Trabajo;

6.- También puede acudir la trabajadora, ante el juez civil a demandar el pago de una indemnización para reparar el daño moral ocasionado, ya que el Código Civil dispone que quien ilícitamente o en contra de las buenas costumbres causa daño a otro (daño moral), está obligado a repararlo. Se entiende

por daño moral la afectación que una persona en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, vida privada (artículos 1910 y 1916 del citado Ordenamiento)⁷⁶.

II.- PROPUESTAS DE REFORMAS LEGALES.- El de hostigamiento sexual es un delito que nació imperfecto. El maestro Carrancá y Rivas lo ha asentado así al expresar los siguientes puntos críticos :

1.- La primera pregunta que se hace uno es de origen numérico, de colocación o ubicación del Código. ¿Por que el artículo es 259 Bis?. Bis quiere decir dos veces, duplicado, repetido. Se vincula así, indebidamente, con el final de un Capítulo que, aunque ya derogado, trataba sobre juegos prohibidos:

2.- Además, el legislador se contradice, pues no sigue una unidad ideológica ni atiende a los principios fundamentales de la doctrina ¿Por qué se refiere a "fines lascivos", cuando acaba de quitar lo de "intención lasciva" de los atentados al pudor?:

3.- Sí de por sí esta absurda figura de hostigamiento sexual es de suyo compleja y enredada, más lo es al meterle elementos de naturaleza tan confusa:

4.- Ahora bien, resulta que nada más se puede hostigar si hay una relación de subordinación entre el sujeto activo y el pasivo: ¿Esto significa que el legislador sólo ha querido proteger a la mujer subordinada y no a otra?. ¿Por que esta segregación o diferencia?. La verdad es que cualquier mujer, subordinada o no, puede ser hostigada. Claro, el legislador considera como sujeto pasivo a persona de cualquier sexo; pero en el fondo y de acuerdo con los testimonios de las sesiones en la Cámara de Diputados, dizque siempre se trato de defender a la mujer de las agresiones sexuales de los hombres (olvidando que en la vida moderna son muchas las mujeres que en este sentido agreden a los varones):

⁷⁶ Dávalos José. "Acoso sexual en el trabajo", artículo periodístico aparecido en el Diario "El Universal", de fecha 20 de septiembre de 1997, 1a. sección, p. 7

5.- Pero hay que ir a una crítica vertical y a fondo de que este nuevo tipo. Objetivamente hablando, y a primera vista, se puede tratar más de un problema estrictamente laboral. El patrón que asedia (para decirlo en términos de ley) a la trabajadora doméstica, o a su empleada; o el profesor que asedia a sus alumnos. La rescisión del contrato de trabajo se hace aquí evidente, aparte de las sanciones de orden laboral. Sin embargo, si se quiere o pretende que el asunto no sea laboral sino penal, he allí otros tipos penales a los cuales se puede recurrir. Si el patrón por ejemplo, asedia hasta el grado de amenazar no hay duda de que se pueden invocar las amenazas; y en algún caso extremo también se podrían invocar las lesiones. Por otra parte, al legislador se le ha olvidado una hipótesis que no es poco frecuente en la vida real: me refiero a la del subordinado que asedia u hostiga a su superior jerárquico;

6.- También se pregunta uno qué es en la especie asediar u hostigar; y aquí hay que ver el significado de las palabras: asediar es en sentido figurado importunar a uno sin descanso, con pretensiones.

No se olvide que pretensión equivale al empeño en conseguir algo.

Hasta aquí, si bien se ve, no hay delito: salvo que el llamado asedio sexual se concrete con actos específicos, lo que entonces podría ser constitutivo de un delito sexual. Y a su vez, quiere decir, también en sentido figurado, perseguir, molestar a uno, ya burlándose de él, ya contradiciéndolo, o de otro modo. Tampoco hasta aquí hay delito a la vista: así que no es muy feliz en el caso el empleo de tal palabra. Mejor hubiera sido, en última instancia, sólo referirse al asedio, que se ajusta de manera más conveniente a la idea del legislador, aunque yo no comparto dicha idea. Hay que observar acerca de éste, que en la primera parte del precepto la ley se refiere al asedio y en la segunda al hostigamiento; identificando dos palabras de contenido distinto:

7.- La ley dice que solamente será punible el hostigamiento sexual cuando se cause un perjuicio o daño. ¿Cuál puede ser en la especie tal perjuicio o daño?. Si se habla de esto, de daño y de perjuicio, se

está hablando de un resultado concreto; resultado que no es compatible con la figura típica del hostigamiento, la cuál sólo se reduce a importunar, a pretender, a perseguir, a burlarse de otro. Lo que viene a demostrar que en el hostigamiento en sí no hay resultado.

En otros términos, no hay cambio o peligro de cambio en el mundo exterior. De donde resulta que dicha equívoca figura más se parece a una tentativa que a una consumación:

8.- La única verdad es que el legislador ha caído en su propia trampa, puesto que si el agente alcanza el fin lascivo se tratará de un delito sexual ya tipificado en el Código; y si no lo alcanza estaremos en presencia como ya se dijo, de una tentativa;

9.- En suma, si estudiamos con cuidado lo que es el cortejo y el piropo, veremos que todo hombre corteja y piropea; claro, a su manera y de acuerdo con su educación y cultura. ¿Y por esto es ya un delincuente en potencia; o algo peor, un delincuente real?. Miles de cortejos y de piropos se podrían identificar con asedio y hostigamiento, según el legislador.

10.- A mi juicio, en todo hostigamiento y asedio hay un contenido de piropo y cortejo. Yo no niego que la mujer deba ser defendida, sobre todo en los países de origen latino, como el nuestro (por la sangre española que tenemos) de algunos requerimientos groseros del hombre. Hasta allí. Y para defenderla no hay que hacer de los galanteos, requiebros, piropos y cortejos, una nueva especie de delitos. Cuando el hombre se extralimita, desde siempre, ha caído en terreno de la ley; pero advirtiéndolo que dichas extralimitaciones ya se hayan tipificadas en el Código. Se trata, en el caso, de los delitos sexuales, de las amenazas, de las injurias, de las lesiones, etc.

Lo que pasa es que el legislador importó, según una malsana costumbre, figuras penales. Esta del hostigamiento sexual es de factura anglosajona, que no va de acuerdo con nuestra idiosincracia.

11.- Para concluir, el Derecho no debe penetrar en ciertas zonas de la vida de las personas. Al tratar estos temas en la Facultad de Derecho de la Universidad, yo concluí una conferencia con las siguientes

palabras: "Dejemos en paz al hombre y a la mujer en su órbita de relaciones ya de suyo harto complejas. Todos somos, de alguna manera y forma, asediados y hostigados; todos igualmente, hostigamos y asediamos. Es la vida, con sus trampas y espejismos"⁷⁷.

II.-PROPUESTAS DE REFORMAS LEGALES.- A no dudarle, buena parte de la crítica vertida por el maestro Carranca y Rivas sobre el delito en examen es atinada. En algunos puntos, con el debido respeto, disentimos de ella; y nos referimos incidentalmente al trazar nuestra siguiente exposición.

El delito de hostigamiento sexual es básicamente de índole subjetiva, pues el asedio, por más reiterado que sea, no conformará el delito si los actos que lo constituyen no están guiados por la finalidad lasciva. Por ello, en este delito, debe probarse, necesariamente, primero, si los requerimientos del agente hacia la víctima llegan a constituir un asedio reiterado, además si de manera indubitable ello se hace con fines lascivos y, por último, si los medios utilizados por el sujeto activo son idóneos para la consecución de tales fines.

Por consiguiente, habrá de demostrarse que las acciones asediantes del sujeto han originado un riesgo o detrimento para la libertad sexual de la víctima y además un perjuicio o daño material a ésta, en cuanto estos aspectos engloban la situación moral y material derivada de la presión jerárquica ejercida por el sujeto activo. En otros términos, la conducta además de ser típica, debe haber provocado como resultado el que se sujete, subordine o subyugue de alguna manera al sujeto pasivo a la realización del acto sexual. En cuanto al elemento subjetivo, el tipo indica que se trata de un delito doloso, traducido como la voluntad que tiene el sujeto de realizar el tipo objetivo. En otros términos, y como expone Díaz de León, la conducta del agente debe ser dirigida a la obtención de un fin lascivo y, en su caso, a causar un perjuicio o daño a la víctima. La exigencia subjetiva del tipo significa que el agente, de manera inequívoca, debe mostrar o expresar de algún modo el objetivo de sus intenciones lascivas

⁷⁷ Carranca y Trujillo Raúl y Carranca y Rivas Raul. Código Penal Anotado. México, 1997 Editorial Porrúa, S. A., p.p. 682 a 685.

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

hacia la víctima; así no todas las manifestaciones que aquél haga a una persona, aún reiteradas, serán atípicas si faltare prueba del elemento subjetivo de los fines lascivos, de modo que no le serán por ejemplo, las manifestaciones de simpatía, las propuestas que se le hagan de ir a determinado lugar o para asistir a algún espectáculo, si además de ello no se hiciere alguna otra sugerencia denotante de la verdadera intención de carácter lascivo que tuviera el agente⁷⁸.

Con lo anterior, es de reiterarse que la conducta típica del hostigamiento está impregnada de la finalidad lasciva. Si ésta no se dá, aquélla no se produce y por ende no hay delito. Ello implica que, por ejemplo, el cortejo y el piropo, simplemente considerados, no conforman dicha conducta típica, por lo que quedan fuera de la represión penal.

En cuanto a la subjetividad jurídica tutelada, el Código Penal encuadra el hostigamiento bajo el rubro de "Delitos contra la libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual": pero bien se aprecia que respecto a este normal desarrollo psicosexual, su vinculación se encuentra en relación con los delitos de abuso sexual, estupro y violación, pues en estos tres tipos si se dan las figuras que indiquen esa falta de desarrollo en determinados sujetos pasivos, como son precisamente los que describe el artículo 262, víctimas del estupro; también los que quedan señalados en el artículo 261, cuyo texto es conveniente citar:

"Al que sin propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue a ejecutarlo, se le aplicará una pena de seis meses a tres años de prisión, o tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo tiempo...".

En cambio la objetividad jurídica tutelada consistente estrictamente en la libertad sexual, se ofende de manera frontal, en primer término, en el delito de violación, ya que en el artículo relativo, el 265 de

⁷⁸ Díaz de León Marco Antonio, Código Penal Federal con Comentarios, México, 1997, Editorial Porrúa, p. 463.

dicho ordenamiento, previene que al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años, y que se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Pero, volviendo a la afectación del normal desarrollo psicosexual, los prototipos de conducta que la realizan son los equiparables a la violación, previstos en el artículo 266 en los siguientes términos:

“Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

I.- Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad; y

II.- Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo...”

En cambio, en el hostigamiento, según el texto del tipo, se afecta la libertad sexual únicamente, independientemente del daño o perjuicio que pueda causarse a la víctima y que implican ataques básicamente objetivos a bienes de ésta.

Creemos, en suma, que el Código debiera contemplar dos rubros para comprender los delitos correspondientes: los delitos contra la libertad sexual y los delitos contra el normal desarrollo psicosexual, comprendiendo el primero los delitos descritos por los artículos 259-Bis, 260, y 265; y el segundo rubro, los previstos por los artículos 261, 262 y 266, en sus dos fracciones.

Ya específicamente respecto al valor protegido de la libertad sexual, hemos referido el nombre más genérico y quizás un tanto romántico, pero no menos certero de la libertad de amar, pues en estos delitos, y como atinadamente afirma Jiménez Huerta, lo que en verdad se protege es la libertad de amar, en cuanto que es interés del ser humano que nadie, sin su consentimiento, realice con su persona actos sexuales (en el caso lascivos), ni aún siquiera de índole periférica, pues dichos actos lesionan su efectiva libertad; así que el bien jurídico tutelado es “la libertad de amar”⁷⁹.

⁷⁹ Ob. cit., T. III, p. 219.

Pasando a la gravedad del hostigamiento lascivo, no puede soslayarse que en el presente se ha generalizado a casi todas las esferas que implican subordinación de las víctimas, y muy especialmente por la problemática económica general, que entre sus consecuencias lesivas ha acarreado el desempleo. Así, tanto en el ámbito laboral como en la esfera del desempeño público, es de notable frecuencia la repetición de actos de hostigamiento lascivo contra quienes carecen de empleo, o teniéndolo, se ven obstaculizados por este motivo para ascender de cargo o mejorar en alguna forma su desempeño. Inclusive, no hace mucho resultó público y notorio que en las Cámaras Legislativas las edecanes eran víctimas del asedio concupiscente y continuo de los representantes populares, quienes inclusive contaban con jefa, titular de alguna oficina, como "gancho" para reiterar los múltiples hostigamientos en agravio de tales muchachas.

Con este solo ejemplo, cuyo mismo mecanismo es seguido en sindicatos y dependencias públicas, quizás pueda acreditarse que la previsión del delito que mencionamos no es de importación, sino que ha sentado sus plantas en la mayor parte de las empresas públicas y privadas de nuestro medio; y ésta reiteración de la figura delictiva obliga a pensar que no sólo doctrinariamente debe estar sujeta a estudios de mayor profundidad, sino que legislativamente debe meditarse sobre la conveniencia de punirla con sanción corporal, aunque sea mínima, pues actualmente solo se sanciona con pena pecuniaria (por cierto la muy reducida de hasta cuarenta días de multa).

Por lo demás, cabe reiterar que como el tipo es de resultado, al punirse cuando se cause un perjuicio o daño, bien cabe la modalidad de la tentativa, que se integra con el solo asedio reiterado lascivo, dado que en ese supuesto no se da el perjuicio o daño.

Si debe permanecer la querrela necesaria como requisito de procedibilidad, toda vez que el bien jurídico que se afecta es de resorte básicamente particular o privado.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Dogmatismo Jurídico-Penal causalista tiene como objeto el estudio analítico y, a la vez, substancial del delito.

SEGUNDA.- El delito de Hostigamiento Sexual contempla dos supuestos genéricos, a saber:

- a).- El asedio (reiterado y lascivo) valiéndose el autor de su posición jerárquica; y
- b).- El asedio (de iguales características) por parte de servidor público.

TERCERA.- Presupuesto indeclinable de esta figura típica es la prevalencia laboral, docente, doméstica o cualquier otra del agente del delito; o bien, su carácter de servidor público.

CUARTA.- El artículo 259-Bis del Código Penal describe al Hostigamiento Sexual como un tipo anormal, que contiene los siguientes elementos:

- a).- Objetivos, constituido por el asedio reiterado del sujeto activo a personas de cualquier sexo.
- b).- De valoración cultural o normativa, consistentes en la posición jerárquica superior del agente respecto de la víctima.
- c).- Subjetivos, resumidos en la expresión "fines lascivos".

QUINTA.- El tipo a estudio es propio, especial, particular o exclusivo, pues sólo pueden adecuarse al mismo los sujetos activos prevalentes ya indicados.

SEXTA.- En virtud de que la finalidad lasciva inherente a la conducta matiza todo el comportamiento del agente, el delito sólo puede ser comisivo y se excluye la posibilidad de operancia de la fuerza física irresistible, la fuerza mayor y los movimientos reflejos y psicológicos, máxime que estas situaciones son eventuales y no reiterables, como lo requiere el asedio reiterado.

SEPTIMA.- El delito en estudio es continuado, ya que hay unidad de propósito en el hostigador y la pluralidad de acciones que integran el asedio.

pluralidad de acciones que integran el asedio.

OCTAVA.- El propio delito es de resultado material, ya que el tipo previene que solamente será punible cuando se cause un perjuicio o daño.

NOVENA.- Consecuentemente, la figura admite la forma de aparición de la tentativa, que se conformaría con el simple asedio reiterado con fines lascivos, sin producir resultado material.

DECIMA.- Dado el especial matiz del elemento subjetivo del injusto, no operan en el caso las causas de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho; si bien puede acacer que se dé la causa de licitud que deviene del consentimiento del ofendido, expreso o tácito.

DECIMOPRIMERA.- El trastorno mental y el desarrollo intelectual retardado pueden constituir causas de inimputabilidad del hostigador, ya que el erotismo es uno de los efectos más frecuentes de tales deficiencias psicológicas.

DECIMOSEGUNDA.- En la figura en examen no cabe la coautoría, pues el delito es personalísimo en razón de su raíz psicológica consistente en la finalidad lasciva del agente.

DECIMOTERCERA.- Dada la vasta proliferación que, tanto en los círculos privados como en los públicos, ha asumido el hostigamiento sexual con fines lascivos y acciones reiteradas, sería deseable que el legislador penalizara con mayor rigor el delito previsto en el artículo 259-Bis del Código Penal, no sólo aumentando la módica multa que impone, sino contemplando una sanción corporal compatible y adecuada con la multiplicidad de este evento delictivo.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Antón Oneca José, Derecho Penal, Madrid, 1949, T. I.
- 2.- Arroyo Herrera Juan Francisco, Régimen Jurídico del Servidor Público, México, 1995, Editorial Porrúa.
- 3.- Bettiol Giuseppe, Derecho Penal, Parte General, Ariel, Barcelona, Traducción Juan Córdoba Roda. Dos Volúmenes.
- 4.- Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General. México, 1997, Editorial Porrúa.
- 5.- Carrara Francisco, Programa del Curso de Derecho Criminal, Buenos Aires, 1944, Editorial Depalma.
- 6.- Castellanos Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, México, 1997, Editorial Porrúa.
- 7.- Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal, Parte General, Barcelona, 1961, Bosh Editorial.
- 8.- Díaz de León Marco Antonio, Código Penal Federal con comentarios, México, 1997, Editorial Porrúa.
- 9.- Grispiigni Filippo, Derecho Penal Italiano, Tomo I, Buenos Aires, 1948, Editorial Depalma.
- 10.- Jiménez de Asúa Luis, La Ley y el Delito, Caracas, 1968, Editorial Andrés Bello.
- 11.- Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Buenos Aires, 1976, Editorial Losada.
- 12.- Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano, Cuatro Tomos, 1978, Editorial Porrúa.
- 13.- Jiménez Huerta Mariano, La Antijudicidad, México, 1952, Imprenta Universitaria, UNAM.
- 14.- Magiore Giuseppe, Derecho Penal, Bogotá, 1954, Editorial Temis.

- 16.- Maurach Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Ariel, Barcelona, Traducción Juan Córdoba Roa, Dos Volúmenes, 1962.
- 17.- Mezger Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Madrid, 1955, Tomo I, Editorial, Rev. de Derecho Privado.
- 18.- Porte Petit Candaudap Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal Mexicano, Parte General, México, 1997, Editorial Porrúa.
- 19.- Porte Petit Candaudap Celestino, La Importancia de la Dogmática, Jurídico-Penal, México, 1954.
- 20.- Soler Sebastián, Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, 1951, Editora Argentina.
- 21.- Villalobos Ignacio, Derecho Penal Mexicano, México, 1960, Editorial Porrúa.

OTRAS FUENTES

- 1.- Código Penal para el Distrito Federal.
- 2.- Diario "El Universal" de fecha 20 de septiembre de 1997, 1a. Sección
- 3.- Diccionario Ideológico de la Lengua Española, Julio Casares de la Real Academia Española, Barcelona, 1979, Editorial Gustavo Gili.
- 4.- Diccionario Jurídico Mexicano, México, 1983, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tomos I, III y IV.
- 5.- Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1969, Editorial Bibliográfica Argentina, Tomos X, XI y XXIII.
- 6.- Revista de la Facultad de Derecho, UNAM, 1963, México.
- 7.- Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXXIV.