



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO
DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL**

TESIS PROFESIONAL
 QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
 P R E S E N T A :
ANGELICA HERNANDEZ VALDEZ

ASESOR: LIC. JOSE HECTOR FRANCO MEJIA



MEXICO, D.F.

2002

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

Paginación Discontinua



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL.

OFICIO INTERNO FDER/020/SP//05/02

ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

La alumna HERNANDEZ VALDEZ ANGELICA, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. JOSE HECTOR FRANCO MEJIA, la tesis profesional intitulada "ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor LIC. JOSE HECTOR FRANCO MEJIA, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en exámen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna HERNANDEZ VALDEZ ANGELICA.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 16 de mayo de 2002.

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

DEDICATORIAS Y AGRADECIMIENTOS

A Dios:

Por haberme otorgado el Don de la Vida, y por haber ido labrando día a día mi destino, permitiéndome que viviera esta época y haciendo posible la dicha poner en mi camino seres humanos que me han ayudado a lograrlo todo lo que me he propuesto.

A mi Madre:

*A Tí...Que me diste todo sin esperar recompensa alguna
Que me diste tu mejor herencia: Tú amor
Que siempre creíste en mí, como nadie.
Que en momentos críticos cuando he sentido desfallecer tus palabras me han impulsado.
Que en mi vida, has sido y seguirás siendo un ejemplo de lucha.
Que desde pequeña me inculcaste valores e ideales.
Que eres y seguirás siendo toda mi vida mi mayor orgullo.
A Tí...Mamita querida con todo el amor infinito que te profeso.*

Aquí esta mami lo que te prometí, y seguiré adelante como te lo he jurado.

A mi Padre:

Por haberme apoyado e impulsado durante toda mi carrera, con todo mi corazón, respeto, gratitud y por estar siempre a mi lado, esperando te sientas orgulloso de mí como yo lo estoy de ti.

A mis Hermanos:

Alfredo, Elizabeth y Elideth, por todo el cariño que siempre me han demostrado y por todas aquellas peleas que me han servido para saber cuanto más los quiero, a ustedes con todo mi cariño.

A mi abuelita Clara:

Por haberse dedicado a velar por mi en la infancia, por todo aquel amor, ternura y protección que me brindaste y me has seguido brindando, a ti abuelita ya que eres uno de los amores más importantes en mi vida con todo mi amor y respeto, esperando esto te enorgullezca.

De manera muy especial:

Al Lic. José Héctor Franco Mejía:

*Por haberme proporcionado las herramientas suficientes para desarrollarme académica y profesionalmente.
A Usted de quien he aprendido no solo conocimientos jurídicos, si no los valores más importantes de la vida.
A Usted por haberme ayudado y estado en los momentos difíciles de mi vida.
Por contar siempre con su apoyo incondicional. Mil Gracias.*

Al Magistrado Eduardo A. Guerrero Martínez:

*Con todo mi afecto y estimación,
Por haber sido mi maestro y haberme dado la oportunidad de estar a su lado compartiendo sus conocimientos.
Por su labor admirable en la Primera Sala Penal.
A Usted por ser un ejemplo a seguir.*

A Todos mis Tíos:

Hortensia y Luz María Garduño, Jorge Corla, pero en especial a mis tíos: Rosa María y Alejandro Valdez, Luis Rendón y Gustavo Cedillo, por creer en mi, por todo su apoyo, cariño y comprensión que me brindaron desde el inicio de mis estudios, esperando no defraudándolos nunca.

A Todos mis Primos:

Pero en especial a Rocio Cedillo, Marco Antonio, Luis Alfonso y Teresa, Rendón Valdez - a su a su esposo- Max Hernández. Por haber compartido cada etapa de mi vida y por haber demostrado siempre una Preocupación en mi persona. Por los ánimos que siempre me daban para seguir estudiando. Por haberse sentido siempre orgullosos de mi. A Todos Ustedes, con todo mi cariño y gratitud.

A Gabriela Rodríguez Chacon:

Por haber estado a mi lado en los momentos más difíciles, dándome ánimos, cariño y comprensión, siempre con esa alegría y entusiasmo que te caracteriza, Por todas aquellas aventuras y momentos inolvidables que hemos pasado juntas, esperando que esa gran amistad que nos une dure para toda la vida. A ti amiga del alma. Gracias.

A mis Amigos:

Alfredo Saldaña, Gadiel Vázquez, Yolanda Zarate, Elizabeth Camacho, Rosario Rosales, Esmeralda Martínez, Edith Díaz y Fabiola Mendoza. Por haber compartido esta etapa de mi vida, siempre entusiastas e incondicionales, por todos aquellos momentos inolvidables que hemos pasado juntos.

A Jennifer González Robles:

Que es como mi hermana y amiga incondicional, a ti por soportarme siempre y demostrarme siempre tu admiración y cariño, a ti por el interés que mostraste en la realización de este trabajo. Gracias.

A Rubén Quintino:

Por su valiosa enseñanza y ayuda que me brindo al momento de culminar este trabajo. A ti Mil Gracias.

A la Universidad Nacional Autónoma de México:

Por abrirme sus puertas y darme la oportunidad de ser parte de ella.

A la Facultad de Derecho:

Por haberme permitido emprender mi formación profesional.

Al Honorable Jurado.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1

CAPÍTULO PRIMERO

TEORÍA DEL DELITO

1.1	DEFINICIÓN GENERAL DEL DELITO. Y SU PROBLEMÁTICA.	6
1.2	NOCIÓN CLÁSICA DEL DELITO.	8
1.3	NOCIÓN SOCIOLOGICA DEL DELITO.	10
1.4	NOCIÓN DOGMÁTICA DEL DELITO.	13
	a) CONDUCTA	16
	b) AUSENCIA DE CONDUCTA.	18
	c) TIPICIDAD.	21
	d) AUSENCIA DE TIPICIDAD O ATIPICIDAD.	23
	e) ANTIJURIDICIDAD.	25
	f) CAUSAS DE LICITUD.	27
	g) IMPUTABILIDAD.	29
	h) AUSENCIA DE IMPUTABILIDAD O INIMPUTABILIDAD.	30
	i) CULPABILIDAD.	33
	j) AUSENCIA DE CULPABILIDAD O INCULPABILIDAD.	35
	k) CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.	36
	l) AUSENCIA DE CONDICIONALIDAD OBJETIVA.	37
	m) PUNIBILIDAD.	37
	n) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.	38

CAPÍTULO SEGUNDO

ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL

2.1	ETIMOLOGÍA, CONCEPTOS Y DESCRIPCIÓN TÍPICA.	41
2.2	ELEMENTOS DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL.	
2.2.1.	ELEMENTOS DESCRIPTIVOS U OBJETIVOS.	44
2.2.2.	ELEMENTOS DE VALORACIÓN. CULTURAL (NORMATIVOS).	45
2.2.3	ELEMENTOS SUBJETIVOS.	45

2.3	CONDUCTA Y ASPECTO NEGATIVO.	
2.3.1.	CONDUCTA.	49
2.3.2.	AUSENCIA DE LA CONDUCTA.	56
2.4	TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.	
2.4.1.	TIPICIDAD.	58
2.4.2.	CLASIFICACIÓN EN ORDEN AL TIPO.	60
2.4.3.	ATIPICIDAD.	62
2.5	BIENES JURÍDICOS TUTELADOS.	65
2.6	ANTI JURICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.	
2.6.1.	ANTI JURIDICIDAD.	66
2.6.2.	CAUSAS DE LICITUD.	67
2.7	IMPUTABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.	
2.7.1.	IMPUTABILIDAD.	68
2.7.2.	INIMPUTABILIDAD.	69
2.8	CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.	
2.8.1.	CUPABILIDAD.	74
2.8.2.	INCULPABILIDAD.	77
2.9	PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.	
2.9.1	PUNIBILIDAD.	79
2.9.2	EXCUSAS ABSOLUTORIAS.	80

CAPÍTULO TERCERO

FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL .

3.1	INTER CRIMINIS.	82
3.2	PROBLEMÁTICA DE LA TENTATIVA.	84
3.3	CONSUMACIÓN.	87
3.4	ASPECTO DE LA PARTICIPACIÓN.	88
3.5	CONCURSO DE DELITOS.	95
	PROPUESTAS.	98
	CONCLUSIONES.	113
	BIBLIOGRAFÍA	120

INTRODUCCIÓN

La regulación de la sexualidad se ha efectuado a través de la historia no sólo mediante normas morales y religiosas, si no que el poder político se ha ocupado de sancionar civil y penalmente determinados comportamientos sexuales.

Es así que durante siglos el Derecho Penal se usó para proteger la moralidad de las costumbres sexuales, especialmente la honestidad de las mujeres.

Los cierto es que los penalistas se han visto envueltos en una aguda discusión sobre la sexualidad, interviniendo para proteger los bienes jurídicos más importantes como lo es la sexualidad.

Aunado a lo anterior, se encuentra el hecho de que la movillización de grupos feministas y de sectores preocupados por la condición de la mujer, han logrado que el Derecho Penal regule todas las hipótesis posibles de conductas que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico, que como ya lo dije, en el caso que nos ocupa es la sexualidad.

El Código Penal ha sufrido reformas en todos los años de su vigencia, y es quizá el Título XV sobre delitos sexuales, es el que ha sido objeto de más modificaciones; prueba de ello lo es que, el 21 de enero de 1991, fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación, el decreto por el cual se reformaron y adicionaron varios artículos del Código Penal entre ellos

la tan promocionada figura del "Hostigamiento Sexual", es así como surge la creación del delito en cuestión.

En lo personal considero que el hostigamiento sexual es una conducta con implicaciones sexuales no solicitadas ni deseadas, sea verbal o físicamente, pero que humillan, insultan y degradan a las personas.

El hostigamiento sexual puede ocurrir en cualquier lugar y provenir de un superior o inferior jerárquico, de un compañero de trabajo o de un cliente, etcétera. Siendo esta una demostración de poder, con el cual se intimida o presiona, provocando en la víctima una angustia creciente.

La práctica de este delito en cualquier campo infringe la inviolabilidad del ser humano; obstaculiza así la labor de la persona, privándola del goce y disfrute de una vida plena a la cual tiene derecho todo ser humano en igualdad de condiciones ante la ley; esto incluye tanto al hombre como a la mujer, aunque la víctima típica tiende a ser la mujer, esto es así mayormente debido a los patrones culturales existentes donde se situaba al hombre como figura predominante sobre la mujer.

La mayoría de las personas que confrontan el hostigamiento sexual en el empleo prefieren y optan por no informar el mismo por temor a perder el empleo, a las represalias de sus superiores, al rechazo que en algunas ocasiones pueden sufrir de parte de sus esposos, familiares y mismos compañeros de trabajo, debido a los patrones culturales imperantes en nuestra sociedad.

Constituye el hostigamiento sexual cualquier conducta sexual indeseada que puede manifestarse en alguna de las siguientes formas:

- Contactos físico innecesarios, tales como caricias, rozamientos o palmaditas.
- Observaciones sugerentes y desagradables acerca del cuerpo y la manera de vestir.
- Invitaciones comprometedoras y que causen malestar.
- Exhibición de pornografía en los lugares de trabajo (fotografías, calendarios o caricaturas que expresen subordinación sexual de la mujer).
- Agresión física y amenazas ante la negativa.
- Gestos, comentarios, chistes, bromas pesadas que causen incomodidad e insultos y agresiones verbales.
- Miradas libidinosas.
- Invitaciones a tener relaciones sexuales no deseadas.

La magnitud de este problema es algo que nos debe interesar y preocupar a todos ya que el hostigamiento sexual constituye una ofensa repudiable contra la dignidad de todo ser humano.

Todos merecemos y debemos aspirar a una sana convivencia en igualdad de condiciones en el empleo que nos permita disfrutar de los derechos democráticos en una sociedad de excelencia.

No es posible que dentro de esta gran urbe que es la ciudad de México, y estando en el tercer milenio, se tenga que soportar este tipo de conductas antimorales.

El sensible aumento de esas conductas y la prácticamente novedosa previsión jurídico-penal, suscitaron mi interés por seleccionar dicho tema del hostigamiento sexual como tema de mi tesis profesional de licenciatura, en cuyo desarrollo hago un examen de la Teoría del Delito, para distinguir las nociones clásica, sociológica y dogmática del mismo; en la segunda parte examino los elementos positivos y negativos del delito de hostigamiento sexual, 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 y la legislación penal mexicana, destacando la existencia de sus supuestos genéricos, en la tercera parte analizo las formas de aparición del delito de hostigamiento Sexual.

Finalizo este trabajo proponiendo contribuir a la erradicación de este mal social, aumentando en su mínimo y máximo hasta en una mitad la pena, cuando se trate de servidores públicos, ya que en la Administración Pública se da con mayor frecuencia este delito, pues se valen dichos servidores de su posición jerárquica para cometer dicho ilícito, así como la propuesta de un nuevo tipo penal del delito de hostigamiento sexual, ya que la redacción actual del mismo, por su deficiente redacción, resulta ser inoperante, pues obstaculiza la integración del tipo penal.

CAPÍTULO PRIMERO

TEORÍA DEL DELITO

1.1. DEFINICIÓN GENERAL DEL DELITO Y SU PROBLEMÁTICA.

1.2. NOCIÓN CLÁSICA DEL DELITO.

1.3. NOCIÓN SOCIOLOGICA DEL DELITO.

1.4. NOCIÓN DOGMÁTICA DEL DELITO.

1.1 DEFINICIÓN GENERAL DEL DELITO Y SU PROBLEMÁTICA

El delito 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 normativos.

Para abordar tal examen, es menester analizar previamente las características del delito en general y su problemática.

Con todo acierto ha señalado Maggiore que, así como hay una teoría general del Derecho, existe una teoría general del delito, que está comprendida en aquella 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 positivo, así como las formas de manifestarse del mismo.

Por ello es que, como afirma Porte Petit, "... la propia teoría del delito debe enfocarse hacia los siguientes problemas: existencia del delito, su inexistencia y la aparición del mismo."²

¹ Maggiore Giuseppe, DERECHO PENAL, Editorial Temis, T.I, Bogotá, 1954, p. 267.

² Porte Ppetit Candaudap, Celestino, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL, Editorial Porrúa, México, 1988, p.195.

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 genéricas 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 jurídico-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 esto 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 son 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. 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 delitos." ⁴

Tal es, pues, la problemática esencial del concepto de delito: no poder ser definido filosóficamente. Pero, desde luego, ha sido conceptualado

³ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL, Editorial Porrúa, México, 1977, p. 220.

⁴ Castellanos Tena, Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, 40ª ed., Editorial Porrúa, México, 1999, p.125.

desde distintos puntos de vista: a los principales de ellos hemos de aludir enseguida.

1.2 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 abordarse por el método lógico-abstracto, cuya base es el delito;
- c) El libre albedrío debe ser la fundamentación de la responsabilidad penal.
- d) Debe atribuirse a la pena un carácter intimidatorio, con el objeto de mantener el orden jurídico y la paz social.

⁵ Carrara Francisco, PROGRAMA DEL CURSO DE DERECHO CRIMINAL, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 41.

- 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 expresión.”⁶

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

La *infracción de la ley*, indica que el delito solamente se produce cuando choca contra la ley.

Aquí resulta interesante no confundirse con el “vicio”, ya que éste es el abandono de la ley moral; ni 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.

⁶ Badaraco, Raúl Augusto, “Escuelas Penales”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliografía, Tomo X, Argentina Buenos Aires, 1969, p. 709.

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.

1.3 NOCIÓN SOCIOLÓGICA 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.

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 factible, 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 y 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 pronunciamiento 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 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 sustancia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto a priori, una 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

⁷ Gardófaló, Rafael, citado por Porto Petit, en APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL, Op. cit., p. 201.

altruismo, de orden, de disciplina, de necesidad en la convivencia 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 indicados.”⁸

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 y 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 esto, 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, Editorial Porrúa, S.A., México 1960, p. 200.

⁹ Castellanos Tena, Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE RECHO PENAL, Op. cit, p. 67.

1.4 NOCIÓN 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

¹⁰ Grispligni Filippo, DERECHO PENAL ITALIANO, Editorial Depalma, Vol. I, Buenos Aires, 1998, p.3.

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 homogénea." ¹¹

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 estos 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

¹¹ Antolisei, citado por Porte Pettit, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL., p. 197.

¹² Crispigni, DERECHO PENAL ITALIANO, Op. cit., p.6.

¹³ Manzini, citado por Porte Pettit., APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL, T.I., p. 14.

¹⁴ Mezger Edmundo, TRATADO DE DERECHO PENAL, T. I., Madrid, 1995, p. 156.

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.

Antijuridicidad.

Culpabilidad

Imputabilidad.

Condiciones objetivas de punibilidad; y

Punibilidad.

¹⁵ Cuello Calón, Eugenio, DERECHO PENAL, T. I., 18ª ed., Editorial Bosh, Barcelona, 1981, p. 236.

¹⁶ Jiménez de Asúa, Luis, LA LEY Y EL DELITO, Editorial A. Bello, Caracas 1968, p. 256.

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

A) CONDUCTA

La conducta es llamada también "acción", en sentido amplio, que incluye la acción en sentido estricto y a la omisión.

La acción 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 dado." ¹⁸

"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

¹⁷ Castellanos Tona, Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Op. cit., p. 149.

¹⁸ Jiménez Huerta, Mariano, PANORAMA DEL DELITO, Imprenta Universitaria, México 1950, pp. 7 y 8.

¹⁹ Antón Oneca, José, DERECHO PENAL, T. I., Madrid 1949, p. 159

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

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

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 actividad o la 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

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

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, o como lo apunta el distinguido autor Welzel Hans, que la "Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer final, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad." ²²

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 artículo 7 del Código Penal, 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 mínimamente necesario para integrar un cabal comportamiento.

²¹ Jiménez Huerta, Mariano, PANORAMA DEL DELITO, Op. cit., p.9.

²² Welzel, Hans, DERECHO PENAL ALEMAN PARTE GENERAL, 11ª edición, 4ª edición castellana, Editorial Jurídica de Chile 1977, p. 39.

En la dogmática jurídico-penal es básico el principio de que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará.

Igualmente, 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 da por resultado que éste ejecute, irremediabilmente, lo que ha querido ejecutar." ²³

De esto se sigue que la fundamentación de la negativa 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*)."²⁴

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 efectos de una fuerza humana, si no de la naturaleza (*vis mayor*)."²⁵

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.

²³ Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXXIV, p. 175.

²⁴ Márquez Piñero Rafael, FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE, en Diccionario Jurídico Mexicano, ya citado, T. IV, p. 254.

²⁵ Castellanos Tena, Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Op. cit., p.164.

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."²⁶

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". (Artículo 15, Fracción I).

C) 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."²⁷

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: Tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en las normas penales, para Hans Welzel tipo: "... es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida, que ha de realizarse con especial cuidado en el Derecho Penal."²⁸

²⁶ Ibidem.

²⁷ Jiménez de Asúa, Luis, TRATADO DE DERECHO PENAL, Editorial Losada, Tomo III Buenos Aires, 1976, p. 744.

²⁸ Welzel, Hans, DERECHO PENAL ALEMAN PARTE GENERAL, Op. cit., p. 58.

Tipicidad 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 por ejemplo, el (engaño en el fraude)."²⁹

En su oportunidad, veremos que clases de elementos contiene la figura típica del hostigamiento sexual. 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, junto a la ley que describe la figura del contrato o del testamento."³⁰

²⁹ Castellanos Tena, Fernando, Op. cit., p. 171 y 172.

³⁰ Jiménez de Asúa, Luis, TRATADO DE DERECHO PENAL, Ob. cit., p. 682.

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, la atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo, de suerte que si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Suele distinguirse entre ausencia del 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 tipo."³¹

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.

³¹ Castellanos Tena, Fernando, Op. cit., p. 175.

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.

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, 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; y 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.

En cuanto a los elementos subjetivos del injusto, estos constituyen "referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue; por ejemplo, los términos "intencionalmente", "a sabiendas", "con el propósito",

etcétera, previstos en algunos tipos. Su ausencia determinará una atipicidad.³²

E) 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 existen entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal.

Así lo explica el distinguido autor: "Un hecho es antijurídico o jurídicamente ilícito cuando es contrario al derecho. Este calificado de contrariedad a derecho se llama antijuridicidad o ilicitud jurídica y expresa precisamente la relación de contradicción entre un hecho y el derecho." ³³

"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 sustancial, cuando lesione un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la comunidad pues lo antijurídico implica valor 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 jurídico." ³⁴

Consecuentemente, cuando una conducta viola una norma objetiva del derecho (formal y materialmente), lesiona un bien jurídico concreto

³² Crf., Castellanos Tena, Fernando, Op. cit., pp. 175-176.

³³ Petrocelli Blagio, LA ANTIJURIDICIDAD, en Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1963, p. 11.

³⁴ Jiménez Huerta, Mariano, LA ANTIJURIDICIDAD, Imprenta Universitaria, UNAM, México, 1952, pp. 11-12.

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 es un 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 juicio de valor, una estimación entre esa conducta es una 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." ³⁵

Ahora bien toda realización del tipo de una norma prohibitiva es ciertamente antinormativa, pero no es siempre antijurídica. "Pues el ordenamiento jurídico no se compone solo de normas, si no también de preceptos permisivos que permiten, en ciertos casos ("autorizaciones"). Existen preceptos permisivos que permiten, en ciertos casos, la conducta típica." ³⁶

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

³⁵ Porte Pitit, PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL, 2° ed., UNAM., México, 1958, p. 285.

³⁶ Welze, Hans, DERECHO PENAL ALEMAN PARTE GENERAL, Op. cit., p. 60.

F) CAUSAS DE ILICITUD

Llamadas también causas de justificación, entrañan el aspecto negativo de la antijuridicidad, de modo que son aquellas condiciones que tiene 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 a jurídicamente beneficioso, y esto sucede precisamente en virtud de una causa de justificación o licitud."³⁷

En nuestro Derecho, se consignan las siguientes causas de licitud en el artículo 15 de nuestro Código Penal para el Distrito Federal y son las siguientes:

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afecto, o del legitimado legalmente para otorgar, siempre y cuando se llenen los siguientes requisitos:

³⁷ Cfr., Núñez Ricardo C., CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN, en Enciclopedia Jurídica Omeba, T. II, p. 915.

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y
- c) Que el consentimiento sea expresado o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento tácito cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, estos hubiesen otorgado el consentimiento;

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa, racionalidad en la defensa respecto a la amenaza y no medie provocación dolosa suficiente o inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al hogar del que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el inculpado tenga la obligación de defender, o a sus dependencias, o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación.

Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

VI. La acción o la omisión se realice en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro:

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

a. Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

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

G) 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."³⁸

³⁸ Mayer Ernest, citado por Jiménez de Asúa, Luis, LA LEY Y EL DELITO, Editorial Hermes, México-Buenos Aires, 1954, p. 359.

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 Triguillo– todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e independiente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana."³⁹

"Esas exigencias o condiciones consisten en un mínimo físico representado por la edad u 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 cometidos."⁴⁰

H) 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:

"ARTÍCULO 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

³⁹ Idem, p. 431.

⁴⁰ Castellanos Fernando, Op. cit., p. 218.

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 desminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 Bis de este 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, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a 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 disminuida 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 recluidos 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 la causa genérica de inimputabilidad estaba descrita en el artículo al tenor siguiente:

Es una causa de inimputabilidad: "Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconciencia de sus actos, determinando 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 indiciada reforma, que ya hemos transcrito (artículos 15, fracción VII, y 68), así como el 67 superan con mucho las formulas anteriores, inclusive por la omisión de términos denigrantes para los incapacitados, a más de lo cual, el artículo 67, después de prescribir para los imputables 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.

I) CULPABILIDAD

Este elemento del delito ha sido definido como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.⁴¹

O bien, como: "... 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,

⁴¹ Porte Petit Candaudap, Celestino, LA IMPORTANCIA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL, México 1954, p.49.

por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa." ⁴²

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 consistente en el proceso intelectual-emocional desarrollado en el autor al incurrir en la conducta antijurídica.

En cambio, la 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 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 destacando 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, aun cuando podía decidirse a favor del mismo." ⁴³

La culpabilidad presenta 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.

⁴² Villalobos, Ignacio, DERECHO PENAL MEXICANO, Op. cit., p. 272.

⁴³ Maurach Reinhardt, TRATADO DE DERECHO PENAL, Trad. Córdoba Roda, Juan, T. II, Editorial Ariel, Barcelona, 1962, p. 14.

En este punto, el Código Penal para el Distrito Federal, previene que obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley (artículo 9).

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

J) AUSENCIA DE CULPABILIDAD O INCULPABILIDAD

Esta se produce cuando no se dan en el caso el dolo o la culpa.

En el Código Penal para el Distrito Federal 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 u la omisión bajo un error invencible:

- a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran al tipo penal o.
- b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o por que 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:

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

b) 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 Artículo 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) CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

"Tales condiciones, si bien son ajenas a la acción misma en su aspecto causal físico, puede ser consideradas como anexos al tipo, como

condiciones de la punibilidad o como condicionantes de la procedibilidad de la acción penal." ⁴⁴

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 caracteres o partes integrantes del tipo; si falta en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos (por ejemplo, la querrela necesaria de algunos delitos)." ⁴⁵

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) PUNIBILIDAD

Consiste 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:

⁴⁴ Carrancá y Trujillo, DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL, Op. cit., p. 425.

⁴⁵ Castellanos Tena, Fernando, Op. cit., p. 248.

- c) "Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley." ⁴⁶

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 al autor de la misma, este no puede ser castigado por razones previamente determinadas por el legislador." ⁴⁷

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

Llámense 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 ley positiva.

"Por ende, las excusas absolutorias tienen como efecto fundamental y podríamos decir que único, el suprimir la punibilidad de un acto

⁴⁶ Idem, p. 275.

⁴⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba, Op. cit., T. XXIII, p. 931

delictuoso, aún mediando todos los elementos indispensables para que ellas se produzcan, porque razones de diversa índole aconsejan la impunidad.”⁴⁸

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

a) Excusa en razón de mínima temibilidad:

“Artículo 375.- Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido 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 violencia.”

b) Excusa en razón de la maternidad consiente:

“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.

⁴⁸ Cfr. Ilurbe Octavio, EXCUSAS ABSOLUTORIAS, en Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XI, p. 472.

CAPÍTULO SEGUNDO

ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL

- 2.1 ETIMOLOGÍA, CONCEPTOS Y DESCRIPCIÓN TÍPICA DEL DELITO.**
- 2.2 ELEMENTOS DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL.**
- 2.3 CONDUCTA Y ASPECTO NEGATIVO.**
- 2.4 TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.**
- 2.5 BIENES JURÍDICOS TUTELADOS.**
- 2.6 ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.**
- 2.7 IMPUTABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.**
- 2.8 CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.**
- 2.9 PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.**

2.1 ETIMOLOGÍA, CONCEPTOS Y DESCRIPCIÓN TÍPICA DEL DELITO

ETIMOLOGÍA

Hostigamiento sexual, de conformidad con su raíz etimológica, significa lo siguiente:

El hostigamiento es la acción de hostigar. Y el vocablo hostigar proviene del latín FUSTIGARE, cuya acepción es: "azotar, dar latigazos." ⁴⁹ También es castigar con látigo, vara o cosa semejante." ⁵⁰

La palabra sexual proviene del latín SEXUALIS, que significa: relativo al sexo. Y sexo procede del latín SEXUS, que es la condición orgánica que distingue al macho de la hembra, en los seres humanos y en los animales." ⁵¹

Por lo que etimológicamente hostigamiento sexual significa: azotar o castigar con látigo, vara o cosa semejante la condición orgánica que distingue al hombre de la mujer.

CONCEPTOS

Para tener una idea más clara y general de lo que significa hostigamiento sexual, es necesario interpretar las palabras en su sentido figurado y no en su sentido recto o literal.

⁴⁹ Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Tomo VI. Selecciones del Readers Digest, México, 1978, p.1872.

⁵⁰ Mini Diccionario Larousse, Tomo 12, Ed. SAMRA, S.A., México, 1989, p. 754.

⁵¹ Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Tomo XI, pp. 3495, 3496.

- a) *Concepto figurado.*- "Hostigamiento es la acción de molestar, acosar a uno, empalagar, hastiar."⁵²

Hostigamiento.- "Es la acción de perseguir, molestar a uno, ya burlándose de él, ya contradiciéndole o de otro modo."⁵³

Sexual.- Relativo al conjunto de factores orgánicos o psíquicos que distinguen al macho de la hembra en los seres animados.⁵⁴

En resumen, se puede decir que el hostigamiento sexual es la acción de acosar, empalagar, hastiar, perseguir o molestar a una persona de cualquier sexo en relación con sus factores orgánicos o psíquicos eróticos.

DESCRIPCIÓN TÍPICA

El delito de hostigamiento sexual se encuentra ubicado en Capítulo I del Título Décimo Quinto del Código Penal para el Distrito Federal, denominado Delitos Contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual; expresión totalmente propia porque atiende el bien jurídicamente tutelado (criterio jurídico) y no a la naturaleza del delito (criterio fisiológico).

⁵² Idem, Tomo VI, p. 1872.

⁵³ Palomar Juan de Miguel, Diccionario para Juristas, Mayo Ediciones, S.A. de R.L., México 1981, p. 678.

⁵⁴ Idem, p. 1249.

Por lo consiguiente, el Código Penal, define el hostigamiento sexual en su artículo 259 bis de la manera siguiente:

"Al que asedie, acose o solicite favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero con la amenaza de causar a la víctima un mal relacionado con las expectativas que pueda tener en el ámbito de una relación, bien sea entre superior o inferior jerárquico, entre iguales o en cualquier circunstancia que los relacione en el campo laboral, docente, doméstico o cualquier otro, se le impondrá sanción de uno a tres años de prisión.

Si el hostigador fuese servidor público y utilizase los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, además de la pena prevista en el párrafo anterior, se le destituirá de su encargo.

El delito previsto por este artículo sólo será perseguido por querrela del ofendido o de su legítimo representante."

El delito de hostigamiento sexual está constituido por todos los elementos del delito en general, aunados a los característicos o propios que precisamente son los que originan esta figura delictiva en particular.

En seguida, se realiza el análisis dogmático del delito en cuestión, estudiando cada uno de los elementos que le son peculiares y sus aspectos negativos, en un plano estrictamente lógico; es decir, cuándo se integra el delito y cuando ello no es posible por ausencia de alguno de sus elementos.

2.2. ELEMENTOS DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL

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 elementos:

2.2.1. ELEMENTOS DESCRIPTIVOS U OBJETIVOS

Están constituidos por el asedio, acoso o favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero con la amenaza de causar a la víctima un mal.

Siendo que gramaticalmente asedio significa "importunar sin descanso."⁵⁵

En su estudio jurídico, 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.

Acoso significa fatigar, perseguir, importunar a alguna persona con molestias o trabajos.⁵⁶

Igualmente constituye un estado o proceso de naturaleza externa, asimismo supone una serie de actos, con frecuencia. Por lo que se deduce que acoso y asedio, son términos similares.

⁵⁵ Diccionario Ideológico de la Lengua Española Julio Casares de la Real Academia Española, Editorial Gustavo Gill, Barcelona, 1979, p. 502.

⁵⁶ Palomar De Miguel, Juan, Diccionario para Juristas, Mayo Ediciones, México, 1981, p. 33.

2.2.2. ELEMENTOS DE VALORACIÓN CULTURAL (NORMATIVOS)

Son de este carácter los consistentes en que el agente ha de tener respecto de la víctima, una relación, bien sea entre superior o inferior jerárquico, entre iguales o en cualquier circunstancia que los relacione en el campo laboral, docente, domestico o cualquier otro. 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.

Estas 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, domestica o cualquier otra que implique la amenaza de causar un mal, siendo este efecto también de índole normativa, pues implica una amenaza de causar un mal con las expectativas que pueda tener el ámbito de una relación.

2.2.3 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 esta presidida por dicha

finalidad o estado y evitar el equivoco que pudiera surgir de interpretar como típico cualquier acto externo." ⁵⁷

En el caso a estudio, **el elemento subjetivo es: la "lascivia", siendo el significado de esta: "La Propensión a los placeres carnales."** ⁵⁸

Las 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 no lo es, todo sujeto que ha cooperado a un resultado lesivo, si no 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.

⁵⁷ Jiménez Huerta, Mariano, DERECHO PENAL MEXICANO, T. I, Editorial Porrúa, 1982. p. 255.

⁵⁸ Diccionario Castellano Ilustrado, Compilado por el Consejo Técnico Pedagógico, bajo la Dirección del Profesor Héctor Campillo Cuauhtli, Fernández Editores S.A., México, 1997, p.199.

En el tipo a estudio, dada la especial intencionalidad del autor, que constituye el asedio, no cabe el supuesto de la existencia de los 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 a 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, acose o solicite favores de naturaleza sexual."

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" o "impropios", que pueden ser realizados por cualquiera.

Ejemplos del delito propio: La numerosas infracciones penales que pueden cometer los funcionarios públicos, del delito común o impropio: El de homicidio, que puede ser llevado a cabo por cualquier persona.

Como fácilmente puede observarse, el tipo del delito de hostigamiento sexual es impropio, pues sus autores pueden ser aquellos que tienen una relación bien sea entre superior e inferior jerárquico o entre iguales o en cualquier circunstancia que los relacione en campo laboral, docente, doméstico a cualquier otro; siendo esta última frase por su amplitud la que engloba a todos los sectores, por lo que cualquiera puede tener el carácter de sujeto activo; y el delito es propio también en el supuesto del segundo párrafo

del artículo 259 Bis, pues alude al hostigador que tenga 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 esta implica la violación de un interés concreto ofendido por el actuar delictivo."⁵⁹

En el delito que estudiamos concurren ambos sujetos, aunque con la particularidad de que el sujeto pasivo 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 rubrica a cada grupo de tipo, surgiendo entonces las distintas especiales delictivas que consagran dichos ordenamientos y, consecuentemente, "una familia de delitos".

Como se observa en nuestro Código, el delito se sitúa dentro de la "familia" de los Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual, previstos, como ya hemos mencionado, en el Título Decimoquinto del propio ordenamiento, siendo las restantes figuras las de abuso sexual, estupro, y violación, de los artículos 260 al 266 bis.

⁵⁹ Cfr. Bettiol Giuseppe, DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, Editorial Temis, Bogotá, 1965, p. 610.

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

2.3 CONDUCTA Y SU ASPECTO NEGATIVO

2.3.1 CONDUCTA

La conducta llamada (acción, acto o hecho) constituye el primer elemento material, objetivo, externo o físico del delito. Esto en base a un orden de prelación lógica.

La conducta ha sido definida, según ya vimos, como "el comportamiento humano, positivo o negativo, encaminado a un propósito".⁶⁰

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 asedie, acose o solicite favores de naturaleza para sí o para un tercero con la amenaza de causar un mal.

⁶⁰ Castellanos Tena, Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Op. cit., p.149.

Como se observa en el capítulo anterior, los diferentes autores emplean al referirse a este primer elemento material del delito, el vocablo que más se adecua a su sistema. Sin embargo, el acto, la conducta o el hecho humano, comprenden a la acción y a la omisión como sus formas o especies.

Considerando que se hace un estudio dogmático sobre el delito tema de tesis, se prefiere utilizar la expresión **conducta** para referirse al elemento objetivo del delito, que se halla consignado formalmente en el artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal, y que dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Los elementos de la conducta en el delito de hostigamiento sexual, son:

- a) Una manifestación de la voluntad: Asedie, acose o solicite favores de naturaleza sexual.
- b) Un resultado jurídico y material.⁶¹
El primero, que estriba en el cambio del mundo jurídico o inmaterial, al lesionarse el bien jurídicamente tutelado, que es, la libertad y el normal desarrollo psicosexual. Y el segundo, consistente en la modificación del mundo exterior que puede ser: física, fisiológica, psíquica o económicamente y,
- c) El nexo de causalidad: Que consiste, en la vinculación, enlace o relación estrecha, ineludible e indispensable

⁶¹ Porte Petit, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, Op. cit., pp. 260, 261.

entre la conducta y el resultado producido; que en la perspectiva de las teorías, generalizadora e individualizadoras son las siguientes.

TEORÍA GENERALIZADORA

- Teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non* (Von Buri): "causa es la suma de todas las condiciones positivas o negativas, sean preexistentes, simultaneas o supervenientes, que concurren a producir el resultado".⁶²

Por lo tanto, "Las causas pueden ser, entre otras, la subordinación involuntaria de la mujer hacia el hombre."⁶³

TEORÍAS INDIVIDUALIZADORA

- Teoría de la última condición, de la causa próxima o de la causa inmediata (Ortmann): "Causa es sólo la última de un conjunto de condiciones, o sea aquella que está más próxima al resultado".⁶⁴

En consecuencia, la causalidad es el último asedio, acoso o favor sexual, pues en el tiempo es la condición más próxima a la lesión del bien jurídicamente tutelado.

⁶² Pavón Vasconcelos, LA CAUSALIDAD EN EL DELITO, Op. cit., pp. 67, 83.

⁶³ CARTEL FEMINISTA, Exposición del Museo Universitario del Chopo, agosto 15 de 1991. "Se hizo una consulta en la Cámara de Diputados sobre los Delitos Sexuales... Los hombres de los Partidos Políticos dijeron que las causas son el alcoholismo, la desintegración familiar, la crisis económica. Nosotras dijimos que lo que genera la violencia es el sistema de subordinación de las mujeres donde cualquier mujer crece en la idea y la actitud de la sumisión, y los hombres en la idea de que las mujeres les pertenecen y por lo tanto cualquier hombre puede agredir a cualquier mujer."

⁶⁴ Pavón Vasconcelos, LA CAUSALIDAD EN EL DELITO, 3ª ed., Ed. Porrúa, S.A., México 1989, pp. 87 y 88.

- Teoría de la causa más eficiente o de la condición más eficaz (Kholer): " En el resultado no intervienen como causa un conjunto de condiciones sino solamente aquella que tiene en sí misma, la capacidad de producirlo".⁶⁵

En este aspecto, se considera también, el asedio, acoso o favores de naturaleza sexual, con la amenaza de causar un mal, por cuanto tiene en sí mismo (cualidad) la fuerza capaz de producir el efecto.

- Teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación (V. Bar): "Causa es, dentro del conjunto de condiciones causales concurrentes, sólo aquella que resulte adecuada para producir el resultado".⁶⁶

Con esta significación, se estima causa adecuada, el asedio, acoso o favor de naturaleza sexual para sí o para un tercero, con la amenaza de causar un mal a la víctima, ya que es la condición que tiene la aptitud necesaria para producir el resultado.

En suma, se puede precisar, según la redacción del tipo penal en estudio, **el asedio, acoso o los favores de naturaleza sexual**, es el núcleo del verbo activo principal.

Sin embargo, con la sola determinación del núcleo del verbo activo principal, no adquiere relevancia penal, si no es vinculado con determinadas circunstancias objetivas señaladas en el tipo penal. Por lo tanto,

⁶⁵ Idem, p. 93.

⁶⁶ Idem, p. 99.

se considera: "con la amenaza de causar un mal a la víctima", como lo que constituye la materialidad de este ilícito penal.

Por asediar, debe entenderse: "...importunar a uno interrumpidamente con pretensiones." ⁶⁷

Bloquear, cercar, sitiar, fastidiar, molestar, aburrir, disgustar, hastiar, hartar, enfadar, mortificar, enojar, estorbar, cansar, empalagar, incomodar, irritar, afligir, humillar y dañar." ⁶⁸

Por acosar debe entenderse: "Fatigar, perseguir, importunar a alguna persona con molestias o trabajos." ⁶⁹

"En este orden de ideas se puede delimitar, que el elemento externo o físico de este delito, puede realizarse a través del lenguaje oral, escrito, mímico, gráfico, fonético o de alguna de sus combinaciones según el contexto específico." ⁷⁰

CLASIFICACIÓN DE ESTE DELITO

La inclusión, en el elemento material del tema relativo a la clasificación del delito de hostigamiento sexual, en orden a la conducta y al resultado, es originado al considerar la existencia de tipos penales cuya descripción se establece por una mera conducta o simple actividad, llamados formales, que en algunos casos se concreta en un hacer, en otros en un no

⁶⁷ Palomar, de Miguel Juan, Diccionario para Juristas, Op. cit., 130.

⁶⁸ Larousse, DICCIONARIO PRÁCTICO, SINÓNIMOS/ANTÓNIMOS, ediciones Larousse, S.A., México, 1988, pp. 493, 397.

⁶⁹ Palomar de Miguel, Juan, Op. cit., p.33.

⁷⁰ González Reyna, Susana, MANUAL DE REDACCIÓN E INVESTIGACIÓN DOCUMENTAL, 2a. ed., Editorial Trillas, S.A., México, 1983, pp. 22-24, 32.

hacer, y en un hacer y en un no hacer como acontece así en los delitos mixtos, de acción y de omisión.

Asimismo por el concepto que se tenga de resultado, si se entiende al resultado como naturalístico, o sea, como un cambio en el mundo exterior, material y tangible, entonces habrá delitos que no tengan resultados; y al contrario, si se comprende al resultado como un mutamiento en el orden jurídico, no habrá delitos sin resultado.

a) **Clasificación en orden a la conducta**

Por la naturaleza del hostigamiento sexual, solamente puede cometerse este ilícito penal, según la forma de conducta del agente, por un hacer: **el asedio, acoso, o el solicitar favores de naturaleza sexual.**

Es imposible realizarlo omisivamente, pues no se puede llevar a cabo no haciéndolo, consecuentemente, el hostigamiento sexual es un delito **de acción.**

Esto es importante, pues el legislador mexicano solo considera delitos las acciones u omisiones; y además, porque al ser de acción implica la existencia de una norma prohibitiva, cuyo contenido imperativo es no hacer para no alterar una situación existente.

Así lo confirma la Jurisprudencia al señalar: " Según el artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal, delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, de modo que la consumación del delito se

obtiene por el simple hecho de infringir la ley, independientemente del resultado que con ello se obtenga.”⁷¹

b) **Clasificación en orden al resultado**

“El delito de hostigamiento sexual, por lo que se refiere al resultado, **es un delito jurídico y material.**”⁷²

El primero como ya se ha anotado, consiste en la lesión a la libertad y normal desarrollo psicosexual, que es el bien jurídico tutelado; vinculado con el segundo, que estriba, según la descripción del tipo, en el perjuicio o daño causado por la conducta delictuosa, que modifica el mundo exterior, material y tangible, constituido por una mutación física, fisiológica, psíquica, o económica. De lo cual se infiere que el delito en análisis, no puede ser formal o de resultado jurídico, al no integrarse el tipo sólo con la acción del sujeto activo, es decir, por la conducta en sí misma.

El delito de Hostigamiento sexual, por su duración, **es un delito continuado, por que se dan varias acciones, asedio, acoso y una sola lesión jurídica**, que es la libertad y el normal desarrollo psicosexual. “Es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución.”⁷³

Por ello para Carrara “la continuidad en este delito debe buscarse en la discontinuidad de la acción”.⁷⁴

⁷¹ Citado por Porte Petit, PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, 2a. ed., U.N.A.M., México 1968, p. 209. Semanario Judicial de la Federación, t. XLIV, p. 1328.

⁷² Porte Petit., APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL., p. 261.

⁷³ Castellanos Tena, Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Op. cit., p. 138.

⁷⁴ Ibidem.

En suma, en el delito continuado existe: "Primero, unidad de resolución; segundo, pluralidad de acciones (discontinuidad en la ejecución); y tercero, unidad de lesión jurídica".⁷⁵

En este mismo sentido la fracción II del artículo 7 de Código Penal para el Distrito Federal, indica que el delito es continuado "cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal."

El Hostigamiento sexual, **es un delito de lesión** y no de peligro, porque al consumarse destruye o disminuye el bien jurídicamente tutelado, es decir, al ejecutarse ocasiona un daño real, directo y efectivo en la libertad y el normal desarrollo psicosexual, que es el bien jurídico que protege a la víctima. No así, en los delitos de peligro, que al consumarse colocan al bien jurídicamente protegido en una situación de posibilidad de daño.

2.3.2. AUSENCIA DE CONDUCTA

La ausencia de conducta es el espacio negativo del elemento conducta, o sea, la inexistencia del elemento conducta, o sea, la inexistencia del elemento material del delito, que queda sintetizado en la fórmula utilizada por Bettioli: "Nullum crimen sine actione, que se traduce en: "No hay delito sin acción".⁷⁶

En el delito de Hostigamiento sexual, si falta la conducta evidentemente no hay delito, es decir, si no hay acoso, acoso, o solicite favores de naturaleza sexual para si o para un tercero, no se conforma la

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Bettioli, citado por Porte Petit, HACIA UNA REFORMA DEL SISTEMA PENAL, Op. cit., p.218. Asimismo, agrega. "La conducta viene a ser, para algunos, no elemento del delito, si no el soporte físico del mismo."

figura delictiva, esto, interpretado a contrario sensu del artículo 7 del citado Código Penal: si no hay acto no es sancionado por la leyes penales.

Existe también ausencia de conducta, conforme a la fracción I del artículo 15 del referido código, cuando "El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente", por lo que algunas causas que podrían afectar dicha voluntad son: **la fuerza física exterior irresistible, el movimiento reflejo o estado de inconciencia absoluta (el sueño, el hipnotisismo o el sonambulismo).**

Por fuerza física exterior irresistible o bis absoluta, se debe entender, cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una violencia física humana irresistible; en otras palabras, por la cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute, irremediamente lo que no ha querido ejecutar, sea cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuyas circunstancias su acto es involuntario, lo que quiere decir, que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien lo sufra no puede resistirla y se ve obligado a ceder ante ella; más preciso todavía, "quien es violentado materialmente (no amedrentado, no cohibido, si no forzado de hecho) no comete delito, es tan inocente como la espada, misma de que un asesino se valiera."⁷⁷

Antón Oneca nos dice: "Son movimientos reflejos aquellos movimientos musculares, que son reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo externo o interno, sin intervención de la conciencia."⁷⁸

⁷⁷ Castellanos Tena, Fernando, Op. cit., p. 162.

⁷⁸ Citado por Porte Petit, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERCHO PENAL, Op. cit., p. 324.

Lo cual constituye el aspecto negativo de la conducta al no hacer acción por que carece de voluntad. Sin embargo, como anota Fernando Castellanos Tena: "... si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito."⁷⁹

El sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, para algunos penalistas, son aspectos negativos de la conducta, "Pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las inhibitorias."⁸⁰

Pero si el sujeto se coloca en este estado intencionalmente para cometer el delito, se esta frente a una *actio libere in causa*.

En suma, por lo anteriormente expuesto y por la naturaleza del Hostigamiento sexual, se considera que no existe ausencia de la conducta en este tipo penal.

2.4. TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

2.4.1. TIPICIDAD

La tipicidad, segundo elemento del delito, en la relación lógica de sus datos integradores, consiste en:

⁷⁹ Idem, p. 164.

⁸⁰ Ibidem.

"El encuadramiento con la descripción hecha en la ley; en la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto."⁸¹

Es decir, "...en la exacta coincidencia de una determinada y concreta conducta humana con lo descrito por el tipo."⁸²

Cuando "...el comportamiento causado se encuentre adecuado al tipo que describe la ley penal."⁸³

O más sencillo, en "...la adecuación de la conducta al tipo."⁸⁴

La tipicidad es muy importante porque tiene la función de principio de legalidad y seguridad jurídica, así lo establece el párrafo primero, segundo y tercero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e implícito, también en el artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal, establece el principio de "*nullum crimen sine lege*" que actualmente traduce (Beling) como: "No hay delito sin tipo". "En efecto, la exigencia que la ley penal sea exactamente aplicable al caso, encierra la formulación de la adecuación de la conducta al tipo."⁸⁵

⁸¹ Castellanos Tena, Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Op. cit., pp. 165, 166.

⁸² Martínez Roaro, Marcela, DELITOS SEXUALES, SEXUALIDAD Y DERECHO, 4a. ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1991, p. 172.

⁸³ Citado por Porte Petit, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, p. 332. "Semanario Judicial de la Federación", 6a. época., XLIX, pp. 93,103, segunda parte.

⁸⁴ Porte Petit, HACIA UNA REFORMA DEL SISTEMA PENAL, Op. cit., p. 223.

⁸⁵ Idem, p. 224.

Por lo tanto, la tipicidad en el delito de hostigamiento sexual, consiste en: el encuadramiento, conformidad, coincidencia o adecuación del comportamiento, conducta o hecho humano, con lo descrito por el artículo 259 bis, del Código Penal para el Distrito Federal.

2.4.2. CLASIFICACIÓN EN ORDEN AL TIPO

Del análisis del artículo 259 bis del Código Penal Para el Distrito Federal, que describe el delito de hostigamiento sexual, se desprende las siguientes clasificaciones del tipo:

- a) **Anormal**, en tanto el contenido del tipo no es únicamente material, pues incluye un elemento normativo jurídico, que es la relación en el campo laboral, docente, doméstico o cualquier otro; y otro elemento subjetivo que es la lascivia.

 - b) **Simple, fundamental o básico**, en cuanto a la primera parte del artículo 259 bis, porque el tipo no contiene ninguna circunstancia que implique agravación o atenuación de la pena: "...se le impondrá sanción de uno a tres años de prisión".

 - c) **Complementado, circunstanciado o subordinado cualificado**, porque necesita para su existencia del tipo básico, sin originar un delito autónomo, al que agrega el artículo 259 bis, como aditamento en su segundo párrafo una
-

circunstancia que agrava la pena. "Si el Hostigador fuese servidor público y utilizase los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, además de la pena prevista en el párrafo anterior, se le destituirá de su encargo".

- d) **Autónomo o independiente**, porque este tipo penal tiene existencia por sí mismo, no depende de otro tipo, es decir, posee en el catálogo de delitos vida propia.

- e) **De formulación casuística, vinculado o de medios legalmente limitados por el tipo penal**, porque la conducta delictuosa del sujeto activo, puede realizarla el varón o la mujer; asimismo, el acoso, acoso y los favores sexuales puede recaer sobre el sexo masculino o femenino respectivamente. En los segundos, porque se puede realizar la conducta delictuosa por medio de un posición jerárquica superior o inferior, entre iguales o en cualquier circunstancia que los relacione en el campo laboral, docente, doméstico o cualquier otro.

- f) **De daño**, pues la tutela del tipo penal protege la disminución o destrucción del bien jurídicamente tutelado.

- g) **De ofensa compleja**, porque en este tipo penal se lesionan varios bienes jurídicos, que son: la

seguridad, la libertad, y el normal desarrollo psicosexual.

- h) **De querrela necesaria**, porque sólo puede perseguirse penalmente a petición de parte ofendida o de su legítimo representante, en otras palabras, se requiere la manifestación de la voluntad de la víctima o su legítimo representante, para que el Ministerio Público inicie la investigación correspondiente. Por consecuencia, por su forma de persecución, en el delito de hostigamiento sexual, puede surtir efecto el perdón del ofendido.

2.4.3. ATIPICIDAD

La atipicidad es "cuando concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descritos en el Código Penal o en leyes penales especiales".⁸⁶

O sea, cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descritos por la norma."⁸⁷

O bien como, ya lo mencionamos en el capítulo anterior, la ausencia de adecuación de la conducta al tipo.

⁸⁶ Jiménez de Asúa, Luis, Op. cit., p. 812.

⁸⁷ Porte Petit, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, Op. cit., p. 368.

En el delito en estudio, **la atipicidad se conforma cuando existe ausencia de adecuación de la conducta o no concurrencia de todos los elementos del tipo descrito en el artículo 259 bis del Código Penal para el Distrito Federal.**

El aspecto negativo de la tipicidad se presenta en los casos siguientes los cuales vamos a explicar:

- a) **Por ausencia del objeto jurídicamente tutelado.** El bien jurídicamente protegido en el delito de hostigamiento sexual es la libertad y el normal desarrollo psicosexual. Es obvio que al faltar la lesión a este elemento del tipo se presente una hipótesis negativa de la tipicidad.

- b) **Por ausencia del objeto material.** Si el hostigamiento sexual, por parte del sujeto activo, no recae en el sujeto pasivo, se produce el aspecto negativo del injusto penal, al carecer de objeto material.

- c) **Por ausencia de calidad en los sujetos.** El tipo penal en análisis requiere que el sujeto activo posea una jerarquía inferior o superior, entre iguales o en cualquier circunstancia. A su vez, el sujeto pasivo requiere de esa misma jerarquía inferior, superior, entre iguales o en cualquier circunstancia. Por lo cual, al carecer alguno de los sujetos de dicha calidad exigida por el tipo, se configura una atipicidad del hostigamiento sexual.

- d) **Por ausencia del elemento subjetivo.** La descripción de este tipo penal requiere un elemento anímico del sujeto activo, que es: la lascivia. Si en la conducta delictuosa falta este elemento subjetivo se origina una causa de exclusión del delito.
- e) **Por ausencia del elemento normativo.** En este ilícito penal se encuentra ubicado un elemento normativo de carácter jurídico que tiene que ser valorado y si no existe no se conforma.
- f) **Por ausencia de las modalidades de conducta:**
- 1) **Por ausencia de los medios empleados.** La ley penal requiere que el asedio, acoso y favores de naturaleza sexual se realice utilizando los medios o circunstancias que la posición jerárquica inferior o superior, entre iguales o en cualquier circunstancia le proporcione al sujeto activo, como consecuencia en este caso que los relacione en el campo laboral, docente, doméstico o cualquier otro. Por lo cual, cuando no se utilice por parte del sujeto activo, laboral, docente, doméstico, servidor público o cualquier otro, los medios o circunstancias de su posición jerárquica inferior o superior, entre iguales o en cualquier circunstancia se configura una atipicidad.
- 2) **Por ausencia de referencia temporal.** En el tipo penal que se examina no expresa un elemento temporal.

2.5. 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 y la forma de proteger esos bienes jurídicos precisados por el legislador es mediante sanción, que puede ser civil o penal.

“Se 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 irrogar coactivamente un mal, es decir privarlo de un bien (de su vida, de su libertad, de su propiedad).”⁸⁸

Teniendo gran importancia Constitucional la protección de los bienes jurídicos (artículos 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 por ejemplo, en los delitos de estupro (artículo 262) y abuso sexual, que parece contemplar dos tipos, que en seguida transcribimos:

⁸⁸ González Ruiz, Samuel Antonio, BIEN JURÍDICO, en Diccionario Jurídico Mexicano, T. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM., p. 286.

La antijuridicidad o ilicitud es aquella que viola una norma penal, tutelar de un bien jurídico, o más exacto, "radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo."⁹⁰

Por tanto la antijuridicidad en el delito de hostigamiento sexual, **consiste en: "la violación de la libertad y el normal desarrollo psicosexual"**. Lo que denota que para la existencia de la antijuridicidad se requiere una doble condición: "... una positiva, la adecuación a una norma penal, y la negativa es aquella que no este amparada por una causa de exclusión del injusto."⁹¹

Es decir, el asedio, acoso o favores de naturaleza sexual, son valorados antijurídicos cuando, siendo típico, no está protegido por una causa de licitud. La doctrina indica que el estado excluyé la antijuridicidad, que en condiciones ordinarias permanece, cuando; **a) No existe el interés que se trata de proteger o, b) Cuando convergen dos intereses jurídicamente protegidos, no puede salvarse ambos y el Derecho opta por el más valioso.**

2.6.2. CAUSAS DE LICITUD

La causa de licitud en este delito es: **El consentimiento del sujeto pasivo**

El delito que se analiza no expresa que el hostigamiento sexual se realice en contra de la voluntad del sujeto pasivo.

⁹⁰ Castellanos Tena, Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Op. cit., p.179.

⁹¹ Porte Petit, APUNTAMIENTOS DE LA PERTE GENERAL DE DERECHO PENAL, Op. cit., p. 227.

Cabe hacerse la pregunta: ¿realmente cualquier persona quiere ser hostigada, abusada, estuprada o violada sexualmente?, la respuesta es normalmente no. Por lo cual, se deduce, que generalmente, se realiza en contra de la voluntad de la víctima. La ley da por supuesto la falta de consentimiento, en esta suposición, cuando concorra el consentimiento válido del interesado está ausente el valor que el orden jurídico trata de proteger, pues el interés social consistente en este tipo penal en la protección de un bien personal o privado del cual libremente puede hacer uso su titular y, que es, el ejercicio de la libertad y el normal desarrollo psicosexual; produciéndose, con ello, el aspecto negativo de la antijuridicidad. "Por excepción se acepta la eficacia del consentimiento presunto para excluir la antijuridicidad, en aquellos casos en donde resulta lógico y conveniente suponerlo."⁹²

Con esta causa de licitud no hay delito; por otra parte, conforme a la naturaleza del hostigamiento sexual, no se configura en este delito ninguna causa de licitud en función del interés preponderante, enumerados en las fracciones: IV (legítima defensa); V (estado de necesidad); VI (cumplimiento de un deber jurídico o ejercicio de un derecho, del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

2.7. IMPUTABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

2.7.1. IMPUTABILIDAD

La imputabilidad "constituye un presupuesto, soporte o cimiento de la culpabilidad".⁹³

⁹² Castellanos Tena, Fernando, Op. cit., p. 188.

⁹³ Idem, p. 217.

Si esta viene a ser el nexo psíquico que une al resultado con el autor, es evidente que el autor, para actuar como causa psíquica de la conducta, ha de gozar de la facultad de querer y conocer, pues sólo queriendo y conociendo será susceptible de captar los elementos ético e intelectual del dolo".⁹⁴

Luego entonces, se considera a la imputabilidad como la capacidad de entender y querer dentro del ámbito del Derecho Penal; en otras palabras, la capacidad para comprender y desear un resultado en el campo del Derecho Punitivo, condicionada por un mínimo físico representado por la edad y, otro psíquico, consistente en la salud y desarrollo mental.

Con fundamento en lo anterior expuesto, es imputable, generalmente, el sujeto activo cuando incurre en el delito de hostigamiento sexual, pues para realizar dichas actividades como son la educativa, en el caso de la docencia, la laboral, o doméstica se requiere un mínimo de condiciones psicofísicas.

2.7.2. INIMPUTABILIDAD

En el delito en análisis, existe **inimputabilidad, cuando el sujeto activo no tiene la capacidad de entender y querer, en materia penal;** o más preciso, no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta o para conducirse de acuerdo a dicha comprensión.

El aspecto negativo de la imputabilidad en este delito, **se puede presentar, hipotéticamente, por las siguientes causas:**

⁹⁴ Porte Petit, HACIA UNA REFORMA DEL SISTEMA PENAL, Op. cit., p. 231.

a) **Por minoría de edad (criterio biológico u orgánico).** Acontece que un trabajador o una persona relacionada en el ambiente doméstico comete el delito de Hostigamiento Sexual es inimputable por minoría de edad, no tanto por su incapacidad de comprender la ilicitud de su conducta o por no saber conducirse de acuerdo a dicha comprensión, sino por no ser sujeto de aplicación de las disposiciones penales y, por consecuencia, sin capacidad jurídica en materia de Derecho Penal. "Ciertamente la ley penal vigente fija como límite los 18 años, por considerar a los menores de esa edad una materia dúctil, susceptible de corrección."⁹⁵

Por ello, al infractor se le remite a la jurisdicción correspondiente del Consejo Tutelar para Menores Infractores.

b) **Por trastorno mental (criterio psiquiátrico).** El Artículo 15 fracción VII, del Código Penal para el Distrito Federal vigente, establece como circunstancia excluyente de responsabilidad "al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental... a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o

⁹⁵ Castellanos Tena. Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Op. cit., pp. 230, 231.

culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible."

Por lo tanto se desprenden varias hipótesis al respecto:

1ª. Es inimputable el hostigador sexual, **cuando por el tratamiento de alguna enfermedad se le prescribe el empleo de sustancias tóxicas o estupefacientes**, como la quinina, atropina, ácido salicílico, morfina, marihuana, cocaína, produciéndose una intoxicación que ocasiona un trastorno mental patológico, por el cual puede hostigar sexualmente.

2ª. Es inimputable, el sujeto activo, cuando acosa sexualmente, debido sólo, a una embriaguez aguda, "...pues el sujeto en dicho estado (psicosis de intoxicación) carece en lo absoluto de facultades intelectivas como volitivas y por ende es incapaz de culpabilidad".⁹⁶

Siempre y cuando sea absoluta, fortuita e involuntaria, pero en la práctica, esto es inverosímil.

Ahora bien si el trastorno mental, por el empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, ha sido procurado por el sujeto activo, de manera voluntaria o culposa, pero deliberadamente para que se produzca el hostigamiento sexual, se está en una situación de una acción libre en su causa, pero determinando en cuando a su efecto. Esto es, el sujeto activo al actuar carece de la capacidad necesaria para comprender la antijuridicidad de su conducta y conducirse de acuerdo a esa comprensión;

⁹⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco, IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD, Ed. Porrúa, S.A., México, 1983, p. 104.

pero la posee en la acción o acto precedente. Es decir, tiene la capacidad de entender y querer para colocarse voluntaria o culposamente, en una condición de inimputabilidad y, por ello, el resultado le es imputable.

3ª. Es inimputable, el sujeto activo, cuando al cometer dicho ilícito tenga un trastorno mental a causa del padecimiento de alguna enfermedad de tipo infeccioso o microbiano, como el tifo, la tifoidea,... o "el virus de inmunodeficiencia humana".⁹⁷

En estos casos el sujeto enfermo tiene una función mental disminuida. Sin embargo, se debe auxiliar de especialistas: médicos, psicólogos psiquiatras, para determinar o no la inimputabilidad del agente.

- c) Por desarrollo intelectual retardado.** La misma fracción VII del artículo 15 del citado ordenamiento penal estatuye: "...al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer...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."

⁹⁷ Victor G. Daniels, SIDA, 4ª ed., Ed. El Manual Moderno, S.A., México, 1999, p. 104. Este autor, explica que: "Los efectos neurológicos de la infección VIH son: encefalopatía, cambio de personalidad, falta de concentración, desorientación, deterioro visual."

Se entiende por desarrollo intelectual retardado, "la disminución de las facultades de entender, de capturar cabalmente los fenómenos de conducirse con un mínimo de inteligencia, esto es, lo consideramos una disminución –no trastorno mental– de la inteligencia, disminución que debe ser tal que anule las facultades de querer y entender."⁹⁸

Es decir, la existencia de un estado mental más o menos permanente en el sujeto.

En este sentido, sólo es inimputable el hostigador sexual, cuando haya una "disminución en su inteligencia, o en las funciones del razonamiento por ansiedad, depresión, preocupaciones obsesivas o al ser portadores del síndrome de inmunodeficiencia humana."⁹⁹

- d) **Por miedo grave.** Antes de las reformas publicadas en 1994, la fracción VI del artículo 15 del Código Penal establecía como excluyente de responsabilidad: "obrar en virtud de miedo grave o temor fundado irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente". En la fracción transcrita se habla de miedo grave y de fundado temor, que técnicamente no puede identificarse. "El miedo grave constituye una causa de inimputabilidad; el temor fundado puede originar una inculpabilidad."¹⁰⁰

⁹⁸ Osorio y Nieto, Cesar Augusto, SÍNTESIS DE DRECHO PENAL. PARTE GENERAL, 6ª. ed., Editorial Trillas, S.A., México, 1999, p.64.

⁹⁹ Víctor G. Daniels, Op. cit., p. 132.

¹⁰⁰ Castellanos Tena, Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Op. cit., p. 230.

Se entiende por desarrollo intelectual retardado, "la disminución de las facultades de entender, de capturar cabalmente los fenómenos de conducirse con un mínimo de inteligencia, esto es, lo consideramos una disminución –no trastorno mental– de la inteligencia, disminución que debe ser tal que anule las facultades de querer y entender." ⁹⁸

Es decir, la existencia de un estado mental más o menos permanente en el sujeto.

En este sentido, sólo es inimputable el hostigador sexual, cuando haya una "disminución en su inteligencia, o en las funciones del razonamiento por ansiedad, depresión, preocupaciones obsesivas o al ser portadores del síndrome de inmunodeficiencia humana." ⁹⁹

- d) **Por miedo grave.** Antes de las reformas publicadas en 1994, la fracción VI del artículo 15 del Código Penal establecía como excluyente de responsabilidad: "obrar en virtud de miedo grave o temor fundado irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente". En la fracción transcrita se habla de miedo grave y de fundado temor, que técnicamente no puede identificarse. "El miedo grave constituye una causa de inimputabilidad; el temor fundado puede originar una inculpabilidad." ¹⁰⁰

⁹⁸ Osorio y Nieto, Cesar Augusto, SÍNTESIS DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, 6ª. ed., Editorial Trillas, S.A., México, 1999, p.64.

⁹⁹ Victor G. Daniels, Op. cit., p. 132.

¹⁰⁰ Castellanos Tena, Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Op. cit., p. 230.

Siendo así que el miedo grave obedece a procesos causales psicológicos engendrándose en la imaginación, mientras el temor encuentra su origen en procesos materiales, es consciente. Así se explica que las reformas de 1993, publicadas en el año siguiente, hayan eliminado en el nuevo texto del artículo 15 tanto el miedo grave como el temor fundado, por quedar comprendidos en las fracciones VII y IX de dicho precepto.

2.8. CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

2.8.1. CULPABILIDAD

La culpabilidad integra otro elemento del delito, que se interpreta en la fórmula usada por Bettiol: "nullum crimen sine culpa" que se traduce en: "No hay delito sin culpabilidad."¹⁰¹

La culpabilidad es "el nexa intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto",¹⁰²

O bien, "como el nexa psíquico entre el sujeto y el resultado; lo que quiere decir, que contiene dos elementos: uno volitivo o como lo llama Jiménez de Asúa, emocional y otro intelectual. El primero, indica la suma de

¹⁰¹ Citado por Porte Petit, HACIA UNA REFORMA DEL SISTEMA PENAL, p. 235.

¹⁰² Castellanos Tena, Fernando, Op. cit., pp. 234.

dos quererres, de la conducta y el resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de conducta.”¹⁰³

El Código Penal para el Distrito Federal contiene dos especies de culpabilidad: el dolo y la culpa, expresadas en el artículo 9.

El dolo, para Castellanos Tena “consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado, típico y antijurídico”.¹⁰⁴

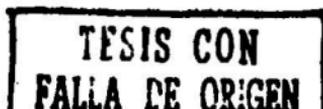
Y Luis Jiménez de Asúa lo precisa, al decir: “... que existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, como conciencia de que se quebranta un deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.”¹⁰⁵

El delito de Hostigamiento Sexual, admite solamente la forma dolosa; consiste en que el sujeto activo, se ha representado en su mente el asedio, acoso o favor de naturaleza sexual y el resultado de ese comportamiento y decide en un acto de voluntad ejecutar lo que en su mente se ha representado, esto es, que el sujeto activo quiere la conducta típica con alguno de los sujetos que se mencionan en el artículo 259 bis del Código Penal para el Distrito Federal en vigor, consecuentemente, se puede observar un doble aspecto del dolo: el genérico, que estriba el querer asediar, acosar o pedir favores de naturaleza sexual; y el específico, al realizarlo con alguno de los sujetos pasivos.

¹⁰³ Porte Petit, HACIA UNA REFORMA DEL DERECHO PENAL, Op. cit., pp. 235, 236.

¹⁰⁴ Ídem, p. 239.

¹⁰⁵ Jiménez de Asúa, Luis, PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. LA LEY Y EL DELITO, Op. cit., p. 365.



Por otra parte, el sujeto activo que realiza el elemento material y el sujeto pasivo que recibe directamente los efectos del delito, es innegable que tiene que concurrir el dolo directo.

No puede presentarse el dolo eventual, por que la utilización de los medios comisivos de este ilícito penal implica el querer desde el inicio el resultado delictuoso.

La Suprema Corte de Justicia confirma lo anteriormente dicho al establecer: "... lo característico de los delitos culposos o imprudenciales, es la ausencia de voluntad del resultado y si la voluntad existe, habrá entonces un delito doloso." ¹⁰⁶

O como lo indica el primer párrafo del artículo 9 del Código Penal para el Distrito Federal: "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley."

Por circunstancias del hecho típico debe entenderse: "... únicamente a los elementos objetivos del delito, que son: **el asedio, acoso, favores de naturaleza sexual y la amenaza de causar a la víctima un mal.** Por lo que hace al aspecto volitivo, este comprende tanto el caso del 'querer' como de 'aceptar' el resultado típico." ¹⁰⁷

Y por lo que hace al elemento intelectual o ético del dolo, Jiménez de Asúa, señala: "Pues, bien: debemos exigir como elementos intelectuales del dolo el conocimiento de la naturaleza de los hechos y de su significación

¹⁰⁶ Citado por Esther Alanís Vera, EL DELITO DE INCESTO. UN ANÁLISIS DOGMÁTICO, Editorial Trillas, S.A., México, 1986, p. 44.

¹⁰⁷ Madrazo, Carlos, LA REFORMA PENAL (1983-1985) Ed. Porrúa, S.A., México 1989, p. 362.

jurídica, de esta manera profana y no técnica, con la que se han salvado todos los escollos".¹⁰⁸

En efecto, el hostigador, si está conciente de la naturaleza de su conducta típica y de que viola alguna norma prohibitiva.

2.8.2. INCULPABILIDAD

El delito de hostigamiento sexual, existe inculpabilidad, cuando haya ausencia de alguno de los elementos de la culpabilidad, es decir, cuando no haya el elemento intelectual y/o volitivo. Por lo cual se considera que en este ilícito penal no se configura el aspecto negativo de la culpabilidad.

En efecto, para que haya ausencia del elemento ético requiere que haya error de hecho o de derecho. Con la reforma de 1983 publicada en 1984, se reglamentó expresamente entre las excluyentes de responsabilidad el error esencial de hecho.

La fracción XI del artículo 15 señalaba: "Realizar la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta."

El párrafo siguiente decía: "No se excluye la responsabilidad si el error es invencible."

¹⁰⁸ Jiménez de Asúa, Luis, Op. cit., p. 362.

Posteriormente en las reformas publicadas en el Diario Oficial el 10 de enero de 1994, y que son las que actualmente operan, se considera en la fracción VIII del artículo 15 como causa de exclusión del delito, realizar la acción u omisión bajo un error invencible: a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o, b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta", por lo que quedó derogado el artículo 59 bis en donde se recogía limitadamente el error de derecho, no para excluir el delito, sino sólo como atenuante de la pena, por lo que la fracción VIII del artículo 15 en vigor comprende tanto el error de tipo como el error de prohibición, el error de tipo en el inciso a); el de prohibición, se enmarca en el inciso b).

Por invencible se entiende: La disconformidad que aparece entre la inteligencia del sujeto actuante y la realidad, se podría superar con el aporte de los elementos necesarios y normales que, entendidos en su aspecto positivo, eliminan la culpa.

Es decir, cuando el sujeto activo, hostiga sexualmente al sujeto pasivo, no puede aducir que realiza la conducta delictuosa por un error de tipo o de prohibición (o de derecho), pues con lo característico del asedio, acoso o favores de naturaleza sexual, con la amenaza de causar a la víctima un mal, se produce la vencibilidad sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal, aspecto que le corresponde al Juez determinar.

2.9. PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

2.9.1. PUNIBILIDAD

La punibilidad es: a) Merecimiento de penas; b) Amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley." ¹⁰⁹

O más específico: "... la sancionabilidad legal penal del comportamiento típico, antijurídico, imputable y culpable." ¹¹⁰

El artículo 259 bis del Código Penal para el Distrito Federal vigente impone dos penas diversas:

a) Una grave, de uno a tres años de prisión y destitución de su encargo, si el hostigador fuere servidor público; y

b) Otra menos grave, sanción de uno a tres años de prisión, sin perjuicio de aumentar la pena de una mitad hasta las dos terceras partes de la pena por ser delito continuado, según lo establece el párrafo tercero del artículo 64 del Código Penal para el Distrito Federal.

La graduación de la penalidad obedece a la calidad especial de los sujetos activos: **En la primera, la penalidad es agravante por ser el sujeto activo servidor público, siempre y cuando utilice los medios o circunstancias que su encargo le proporcione, debido a que su posición jerárquica le otorga mayor poder en relación a sus subordinados.**

¹⁰⁹ Castellanos Tona, Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Op. cit., p. 275.

¹¹⁰ García Ramírez, Sergio, INTRODUCCIÓN AL DERECHO MEXICANO, Tomo: I, 2ª. ed., U.N.A.M., México, 1983, p. 466.

En la segunda, la sanción es menos grave en cuanto a la primera debido a el menor poder que tiene un igual, superior, inferior jerárquico respecto del sujeto pasivo.

2.9.2. EXCUSAS ABSOLUTARIAS

La función de las excusas absolutorias es la no aplicación de la pena, conformando el aspecto negativo de la punibilidad, que son: "Aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impide la aplicación de la pena."¹¹¹

El hostigamiento sexual, es un delito que no admite ninguna especie de excusa absoluta: excusa en razón de mínima temibilidad (artículo 375 del Código Penal para el Distrito Federal); excusa en razón del aborto causado por imprudencia de la mujer (artículo 333 del Código Penal para el Distrito Federal), excusas por inexigibilidad de otra conducta (artículo 280 fracción II; 151; 247 fracción IV; Código Penal); o excusa por graves consecuencias sufridas (artículo 55 Código Penal); debido a las características y estructura del tipo penal en estudio.

¹¹¹ Castellanos Tena, Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL, Op. cit., Pp. 278, 279.

CAPÍTULO TERCERO

FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL

- 3.1. ITER CRIMINIS.**
- 3.2. PROBLAMÁTICA DE LA TENTATIVA.**
- 3.3. CONSUMACIÓN.**
- 3.4. ASPECTO DE LA PARTICIPACIÓN.**
- 3.5. CONCURSO DE DELITOS.**

3.1. ITER CRIMINIS

El *Iter criminis* es el camino, fase o proceso recorrido por el delito a lo largo del tiempo, desde su ideación hasta su terminación. Este trayecto es propio de los delitos intencionales o dolosos.

El *Iter criminis*, en su concepción jurídica, tiene dos fases: **La interna**, que se refiere a los procesos mentales y subjetivos del agente del delito, es decir, cuando no ha sido exteriorizado, cuando no ha salido de la mente del autor; y **la externa**, que comprende las manifestaciones perceptibles por los sentidos de delito.

La fase interna incluye tres etapas: idea criminosa o ideación, deliberación y resolución.

La idea criminosa o ideación surge cuando el sujeto activo concibe en su mente la idea de cometer un delito. Si el agente no la aparta y permanece como idea fija en su mente puede surgir la deliberación.

La deliberación consiste en el proceso psíquico de la lucha entre la idea criminosa y los factores morales, religiosos y sociales que pugnan en contra de ella, o sea, la que se refiere a la valoración, meditación o consideración entre la realización o abstención de la conducta delictuosa. Por la cual, se supone la facultad o plena capacidad de discernimiento o autodeterminación del sujeto activo.

La resolución es el momento en que el sujeto decide llevar a cabo con toda intención y voluntad su conducta delictiva, aunque, dicha

voluntad sólo exista como propósito firme en la mente del agente, sin haber salido al exterior.

Esta fase interna o subjetiva no tiene trascendencia penal, pues, al no existir materialización de la idea criminal en actos o palabras, es imposible la elección de algún interés o valor tutelado penalmente.

La fase externa comprende tres periodos: **manifestación, preparación y ejecución.**

La manifestación es el momento en que el sujeto externa su pensamiento delictivo, cuando proyecta al exterior su idea criminosa, pero sólo como idea o pensamiento; más preciso aún, cuando el individuo en un acto de voluntad exterioriza su idea criminal por medio de la palabra. **El hostigamiento sexual, cuando el sujeto activo comenta a otra u otras personas reiteradas veces, su deseo sexual.**

La manifestación no es sancionable normalmente, excepto en aquellas figuras delictivas cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica, con las amenazas (artículo 282 y 282 bis del Código Penal para el Distrito Federal), traición a la patria (artículo 123 XI del Código Penal Federal).

La preparación consiste en la relación de actos en si mismos lícitos con la intención de llegar a la ejecución del delito, pero en los cuales es perceptible el nexo de la idea criminal con la infracción de la norma penal. Los actos preparatorios tienden a disponer el ilícito penal, pero solo subjetivamente desde la perspectiva del autor; **tal en el caso, de una invitación a bailar o a comer que hace el sujeto activo al pasivo.**

Esta fase de preparación tampoco es sancionable por ser un momento intermedio entre la manifestación y la ejecución.

La ejecución es el momento en el cual el sujeto activo realiza el delito. **La ejecución presenta dos aspectos: tentativa y consumación.**

3.2. PROBLEMÁTICA DE LA TENTATIVA

La tentativa es "comienzo de ejecución (conato) o realización total del proceso ejecutivo (frustración) sin llegar a la consumación".¹¹²

O bien, "los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto." ¹¹³

Por su parte, el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal establece:

Artículo 12. "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían de producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el Juez tomará en cuenta, a demás de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

¹¹² Pavón Vasconcelos, Francisco , BREVE ENSAYO DE LA TENTATIVA, 4ª. ed., Ed. Porrúa, S.A, México 1989, p. 159.

¹¹³ Castellanos Tena, Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Op. cit., p. 287.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a esta se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos."

El hostigamiento sexual, en función de su estructura, es un delito que admite la tentativa, pues al ser un delito doloso o intencional con resultado jurídico y material, se desarrolla a través de un Iter criminis.

Es importante destacar las formas de la tentativa: la acabada y la inacabada.

La tentativa acabada o delito frustrado es: "... cuando se realizan todos los actos necesarios para la consumación pero el resultado no se produce." ¹¹⁴

O más preciso todavía: "... 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." ¹¹⁵

En el hostigamiento sexual, se considera que no permite normalmente la tentativa acabada, toda vez, que al ser exteriorizada la conducta delictiva, asedio, acoso o favores de naturaleza sexual, con la amenaza de causar un mal, se produce, por lo menos, el resultado jurídico, al lesionarse el bien jurídico tutelado.

¹¹⁴ Madrazo, Carlos, LA REFORMA PENAL, Op. cit., p. 205.

¹¹⁵ Castellanos Tena, Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Op. cit., P. 289.

Excepcionalmente puede concurrir el consentimiento válido expreso o tácito del sujeto pasivo, no causando el daño al valor que el orden jurídico trata de proteger, por causas ajenas a la voluntad del agente, operando una causa de licitud de la tentativa acabada.

La tentativa inacabada o delito intentado es: "Cuando en el caso concreto hay principio de ejecución de la acción típica y no llegan a realizarse todos los actos necesarios para la consumación."¹¹⁶

En otras palabras: "... cuando 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 surge; hay una incompleta ejecución."¹¹⁷

En el hostigamiento sexual, se sustenta que si admite la tentativa inacabada, en base a su composición, es decir, como es un delito cuya clasificación en orden a la conducta es plurisubsistente, la acción permite su fraccionamiento en varios actos constando por ello de un proceso de ejecución que puede quedar incompleto, pero solo en el primer momento de su realización, lo cual no produciría resultado jurídico ni material; pero si se pone en peligro el bien jurídico tutelado; por tanto, se ve transgredida la norma penal por la actividad desarrollada y por ser un ilícito penal cuya clasificación en orden al resultado es continuado, o sea, que se refiere a la pluralidad de conductas (actos); unidad de propósito delictivo e identidad de lesión jurídica.

Por consecuencia, existe tentativa inacabada, cuando el asedio, acoso o favores de naturaleza sexual, no son con la amenaza de causar a la víctima un mal relacionado con las expectativas que pueda tener en el ámbito

¹¹⁶ Madrazo, Carlos, LA REFORMA PENAL, Op. cit., p. 205.

¹¹⁷ Castellanos Tena, Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Op. cit., p. 269.

de una relación, laboral docente o domestica, por causas extrañas al sujeto activo, pero con unidad de dolo y violación del mismo precepto legal.

Por otra parte, para imponer la pena de la tentativa en el hostigamiento sexual, los jueces tendrán en consideración las prevenciones de los artículos 12, 52, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal.

La tentativa de delito imposible no debe confundirse con la tentativa acabada o delito frustrado, en el delito imposible no se produce el resultado, no por causas ajenas a la voluntad del agente como acontece en el delito frustrado, sino porque no se realiza la infracción de la norma penal por imposibilidad material, por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito, tal sucede cuando se administra un abortivo a mujer no embarazada o se pretende matar a un muerto.

En el hostigamiento sexual no se puede confundir la tentativa del delito frustrado con la tentativa imposible, pues como se ha analizado, al ser un delito continuado, normalmente no admite la tentativa acabada.

3.3. CONSUMACIÓN

La consumación es la ejecución plena en que concurren todos los elementos genéricos y específicos del tipo penal, es decir, cuando produciéndose el resultado o agotándose la conducta delictiva, se verifica la lesión jurídica.

En consecuencia, conforme a la actual redacción, en el hostigamiento sexual existe ejecución consumativa del delito, cuando el sujeto activo, ha asediado, acosado o pedido favores de naturaleza sexual para sí o

para otra persona, derivado de una relación bien sea entre superior o inferior jerárquico o entre iguales. Produciendo con ello un resultado jurídico, que es la lesión a la libertad y normal desarrollo psicosexual; y otro material, que es el perjuicio o daño causado a la víctima.

3.4. ASPECTO DE LA PARTICIPACIÓN

La participación se refiere a las distintas formas de intervención de los sujetos en la realización de un delito.

la participación consiste: en "... la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad."¹¹⁸

La descripción típica del hostigamiento sexual no requiere la simultaneidad ineluctable de dos o más personas, toda vez, que es un delito cuyo sujeto activo es unisubjetivo, aunque en forma eventual puedan intervenir varios sujetos.

En suma, se habla de participación o concurso eventual de personas en el hostigamiento sexual, cuando existe la concurrencia de varios agentes en la comisión de un delito.

El artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal pretende agotar todas las formas posibles de responsabilidad penal al establecer:

¹¹⁸ Castellanos Tena, Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Op. cit., p. 293.

Son responsables del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización;
- II. Los que lo realicen por sí;" ¹¹⁹
- III. Los que la realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;
- VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito;
- VIII. Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quien produjo el resultado.

El problema que se plantea con relación al concurso de personas en el delito de hostigamiento sexual, es el de determinar las diversas formas de participación en este ilícito penal:

¹¹⁹ Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GENAL, Op. cit., p. 68. Critican: "¿Por qué se emplea el plural, habida cuenta de la frase inicial en que se habla del delito?"

La fracción I, se refiere a que son responsables penalmente quienes proporcionen una actividad puramente moral o intelectual, siempre y cuando el hecho se realice; de lo contrario sólo se sancionan como actos de ideación o concepción y los puramente preparatorios, si constituyen algún delito.

Se considera en el hostigamiento sexual puede presentarse la autoría intelectual, ya que pueden dos o más acordar o preparar la realización de este delito, por ejemplo, dos sujetos se ponen de acuerdo para hostigar sexualmente a determinada persona para observarla y ver a quien de los dos le hace caso.

La fracción II se refiere a que es responsable penalmente quien realiza y ejecuta la conducta típica.

Se considera que en el hostigamiento sexual, la autoría intelectual, es la que normalmente lleva acabo el sujeto activo que realiza una actividad docente, al ejecutar el delito por sí mismo, pues el tipo penal, por su clasificación, es monosubjetivo o individual.

La fracción III se refiere a que son responsables penalmente quienes realizan el delito en forma conjunta.

Se considera que en el hostigamiento sexual puede presentarse el caso de la coautoría, ya que pueden dos o más sujetos tener la finalidad común a la decisión de llevar acabo la totalidad o una parte significativa de la conducta típica en forma conjunta, por ejemplo Pedro y Juan son homosexuales, que acosan sexualmente a Pablo.

Fracción IV se refiere a que es responsable penalmente quien delinque valiéndose de terceras personas.

Se considera que en el hostigamiento sexual puede presentarse el caso de la autoría mediata, ya que puede el sujeto activo delinquir en coautoría, si no por medio de otro, el cual tiene el carácter de instrumento, debido a la violencia física o moral que existe sobre él y que anula su voluntad, no siendo su conducta dolosa.

El autor mediato, mantiene siempre, el control, o dominio de la ejecución de la conducta delictiva. Es decir, el sujeto activo, que realiza una actividad docente, no es quien lleva a cabo material y personalmente la conducta típica, sino que se vale de otra persona para que la lleve a efecto en su lugar, siendo este ejecutor inmediato no responsable al mediar la violencia física o moral, ser inimputable o estar en un error de tipo, por ejemplo, alumno de nivel secundario que le lleva cartas a su compañera por orden de su profesor.

Fracción V se refiere a que es responsable penalmente quien instiga o induce a otro, dolosamente, a cometer una conducta típica y antijurídica.

Se considera que en el hostigamiento sexual puede presentarse el caso de la autoría intelectual o moral, por inducción, ya que puede el sujeto activo persuadir a otra persona, por medio de la palabra, la sugerencia, el convencimiento o por actos físicos (dádivas, consejos, promesas, por error, por fuerza, por autoridad, mandato, orden y coacción moral) para la comisión de la conducta típica.

La autoría intelectual por inducción, es sancionable sólo cuando se traduce en la ejecución material del delito en cualquiera de sus grados: tentativa o consumación.

El instigador generalmente si mantiene el control o dominio de la conducta delictiva, pero si el instigado puede evitar conscientemente su acción y no lo hace, entonces habría coautoría. Sin embargo, el instigado participa del dolo al estar de acuerdo en cometer la conducta típica, por ejemplo, el docente que induce al alumno para que hostigue sexualmente a su compañera y aprovecharse, en caso de aceptación de ella, para que él realice la misma conducta delictiva.

En ocasiones, si el instigado es imputable, aunque sepa que es delito el asediar a otra persona, quien determina al imputable es el autor mediato.

La fracción VI se refiere a que es responsable penalmente la persona que es sabedora del delito que se va a cometer y auxilia y coopera, dolosamente, para lograr su ejecución.

Se considera que en el hostigamiento sexual puede presentarse el caso de la complicidad, ya que pueden otras personas contribuir eficaz, material o moralmente, previo acuerdo, con actos previos o coetáneos y accesorios para reforzar o facilitar la ejecución de la conducta típica del hostigador, por ejemplo el profesor que ordena a determinada alumna para que vaya a entregar documentos administrativos a otro maestro, a sabiendas y previo acuerdo, que éste va hostigarla sexualmente.

**TESIS CON
FALSA DE ORIGEN**

La fracción VII se refiere a que es responsable penalmente la persona que preste auxilio al autor material, con posterioridad a la ejecución del delito, previo acuerdo anterior a la comisión del ilícito penal.

Se considera que en el hostigamiento sexual puede presentarse el caso de la reforma sui generis del encubrimiento como participación, ya que pueden otras personas ayudar al sujeto activo, con posterioridad al acoso sexual, previo ofrecimiento procedente del delito. O sea, es participe la persona, (ya cometido el delito de hostigamiento sexual) quien auxilia al hostigador en cumplimiento de una promesa anterior al ilícito penal, por ejemplo el director de una empresa, ya cometido el acoso sexual, asciende al a la persona que le ayudo a cometer el delito, en cumplimiento de una promesa anterior hecha.

La fracción VIII se refiere a que son responsables penalmente quienes intervienen en la ejecución del delito, pero que no consta o no puede probarse fehacientemente cual de los participantes produjo la conducta definitiva que consumó el resultado.

Se considera que el hostigamiento sexual puede presentarse el caso de la complicidad correspectiva o autoría indeterminada, ya que puede haber participación responsable de varios sujetos activos en el acoso sexual al intervenir en su comisión y tener el dominio de la ejecución de la conducta típica; aunque no conste quien de ellos produjo el resultado jurídico y material, produciéndose la incertidumbre del autor material.

La punibilidad de la complicidad correspectiva la contempla el artículo 64 bis del Código Penal para el Distrito Federal que dice: "En

los casos previstos por las fracciones VI, VII y VIII del artículo 13, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva."

Consecuentemente, en tal caso, la sanción aplicable es de nueve meses a dos años tres meses de prisión al hostigador, pues, en caso de ser servidor público se le destituye además de su cargo.

Como ejemplo de la complicidad correlativa, tenemos al sujeto pasivo es acosado sexualmente por un compañero de trabajo, por el director de la empresa, y por un trabajador subordinado a ella, y no se puede demostrar evidentemente quien de ellos es el que consume la lesión a su libertad y su desarrollo psicosexual; ni cual le produjo el daño o perjuicio con el descenso de su puesto dentro de la empresa.

Por lo que en el delito de hostigamiento sexual, se pueden presentar todos los casos a que se refieren las fracciones del artículo 13 del Código Penal para Distrito Federal.

Sin embargo, esta descripción casuística de la participación se queda trunca, al no establecer en el Código Penal para el Distrito Federal, una regla particular, a excepción de la autoría indeterminada, sobre la sanción aplicable a los cómplices y encubridores, que obviamente no tienen el mismo grado de participación en el delito, como los autores y coautores; y penas de modo personal en base a su aporte psicológico, físico o material.

3.5. CONCURSO DE DELITOS

El concurso de delitos "se da cuando una persona mediante una o varias conductas produce varios resultados típicos." ¹²⁰

Es decir: "... la concurrencia de varias infracciones derivadas de una sola acción, o concurrencia, de varias infracciones derivadas de actuaciones independientes cuando no ha recaído sentencia por alguna de ellas." ¹²¹

Por la cual se puede distinguir cuatro hipótesis del concurso:

- a) **Unidad de acción y resultado;** hipótesis la más actualizada en la vida real del delito. Cuando una conducta singular produce un solo ataque al orden jurídico, evidentemente el concurso está ausente; se habla entonces de unidad de acción y de unidad de lesión jurídica.

- b) **Unidad de acción y pluralidad de resultados o concurso ideal o formal,** a que se refiere al artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal que señala: "Existe concurso ideal cuando con una sola conducta se comenten varios delitos...". En el concurso ideal o formal, y atendiendo a una objetiva valoración de la conducta del sujeto, se advierte a una doble o

¹²⁰ Osorio y Nieto, SÍNTESIS DE DERECHO PENAL, Op cit., p. 89.

¹²¹ De Pina, Rafael y De Pina y Vara, Rafael, DICCIONARIO DE DERECHO, 14ª ed., Ed. Porrúa, S.A., México 1986, p. 70.

múltiple infracción, es decir, por medio de una acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, efectuándose, consecuentemente varios intereses tutelados por el Derecho. Por su parte el artículo 64 del mismo ordenamiento dice: "En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de su duración sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero.

- c) **Pluralidad de acciones y un solo resultado o delito continuado**, una conducta reiteradamente delictuosa puede lesionar el mismo bien tutelado por el derecho. Las acciones son múltiples pero una lesión jurídica. El Código Penal en la fracción II del artículo 7 señala que el delito es permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, siendo que el delito continuado son varias las acciones emanadas de la misma resolución v.g., (robar determinados objetos mediante conductas repetidas). Y el mismo ordenamiento legal en su artículo 64 párrafo tercero indica: "En caso de delito continuado, se aumentará de una mitad hasta las dos terceras partes de la pena que la ley prevea para el delito cometido, sin que exceda de la máxima señalada en el Título Segundo del Libro Primero.

- d) **Pluralidad de acciones y de resultado o concurso real, material o efectivo**, en el caso de acumulación de delitos. Si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sentencia por alguno de ellos, se está frente al llamado concurso material o real, el cual se configura lo mismo tratándose de infracciones semejantes (dos o tres homicidios) que con relación a tipos diversos (homicidio, lesiones, robo), cometido por un mismo sujeto. Por su parte el mismo ordenamiento legal en su artículo 64 párrafo segundo establece: "En caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la mayor la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes...".

El hostigamiento sexual, es un delito continuado como ya lo hemos sostenido anteriormente, y siendo que el artículo 19 del Código Penal se hace una tajante exclusión al señalar: "No hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado." Por lo que dada la claridad de dicho artículo, debe concluirse que en el hostigamiento sexual no existe posibilidad de concurso, en virtud de tratarse de un delito continuado.

PROPUESTAS

El discurso de que ahora las mujeres están protegidas contra el hostigamiento de los hombres no es cierto, ya que el tipo penal que regula esta situación, es deficiente. Por ello, desde mi punto de vista, habría que reformar dicho precepto legal, para lo cual hago las siguientes propuestas:

PRIMERA. Ya se ha expuesto que el asedio y el acoso característico del hostigamiento sexual requiere de un presupuesto, el carácter de servidor público, pero sobre esas afirmaciones, debe ahondarse en la teoría de los presupuestos, ya que estos, constituyen una noción bastante atormentada en la reciente literatura penalística, siendo que en el tema de estos, subsiste aún incertidumbre.

La noción de presupuesto no está aún bien definida en el terreno de la teoría general del derecho, tal vez por ser una apresurada transposición de un dogma del derecho privado al campo del Derecho Penal, a lo cual se 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.

Resumiendo lo anteriormente expuesto se 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; especificándose 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. Se han señalado como generales los siguientes:

- a) La norma penal, comprende el precepto y la sanción;
- 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, por ejemplo la calidad de funcionario en el abuso de autoridad.

Ahora bien, 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, cuando 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.

Los presupuestos de la conducta o 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, se consideran presupuestos de la conducta o el hecho aquellos antecedentes jurídicos o materiales previos y necesarios para que pueda realizarse la conducta o hecho típicos.

Precisamente, en el grupo de estos últimos ejemplos se sitúan el delito en estudio, (si el sujeto activo es Servidor Público).

En cuanto al carácter de servidor público, hemos de comentar, que la ley de Responsabilidad de Servidores Públicos, representa un paso importante porque el concepto "servidor público" engloba absolutamente a todas aquellas personas que trabajan no sólo en la Administración Pública Federal, sino en los poderes legislativos y judicial, dejando atrás las abstractas clasificaciones de los altos funcionarios, y empleados de la Federación.

En efecto, la ley anterior sigue el contenido esencial del Título Cuarto de la Constitución, que en su artículo 108 prescribe que: "Para los efectos de las responsabilidades de los servidores públicos, se reputarán como tales a los representantes de la elección popular, a los miembros de los poderes judiciales federales y del Distrito Federal, los 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, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones."

En nuestros días 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 acarrea el desempleo, así, tanto en el ámbito privado como en la esfera del desempeño público, donde es prolijo, y abunda la repetición de actos de hostigamiento sexual contra quienes carecen de empleo, o a veces teniéndolo, se ven afectados por este hecho ilícito, por ejemplo, para ascender de cargo, para mejorar en alguna forma su ingreso, o su calidad de vida, para obtener el escalafón, para un mejor horario, para permisos, para obtener prestaciones, o

para un trato adecuado, por lo que ante tal situación las víctimas se ven impotentes ante esa circunstancia, al grado que de una manera notoria en el país, en las propias Cámaras Legislativas las edecanes eran víctimas del asedio por los representantes populares, quienes valiéndose de un intermediario, ya sea jefe o titular de alguna oficina, les servía de "gancho" para reiterar los múltiples hostigamientos sexuales en agravio de las mismas.

Con este ejemplo, cuyo mecanismo también es seguido en sindicatos y dependencias públicas, quizás pueda acreditarse que la prevención del delito que mencionamos no es de importación, sino que ha sentado sus plantas en la mayor parte de las empresas públicas de nuestro medio. Y esta reiteración de la figura delictiva obliga a pensar que no sólo doctrinalmente debe estar sujeta a estudios de mayor profundidad, si no que legislativamente debe meditar sobre la conveniencia de aumentar la pena.

Por todo lo anterior propongo:

Que al Servidor Público además de la pena prevista para este delito que es de uno a tres años se le aumente la misma hasta en una mitad en su mínimo y máximo, además de la destitución de su encargo.

SEGUNDA. En cuanto al bien jurídico tutelado, el Código Penal encuadra el hostigamiento sexual bajo el rubro: "Delitos Contra la Libertad y el Norma Desarrollo Psicosexual". En esto se aprecia que respecto al normal desarrollo psicosexual, su vinculación se encuentra en relación con los delitos previstos en los artículos 261, 262, y 266 en sus tres fracciones, pues en estos tres tipos si se dan las figuras que indican esa falta de normal desarrollo psicosexual en determinados sujetos pasivos, cuyo texto es conveniente citar:

Artículo 261. Al que sin propósito de llegar a la copula, 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 obsérvalo o ejecutarlo dicho acto, se le impondrá de dos a cinco años de prisión."

ARTÍCULO 262. Al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión.

ARTICULO 266. 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;
- 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; y
- III. Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años de edad o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima.

En el bien jurídicamente tutelado consistente en la libertad sexual, se ofende de manera directa, en primer término en el delito de violación contemplado en el artículo 265 de dicho ordenamiento mismo que establece que:

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

En cambio en el Hostigamiento sexual, según el texto del tipo, se afecta la libertad sexual únicamente, independientemente del mal causado a la víctima y que implica ataques básicamente objetivos a bienes de ésta.

Considero, en suma que el Código debería contemplar dos rubros para comprender los delitos correspondientes:

1) Los Delitos contra la Libertad y Seguridad Sexual, comprendiendo este rubro los delitos descritos por los artículos 259-bis, 260, 265 y 265-bis.

2) Los Delitos Contra el Normal Desarrollo Psicosexual, comprendiendo este a los delitos descritos en los artículos 261, 262, y 266 en sus tres fracciones.

Respecto al valor protegido de la libertad sexual, en lo personal considero que no sólo se afecta el bien jurídicamente tutelado que para mí, es la "libertad sexual", si no también los sentimientos, las creencias y en general

la intimidad que cada persona tiene derecho a conservar y mantener intocada.

TERCERA. El texto actual del tipo de hostigamiento sexual, no conformará el delito si los actos que lo constituyen no están encaminados a causar un mal a la víctima. Así, todas las manifestaciones de carácter sexual que el sujeto activo haga al pasivo, por reiteradas que sean, atacando con ello el bien jurídicamente tutelado que es la libertad sexual, serán atípicas, si faltare prueba del elemento subjetivo (con la amenaza de causar un mal), de modo que no le serán por ejemplo: las observaciones sugerentes y desagradables acerca del cuerpo y la manera de vestir, las invitaciones comprometedoras y que causen malestar, la exhibición de pornografía en los lugares de trabajo (fotografías, calendarios o caricaturas que expresen subordinación sexual de la mujer), si estas no son con la amenaza de causar un mala a la víctima. De manera que si la amenaza de causar un mal no se presenta, no hay delito.

Por lo demás, cabe reiterar que como el tipo es de resultado, al no causar a la víctima un mal, bien cabe la modalidad de tentativa, lo que no debería de ser así pues dicho delito se integra con el sólo asedio, acoso o solicitud de favores de naturaleza sexual, de donde resulta que el legislador cae en su propia trampa ya que dicha figura equívoca más se parece a una tentativa que a una consumación, pues no se requiere que exista la amenaza de causar un mal para que se agote el tipo; ya que la redacción del mismo resulta ser inexacta, y en consecuencia inoperante. Es por esta razón, por lo que las denuncias iniciadas por este delito no prosperan ya que no se llega a integrar el tipo penal si no se causa un mal a la víctima; pero desde mi punto de vista no necesariamente debe existir la amenaza de causar un mal para que el tipo se integre, ya que el bien jurídicamente protegido se pone en

peligro en el momento que el sujeto activo asedia o acosa al pasivo, sin que para ello se requiera la amenaza de causar un mal a la víctima.

CUARTA. De acuerdo al texto actual del delito de hostigamiento sexual, haremos su clasificación. Por su duración, este delito es continuado; esto debido a que el asedio requiere de una pluralidad de conductas que asedien y acosen al sujeto pasivo; ello se debe a la naturaleza misma del significado del asedio, ya que como se dijo anteriormente asedio significa:

Importunar a uno sin descanso ininterrumpidamente con pretensiones. Bloquear, cercar, sitiar, fastidiar, molestar, aburrir, disgustar, hastiar, hartar, enfadar, mortificar, enojar, estorbar, cansar, empalagar, incomodar, irritar, afligir, humillar, dañar.

Mientras que acoso significa:

Perseguir a una persona o animal sin darle tregua o descanso, fatigar, perseguir, importunar a alguna persona con molestias o trabajos.

En lo personal considero que el delito en estudio no es continuado ya que no se necesita de pluralidad de conductas que en este caso es el asedio reiterado, para que se lesione el bien jurídicamente tutelado que es la libertad sexual, pues la acción que consume dicho ilícito se perfecciona en un sólo momento por ejemplo; si el dueño de un restaurante le manifiesta a una empleada suya –llámese mesera, cajera, etcétera– que sea condescendiente a sus pretensiones de carácter sexual, agotándose en ese momento el hostigamiento sexual y no requiriendo que se lo manifieste varias veces, por lo que para mi dicho delito debería clasificarse como instantáneo.

Considero que debe ser eliminada la palabra asedio, de la redacción del tipo penal de hostigamiento sexual y sólo dejar la palabra "acoso" agregando que el mismo sea con una intención de carácter sexual, pues de lo contrario, sería necesaria la realización de varias conductas para integrar el tipo, y como ya dije, el bien jurídicamente tutelado se lesiona al momento de manifestar alguna intención o pretensión con fines lascivos.

QUINTA. La redacción del tipo penal de hostigamiento sexual dice que: al que asedie, acose o solicite "favores de naturaleza sexual", concepto este último que no tiene razón de ser, pues si se accede a realizar el "favor sexual" hay consentimiento del sujeto pasivo, y por lo tanto no hay delito, ya que estaríamos en presencia de una causa de licitud, por lo que llego a la conclusión de que debería de suprimirse dicho concepto de la redacción del tipo.

Por todas las criticas y propuestas anteriormente expuestas creo necesario crear un nuevo tipo penal de hostigamiento sexual, para lo cual propongo lo siguiente:

- 1) Empezar por incluirlo dentro del título de los "Delitos contra la Libertad y Seguridad Sexual"
- 2) Suprimir la palabra "asedio", ya que el asedio por la naturaleza de su concepto debe ser reiterada es decir se requiere una pluralidad de conductas y el bien jurídicamente tutelado se lesiona con la realización de una sola conducta, por lo que sólo debe de subsistir el acoso, agregando que éste sea con una intención de carácter sexual.

- 3) Suprimir de la redacción del tipo que el hostigamiento sexual sólo será punible cuando cause un mal a la víctima, ya que esto trae como consecuencia que dicho delito quede en una mera tentativa y el mismo nunca se llegue a configurar por esa razón; de ahí que la Agencia Especializada en Delitos Sexuales hasta la fecha no haya realizado ninguna consignación respecto de dicho ilícito.
- 4) Se aumente hasta en una mitad en su mínimo y máximo, la pena prevista para este delito que es de uno a tres años, al Servidor Público que cometa dicho ilícito además de la destitución de su encargo

Que dando la redacción del tipo penal de la siguiente manera:

TÍTULO DECIMOQUINTO

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD SEXUAL

CAPÍTULO I

HOSTIGAMIENTO SEXUAL, ABUSO SEXUAL Y VIOLACIÓN.

ARTÍCULO 259 bis. Al que acose a cualquier persona con una intención de carácter sexual ya sea para sí o para un tercero, dentro del

ámbito de una relación bien sea entre superior e inferior jerárquico, entre iguales o en cualquier circunstancia que los relacione en el campo laboral, docente, doméstico o cualquier otro, se le impondrá sanción de uno a tres años de prisión.

La pena prevista para este delito se aumentará hasta en una mitad en su mínimo y máximo, además de la destitución de su encargo, si el hostigador fuese servidor público y utilizase los medios o circunstancias que el encargo le proporcione.

El delito previsto por este artículo sólo será perseguido por querrela del ofendido o de su legítimo representante.

Me he hecho sabedora de que la Asamblea Legislativa del Distrito por conducto de los Diputados que integran la Comisión de Administración y Procuración de Justicia en la segunda Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, con fundamento en lo establecido por el artículo 122, Base Primera, Fracción V, inciso h), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 7, 8, 36 y 42, Fracción XII, del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal; 7, 10, Fracción I, 11, 45, 46 Fracción II, 48 y 50 de la Ley Orgánica de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; 18, 22, 23 y 68 del Reglamento para el Gobierno Interior de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, se han permitido someter a la consideración y aprobación de la Soberanía un Proyecto de Decreto que contiene el *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, en el que dentro de las reformas se encuentra el delito en estudio, para lo cual proponen se reforme quedando de la siguiente manera:

TÍTULO QUINTO

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD SEXUALES Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL.

CAPÍTULO III HOSTIGAMIENTO SEXUAL

ARTÍCULO 179.- Al que, acose sexualmente con la amenaza de causarle a la víctima un mal relacionado respecto a la actividad que los vincule y que implique subordinación, se le impondrá de seis meses a tres años de prisión.

Si el hostigador fuese servidor público y se aprovechara de esa circunstancia, además de la pena prevista en el párrafo anterior, se le impondrá la destitución, por un lapso igual al de la pena de prisión impuesta.

Este delito se perseguirá por querrela.

De la lectura de este nuevo tipo penal se desprende que legislador nuevamente vuelve a caer en el error que fue muy criticable, el de la "subordinación", cuando se incluyó por primera vez este delito en el Código Penal, el 21 de enero de 1991 donde el texto original era:

Artículo 259 bis: "Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a personas de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivadas de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación ...".

A esa desafortunada redacción se le asociaba con una muy baja punibilidad de 40 días multa. Pero la crítica más importante era que no se castigaba el asedio u hostigamiento con fines lascivos; si no se castigaba a quien valiéndose de su relación jerárquica causará un daño o perjuicio a su subordinado porque no quiso responder a ese asedio.

Por lo que se llega a la conclusión de que resulta, que solamente se integra este delito si hay una relación de subordinación del sujeto pasivo respecto del sujeto activo, significa esto que ahora con la nueva propuesta ¿El legislador sólo pretende proteger al pasivo que es subordinado y no a cualquier persona? la verdad es que cualquier persona, subordinada o no puede ser víctima de este delito, olvidándose de la hipótesis del subordinado, o del igual, que hostiga sexualmente al superior jerárquico.

Asimismo se cae nuevamente en el error de que el hostigamiento sexual sólo será punible si se causa un mal a la víctima, idea que tampoco comparto por las razones expuestas anteriormente, por lo que me permití elaborar una carta dirigida al Presidente de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia en la Segunda Legislatura de la Asamblea Legislativa, en donde expreso las razones de mi desacuerdo con la redacción del nuevo tipo penal en cuestión, y poniendo a su consideración las reformas que propongo en este trabajo, anexando acuse de recibo de dicha carta al final de este capítulo de propuestas.

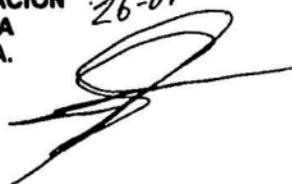
Por otra parte hay algunos autores como González de la Vega, así como una estudiosa del derecho, del Instituto de Investigaciones Jurídicas la C. Erica Uribe, quienes consideran que dicho delito de Hostigamiento sexual debe desaparecer ya que el mismo no tiene razón de ser por ser un tipo penal que esta en desuso, ya que el legislador importó, según una malsana

costumbre, figuras penales como la de hostigamiento sexual de raíces anglosajonas, que no van de acuerdo a nuestra idiosincrasia, ya que esa conducta del hostigamiento sexual podría encuadrarse dentro las amenazas, o hasta en determinado caso dentro de las lesiones, o tendría cabida en la legislación laboral, ya que si bien es cierto que la mujer debe ser defendida de algunos requerimientos groseros del hombre sobre todo en países de origen latino, como el nuestro, ya que hasta ahí, y para defenderla no hay que hacer de los galanteos, piropos y cortejos, una nueva especie de delitos, ya que de lo contrario todo hombre que corteja y piropea, -claro a su manera y de acuerdo a su educación y cultura- a una mujer se convertiría ya por eso en un delincuente en potencia, o algo peor un delincuente real, ya que miles de cortejos y de piropos se podrían identificar con el asedio y hostigamiento según el legislador.

Opinión que no comparto, ya que en lo personal –y en mi calidad de mujer– consideró muy grotesco proponer que dicho delito desaparezca, pues el Derecho Penal trata de proteger los bienes jurídicamente tutelados del ser humano, y la libertad sexual es uno de ellos, y se lesiona al transgredir la norma penal referida, es decir, al coartar el derecho a la intimidad y a la libertad de elección.

**C. DIPUTADO JUAN JOSÉ CASTILLO MOTA
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN
Y PROCURACIÓN DE JUSTICIA EN LA SEGUNDA
LEGISLATURA DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA.
P R E S E N T E.**

*Fe. B. Original.
Lic. Sergio CASTILLO
26-04-02 19:40*



MUY DISTINGUIDO SEÑOR DIPUTADO.

ANGÉLICA HERNÁNDEZ VALDEZ, por este conducto me permito saludarle y distraer su fina atención a efecto de suplicarle su muy vallosa opinión y en su caso consideración en el tema relativo al delito de Hostigamiento Sexual.

Soy alumna tesista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, termine mis estudios con un promedio de 8.55, inscribí mi tema de tesis "Estudio Dogmático del Delito de Hostigamiento Sexual", obteniendo del Ministro Luis Fernández Doblado Director del Seminario de Derecho Penal, la anuencia de mi proyecto de tesis, bajo la dirección del maestro José Héctor Franco Mejía, catedrático de dicha facultad.

Es el caso que me hice sabedora del proyecto del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que próximamente entrara en vigor de ser aprobado, y en lo relativo al delito en comento encontré que la actual redacción queda como sigue:

**CAPÍTULO III
HOSTIGAMIENTO SEXUAL**

ARTÍCULO 179.- Al que, acose sexualmente con la amenaza de causarle a la víctima un mal relacionado respecto a la actividad que los vincule y que implique subordinación, se le impondrá de seis meses a tres años de prisión.

Si el hostigador fuese servidor público y se aprovechara de esa circunstancia, además de la pena prevista en el párrafo anterior, se le impondrá la destitución, por un lapso igual al de la pena de prisión impuesta.

Este delito se perseguirá por querrela.

Reforma que consideró poco atinada, por lo que propongo para subsanar esas deficiencias pongo a su consideración lo siguiente:

1.- De la lectura de este nuevo tipo penal se desprende que legislador nuevamente vuelve a caer en el error que fue muy criticable, el de la "subordinación", cuando se incluyó por primera vez este delito en el Código Penal, el 21 de enero de 1991 donde el texto original era:

ARTICULO 259 bis. "Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a personas de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivadas de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación ..."

"A esa desafortunada redacción se le asociaba con una muy baja punibilidad de 40 días multa. Pero la crítica más importante era que no se castigaba el asedio u hostigamiento con fines lascivos; si no se castigaba a quien valiéndose de su relación jerárquica causará un daño o perjuicio a su subordinado porque no quiso responder a ese asedio." ¹

¹ La Reforma a los DELITOS SEXUALES una crítica necesaria, Alicia Beatriz Azzolini, Alegatos, No. 19, septiembre-diciembre, UAM, México 1991

Por lo que se llega a la conclusión de que resulta, que solamente se integra este delito si hay una relación de subordinación del sujeto pasivo respecto del sujeto activo, significa esto que ahora con la nueva propuesta ¿El legislador sólo pretende proteger al pasivo que es subordinado y no a cualquier persona?, la verdad es que cualquier persona, subordinada o no puede ser víctima de este delito, olvidándose de la hipótesis del subordinado, o del igual, que hostiga sexualmente al superior jerárquico.

2.- En nuestros días se ha generalizado a casi todos las esferas que implican subordinación de las víctimas, y muy especialmente por la problemática económica general, que entre sus consecuencias lesivas acarrea el desempleo, así, tanto en el ámbito privado como en la esfera del desempeño público, donde es prolijo, y abunda la repetición de actos de hostigamiento sexual contra quienes carecen de empleo, o a veces teniéndolo, se ven afectados por este hecho ilícito, como por ejemplo, para ascender de cargo o mejorar en alguna forma su ingreso, o la calidad de vida, sufren el mismo; para obtener el escalafón, para un mejor horario, para permisos, para obtener prestaciones, para un trato adecuado, respetuoso, las víctimas se ven impotentes ante esa circunstancia, al grado que de una manera notoria en el país, en las propias Cámaras Legislativas las edecanes eran víctimas del asedio por los representantes populares, quienes valiéndose de un intermediario, ya sea jefe o titular de alguna oficina, les servía de "gancho" para reiterar los múltiples hostigamientos sexuales en agravio de las mismas.

Con este ejemplo cuyo mecanismo es seguido en sindicatos y dependencias públicas, quizás pueda acreditarse que la prevención del delito que mencionamos no es de importación, sino que ha sentado sus plantas en la mayor parte de las empresas públicas de nuestro medio; y ésta reiteración de la figura delictiva obliga a pensar que no sólo doctrinalmente debe estar

sujeta a estudios de mayor profundidad, si no que legislativamente debe meditar sobre la conveniencia de aumentar la pena.

De ahí que propongo que al Servidor Público además de la pena prevista para este delito que es de uno a tres años **se le aumente la misma hasta en una mitad en su mínimo y máximo, además de la destitución de su encargo.**

3.- En cuanto a la subjetividad jurídica tutelada, el Código Penal encuadra el hostigamiento sexual bajo el rubro de "Delitos Contra la Libertad y el Norma Desarrollo Psicosexual"; pero bien se aprecia que respecto a este normal desarrollo psicosexual, su vinculación se encuentra en relación con los delitos previstos en los artículos 175, 177 y 180, pues en estos tres tipos si se dan las figuras que indiquen esa falta de normal desarrollo psicosexual en determinados sujetos pasivos, cuyo texto es conveniente citar:

En el bien jurídicamente tutelado consistente en la libertad sexual, se ofende de manera directa, en primer término en el delito de violación contemplado en el artículo 174 de dicho ordenamiento.

En cambio en el Hostigamiento Sexual, según el texto del tipo, se afecta la libertad sexual únicamente, independientemente del mal causado a la víctima y que implica ataques básicamente objetivos a bienes de ésta.

Considero, en suma que el Código debería contemplar dos rubros para comprender los delitos correspondientes:

- 1) Los Delitos contra la Libertad y Seguridad Sexual, comprendiendo este rubro los delitos descritos por los artículos 174, 176 y 179 del nuevo Código Penal.**

- 2) Los Delitos Contra el Normal Desarrollo Psicosexual, comprendiendo este a los delitos descritos en los artículos 175, 177 y 180.**

Respecto al valor protegido de la libertad sexual, en lo personal considero que no solo se afecta el bien jurídicamente tutelado que para mí es la "libertad sexual", si no también los sentimientos, las creencias y en general **la intimidad** que cada persona tiene derecho a conservar y mantener intocada.

3.- El texto actual del delito de Hostigamiento sexual no conformará el delito si los actos que lo constituyen no están encaminados a causar un mal a la víctima; así todas las manifestaciones de carácter sexual que el sujeto activo haga al pasivo, por reiteradas que sean atacando con ello el bien jurídicamente tutelado que es la libertad sexual, serán atípicas, si faltare prueba del elemento subjetivo (con la amenaza de causar un mal), de modo que no le serán por ejemplo: las observaciones sugerentes y desagradables acerca del cuerpo y la manera de vestir, las invitaciones comprometedoras y que causen malestar, la exhibición de pornografía en los lugares de trabajo (fotografías, calendarios o caricaturas que expresen subordinación sexual de la mujer), si estas no son con la amenaza de causar un mala ala víctima, de manera que si la amenaza de causar un mal no se dan no hay delito.

Por lo demás, cabe reiterar que como el tipo es de resultado, al no causar a la víctima un mal, bien cabe la modalidad de tentativa, lo que no debería de ser así pues dicho delito se integra con el solo asedio, acoso o

solicitud de favores de naturaleza sexual, de donde resulta que el legislador cae en su propia trampa ya que dicha figura equivoca más se parece a una tentativa que a una consumación, ya que no se requiere que exista la amenaza de causar un mal para que se agote el tipo, ya que la redacción del mismo resulta se inexacta y en consecuencia inoperante, razón por lo que las denuncias iniciadas por este delito no prosperan ya que no se llega a integrar el tipo penal si no se causa un mal a la víctima; pero desde mi punto de vista no necesariamente debe existir la amenaza de causar un mal para que el tipo se integre ya que el bien jurídicamente tutelado se ponen en peligro en el momento que el sujeto activo asedia o acosa al pasivo, sin que para ello se requiera el elemento normativo que es la amenaza de causar un mal a la víctima.

Por todas las críticas y propuestas anteriormente expuestas creo necesario crear un nuevo tipo penal de Hostigamiento Sexual, para lo cual propongo el siguiente:

- 1) Empezar por incluirlo dentro del título de los "Delitos contra la Libertad y Seguridad Sexual"
- 2) Suprimir de la redacción del tipo que el hostigamiento sexual solo será punible cuando cause un mal a la víctima, ya que esto trae como consecuencia que dicho delito quede en una mera tentativa y el mismo nunca se llegue a configurar por esa razón; de ahí que la Agencia Especializada en Delitos Sexuales hasta la fecha no haya realizado ninguna consignación respecto de dicho ilícito.
- 3) Se aumente hasta en una mitad en su mínimo y máximo, la pena prevista para este delito que es

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

de uno a tres años, al Servidor Público que cometa dicho ilícito además de la destitución de su encargo

- 4) Que no se vuelva a caer en el error de solo castigar el hostigamiento sexual, cuando el sujeto activo sea subordinado, ya que dicho ilícito también se da entre iguales, o de inferior a superior jerárquico, dejando en lo relativo a este aspecto la anterior redacción que es: "...con las expectativas que pueda tener en el ámbito de una relación, bien sea entre superior o inferior jerárquico, entre iguales o en cualquier circunstancia..."

Que dando la redacción del tipo penal de la siguiente manera:

TITULO DECIMOQUINTO DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD SEXUAL

CAPITULO I

HOSTIGAMIENTO SEXUAL, ABUSO SEXUAL Y VIOLACIÓN .

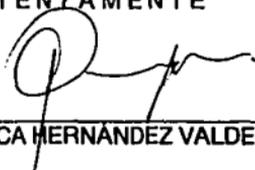
ARTICULO 259 BIS. Al que acose a cualquier persona con una intención de carácter sexual ya sea para si o para un tercero, dentro del ámbito de una relación bien sea entre superior e inferior jerárquico, entre iguales o en cualquier circunstancia que los relacione en el campo laboral, docente, doméstico o cualquier otro, se le impondrá sanción de uno a tres años de prisión.

La pena prevista para este delito se aumentará hasta en una mitad en su mínimo y máximo, además de la destitución de su encargo, si el hostigador fuese servidor público y utilizase los medios o circunstancias que el encargo le proporcione.

El delito previsto por este artículo sólo será perseguido por querrela del ofendido o de su legítimo representante.

Esperando que esta modesta opinión pueda ser evaluada, agradeciendo su fina atención y reitero mi más alta y distinguida consideración, poniéndome a sus ordenes en los teléfonos, 55-50-63-75, 04455-19-32-53-14.

ATENTAMENTE



ANGÉLICA HERNÁNDEZ VALDEZ

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El concepto "hostigamiento sexual", tiene su génesis en el movimiento social feminista. Ha sido elevado, al rango de delito por haber encontrado circunstancias políticas, económicas, sociales, culturales y jurídicas favorables.

Esta norma penal refleja, en gran medida, las transformaciones que se están viviendo en México y, además, la participación cada vez más activa de la mujer mexicana, para que se le tome en cuenta como ser social; exigiendo sus derechos humanos para liberarse de la opresión, marginación y discriminación de la que ha sido objeto. Y de esta forma, integrarse, cada vez más, a todas las actividades políticas, y no quedar relegada exclusivamente a las labores del hogar.

SEGUNDA.- Etimológicamente, hostigamiento sexual significa: azotar o castigar la condición biológica que distingue al hombre de la mujer.

El concepto figurado de hostigamiento sexual es la acción de acosar, hastiar, perseguir o molestar a una persona de cualquier sexo, en relación con sus factores orgánicos o psíquicos eróticos.

En su concepción jurídica, hostigamiento sexual, es el asediar, acosar (o solicitar favores de naturaleza sexual), con la amenaza de causar un mal en el ámbito laboral, doméstico y docente.

TERCERA.- La numeración del delito de hostigamiento sexual, artículo 259 bis del Código Penal para el Distrito Federal, perteneciente al capítulo I de Título Decimoquinto (Delitos Contra la Libertad y Normal Desarrollo Psicosexual), es incorrecta, la expresión "bis", pues tal expresión

significa "dos veces" (duplicado o repetido); refiriéndose, obviamente, al Capítulo III derogado, que trataba sobre los juegos prohibidos, correspondiente al Título Decimocuarto: Delitos Contra la Economía Pública.

CUARTA.- El Título Decimoquinto del Código Penal para el Distrito Federal denominado: Delitos Contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual; es propio, porque tiene en cuenta el bien o interés jurídicamente tutelado; y no a la naturaleza fisiológica del delito, al haberlo intitulado: "Delitos Sexuales".

Sin embargo, se debe agregar a este Título el término "seguridad", para proteger a los menores de doce años, en edad escolar, que son, también objeto del hostigamiento sexual, y que carecen aún de la facultad de elección en cuanto a lo erótico.

El normal desarrollo psicosexual es el natural crecimiento consciente, emotivo y erótico en las etapas del desarrollo humano: prenatal, infancia o niñez, adolescencia, juventud, adultez, vejez, y senectud.

El parámetro con que se califica el daño al normal desarrollo psicosexual, son: Los rasgos (intereses, aptitudes, ideales), elementos (carácter, temperamento) y esferas (cognoscitiva, afectiva o emocional, psicomotora) de la personalidad, que se ven lesionados, produciendo una alteración en la conducta individual y social (rol) de la víctima, en las etapas de su desarrollo como ser humano.

QUINTA.- El elemento material, objetivo, externo o físico del hostigamiento sexual, es el asedio, acoso o solicitud de favores de naturaleza sexual, para sí o para otra persona, cuya clasificación en orden a la conducta

es de acción y plurisubsistente. Y en orden al resultado, se trata de un formal o jurídico, y material. En cuanto a su duración es continuado y de lesión o daño.

SEXTA.-Los elementos del tipo de hostigamiento sexual, son:

- a) **El objeto jurídico tutelado:** La libertad y el normal desarrollo psicosexual.
- b) **El objeto material:** El sujeto pasivo.
- c) **Los sujetos:** El activo es propio con calidad especial (servidor público) y unisubjetivo. El sujeto pasivo es personal, sin calidad especial; y monosubjetivo, ya que puede ser cualquier persona (a diferencia de la anterior redacción de este delito, que por hablar sólo de la subordinación, como calidad del sujeto pasivo, era de calidad especial).
- d) **El elemento subjetivo:** Es la lascivia.
- e) **El elemento normativo jurídico:** Puede ser la relación docente, laboral o doméstica.
- f) **Las modalidades de la conducta:** 1) Los medios empleados: no se expresan en su redacción. 2) La referencia temporal: no se expresa en su redacción. 3) Referencia de otra índole exigida por el tipo: no se expresa en el texto.

La atipicidad se configura por ausencia del bien jurídico tutelado; ausencia del objeto material; ausencia de la calidad de los sujetos; falta del elemento subjetivo; ausencia del elemento normativo jurídico; ausencia de los medios empleados; y falta de la referencia temporal.

SÉPTIMA.- El delito de hostigamiento sexual, **es un tipo anormal; simple, fundamental, o básico**, en cuanto a la primera parte; **complementado, circunstanciado o subordinado cualificado**, por lo que respecta a la parte subsecuente; **autónomo o independiente**; **de formulación casuística, vinculado o de medios legalmente limitados**; **alternativamente formado**; en cuanto a los sujetos y los medios, **de daño, de ofensa compleja; y de querrela necesaria**.

OCTAVA.- La **antijuridicidad** del hostigamiento sexual, consiste en la **violación de la libertad y el normal desarrollo psicosexual**, que es el bien jurídico tutelado por esta norma penal. **Sólo existe una causa de licitud**: el consentimiento valido del sujeto pasivo.

NOVENA.- La **imputabilidad** del hostigamiento sexual, reside en que el **sujeto activo tenga la capacidad de comprender o desear el resultado de su conducta**.

Las **causas de inimputabilidad** que se pueden presentar, son: **por minoría de edad; por trastorno mental; y por desarrollo intelectual retardado**.

DÉCIMA.- La **culpabilidad** del hostigamiento sexual, estriba en el **conocimiento de la antijuridicidad de la conducta y el querer o aceptar el resultado prohibido por la ley penal**. Es un delito **intencional o doloso**.

DÉCIMA PRIMERA.- La **punibilidad** penal del hostigamiento sexual, cuando el sujeto activo es servidor público, **es agravada**, ya que además de la pena prevista (que es de 1 a 3 años de prisión) está **destitución del cargo**. No se configura la ausencia de punibilidad.

DÉCIMA SEGUNDA.- El hostigamiento sexual, admite la posibilidad de tentativa inacabada por ser un delito plurisubsistente y continuado. Y excepcionalmente permite la tentativa acabada al concurrir el consentimiento válido expreso o tácito del sujeto pasivo (causa ajena a la voluntad del agente). Asimismo, sólo admite **el desistimiento espontáneo** para la impunidad de su tentativa.

No existe tentativa, cuando el sujeto pasivo es menor de cuatro años, pues existe la imposibilidad material del delito, debido a su limitada interacción mutua o comprensión interpersonal, por lo que estamos en presencia de **un delito imposible**.

DÉCIMA TERCERA.- El hostigamiento sexual, no admite el concurso de delitos, por ser un delito continuado (artículo 19 Código Penal).

En el hostigamiento sexual, la consumación se realiza con la acción delictiva: el asedio, acoso o solicitud de favores de naturaleza sexual, con la amenaza de causar un mal, que se manifiesta a través del empleo del **lenguaje oral**, (palabras), **escrito** (recados, cartas), **mímico** (actitudes), **fonético** (sonidos, gemidos), **gráfico** (dibujos), **pictográfico** (postales, posters) y/o alguna de sus combinaciones.

Las palabras o expresiones que utiliza el hostigador son normalmente en sentido figurado, pocas veces utiliza el lenguaje directo, para sus pretensiones, conjugando el lenguaje oral con el mímico y con actitudes libidinosas.

DÉCIMA CUARTA.- El delito de hostigamiento sexual, pueden presentarse todos los casos a que se refieren las fracciones del artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, respecto del concurso de personas o participación de sujetos.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- A. Madrazo, Carlos, LA REFORMA PENAL (1983-1985), Editorial Porrúa, S.A., México, 1989.
- 2.- Alanís Vera, Esther, EL DELITO DE INCESTO, UN ANÁLISIS DOGMÁTICO, Editorial Trillas, S.A., México, 1986.
- 3.- Antón Oneca José, DERECHO PENAL, T.I, Madrid, 1949.
- 4.- Arroyo Herrera Juan Francisco, RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVIDOR PÚBLICO, Editorial Porrúa, México 1998.
- 5.- Bettio! Giuseppe, DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, Traducción Juan Córdoba Roda, Dos volúmenes, Bosch Editorial, Barcelona, 1977.
- 6.- Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL, Editorial Porrúa, México, 1999.
- 7.- Carrara Francisco, PROGRAMA DEL CURSO DE DERECHO CRIMINAL, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.
- 8.- Castellanos Tena Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL, 40ª ed., Editorial Porrúa, México, 2001.
- 9.- Cuello Calón Eugenio, DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, 18ª ed., Bosh Editorial, Barcelona, 1981.
- 10.- De pina, Rafael y De Pina y Vara, Rafael, DICCIONARIO DE DERECHO, 14ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1986.
- 11.- G. Daniels, Victor, SIDA, 2ª ed., Editorial El Manuel Moderno, S.A., México, 1988.
- 12.- García Ramírez, Sergio, INTRODUCCIÓN AL DERECHO MEXICANO, Tomo I, 2ª ed., U.N.A.M., México, 1983.
- 13.- Grispiigni Filippo, DERECHO PENAL ITALIANO, Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948.
- 14.- González de la Vega, Francisco, DERECHO PENAL MEXICANO. LOS DELITOS, 15ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1979.

- 15.- Jiménez de Asúa Luis, PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. LA LEY Y EL DELITO. Editorial Sudamericana, S.A., Buenos Aires, 1989.
- 16.- Jiménez de Asúa Luis, TRATADO DE DERECHO PENAL. EL DELITO, Tomo III, 3ª ed., Editorial Losada, Buenos Aires, 1956.
- 17.- Jiménez Huerta Mariano, DERECHO PENAL MEXICANO. Cuatro Tomos, Editorial Porrúa, México, 1978.
- 18.- Jiménez Huerta Mariano LA ANTIJURIDICIDAD. Imprenta Universitaria, UNAM., México, 1952.
- 19.- Maggiore Giuseppe, DERECHO PENAL, Editorial Temis, Bogotá, 1954.
- 20.- Martínez Roaro, Marcela, DELITOS SEXUALES. SEXUALIDAD Y DERECHO, 4ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.
- 21.- Marquez Piñeiro Rafael, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, 1ª ed., Editorial Trillas, México, 1986.
- 22.- Maurach Reinhardt, TRATADO DE DERECHO PENAL, Traducción Juan Córdoba Roa, Dos Volúmenes, Editorial Ariel, Barcelona, 1962.
- 23.- Mezger Edmundo, TRATADO DE DERECHO PENAL, Tomo I, Editorial, Rev. De Derecho Privado, Madrid, 1955.
- 24.- Osorio y Nieto, Cesar Augusto, SÍNTESIS DE DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, 3ª ed., Editorial Trillas, S.A., México, 1990.
- 25.- Pavón Vasconcelos, Francisco, BREVE ENSAYO SOBRE LA TENTATIVA, 4ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1989.
- 26.- Pavón Vasconcelos, Francisco, IMPUTABILIDAD E ININPUTABILIDAD, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983.
- 27.- Pavón Vasconcelos, Francisco, LA CAUSALIDAD EN EL DELITO, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989.
- 28.- Porte Petit Candaudap Celestino, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL, 17ª ed., Editorial Porrúa, México, 1998.
- 29.- Porte Petit Candaudap Celestino, HACIA UNA REFORMA DEL SISTEMA PENAL, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1985.

30.- Porte Petit Candaudap Celestino, PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, 2ª ed., U.N.A.M., México, 1968.

31.- Soler, Sebastián, DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, Editorial Argentina, Buenos Aires, 1951.

32.- Villalobos Ignacio, DERECHO PENAL MEXICANO, Editorial Porrúa, México, 1960.

33.- Welzel, Hans, DERECHO PENAL ALEMAN PARTE GENERAL, 11ª ed., 4ª edición castellana, Editorial Jurídica de Chile, 1977.

LEGISLACIÓN

1.- Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Sista, S.A de C.V., México, 2002.

2.- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista, S.A de C.V., México, 2002.

3.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, McGraw-Hill Interamericana Editores, S.A de C.V., México 2001.

4.- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, 22ª ed., Editorial, Porrúa, S.A. de C.V., México 2000.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

1.- ALEGATOS UAM, La Reforma de los Delitos Sexuales, una crítica necesaria, Alicia Beatriz Azzolini, No. 19, septiembre-diciembre, México, 1991.

2.- CARTEL FEMINISTA, Exposición del Museo Universitario del Chopo, agosto, 1991.

3.- DICCIONARIO PRÁCTICO, SINÓNIMOS/ANTÓNIMOS, Ediciones Larousse, México, 1988.

- 4.- DICCIONARIO IDEOLÓGICO DE LA LENGUA ESPAÑA, Julio Casares de la Real Academia Española, Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 1979,
- 5.- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tomos I, III y IV, México, 1983,
- 6.- DICCIONARIO PARA JURISTAS, Juan de Miguel Palomar, Mayo Ediciones, S.A. de R.L., México 1981.
- 7.- GRAN DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO, Selecciones del Rader's Digest, Tomos 1, 6, 10, 11, México, 1978.
- 8.- MINI DICCIONARIO Larousse, Tomo 12, Editorial S.A.M.R.A., S.A., México, 1989.
- 9.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Tomo LXXXIV, 7 de julio de 1995.