

275
201



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

ANALISIS CRITICO Y DOGMATICO EN LOS
DELITOS DE HOSTIGAMIENTO Y ABUSO SEXUAL

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A ;
LEOBARDO REYES SANDOVAL

Asesor: Lic. José Dibray García Cabrera

Naucalpan de Juárez, Edo. de Méx.

1992



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

OBJETIVO :

Tras la aparición de un nuevo delito, se hace necesario su estudio dogmático y su crítica respectiva, es así, que nuestro objetivo - principal es el de crear un análisis crítico y dogmático sobre el delito de Hostigamiento Sexual que aparece con las reformas de 1991 que sufrió el vigente Código Penal para el Distrito Federal; externando nuestra opinión sobre su aplicabilidad en la práctica.

Asimismo, realizamos el mismo estudio en el Abuso sexual, denominación que surge también con estas reformas y que dan nombre a un ilícito que no escapa de serios defectos técnicos y jurídicos, pero que nos sirve para justificar la derogación del término "atentados al pudor".

I N D I C E

INTRODUCCION.

CAPITULO I.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO PENAL EN MEXICO.

- I. INTRODUCCION..... Pág. 4
- II. DERECHO PENAL AZTECA..... Pág. 6
- III. NUEVA ESPAÑA..... Pág.11
- IV. LA CODIFICACION PENAL..... Pág.15
- V. EL CODIGO PENAL DE 1931..... Pág.20

CAPITULO II.- REFORMAS, ADICIONES Y DEROGACIONES AL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.

- I. DE LA REPARACION DEL DAÑO..... Pág. 24
- II. DEL PELIGRO DE CONTAGIO..... Pág. 30
- III. ULTRAJES A LA MORAL PUBLICA..... Pág. 37
- IV. DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y
EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL..... Pág. 43
- V. DE LA PRIVACION DE LA LIBERTAD
(EL RAPTO)..... Pág. 52

CAPITULO III.- ANALISIS CRITICO DE LOS DELITOS DE HOSTIGAMIENTO Y ABUSO SEXUAL.

- I. EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL..... Pág. 57
 - 1.-Concepto legal..... Pág. 57
 - 2.-Noción de hostigamiento..... Pág. 61
 - 3.-Formas de hostigar..... Pág. 64
 - 4.-El daño o perjuicio..... Pág. 69
- II. EL ABUSO SEXUAL..... Pág. 74
 - 1.-Concepto legal..... Pág. 74
 - 2.-Noción de abuso..... Pág. 77
 - 3.-Los sujetos activo y pasivo
en el abuso sexual..... Pág. 81

III. CONCLUSIONES DEL CAPITULO.....	Pág. 85
CAPITULO IV.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LOS DELITOS DE HOSTIGAMIENTO Y ABUSO SEXUAL.	
I. HOSTIGAMIENTO SEXUAL.....	Pág. 90
1.-Concepto legal.....	Pág. 90
2.-Elementos positivos y negativos.....	Pág. 90
3.-Elementos generales y especiales.....	Pág. 95
4.-Elementos del tipo.....	Pág. 98
II. ABUSO SEXUAL.....	Pág. 100
1.-Concepto legal.....	Pág. 100
2.-Elementos positivos y negativos.....	Pág. 100
3.-Elementos generales y especiales.....	Pág. 103
4.-Elementos del tipo.....	Pág. 105
CAPITULO V.- CONCLUSIONES GENERALES.....	Pág. 106

INTRODUCCION.

La facultad legisladora, en materia penal, debe ser ejercida tomando en cuenta las necesidades y circunstancias que ocasiona el desarrollo social, ya sea previendo conductas que pueden o son lesivas para la buena convivencia social, o actualizando preceptos que en el momento de su creación fueron de gran utilidad, pero que actualmente carecen de fuerza coercitiva y adecuación en nuestra sociedad.

El presente trabajo manifiesta la inconformidad personal por la creación de un tipo penal al que consideramos impropio de pertenecer al Título Decimoquinto de nuestro Código Penal vigente por las razones que en seguida exponemos; y también consiste en un análisis del término "abuso sexual", que sustituye al de "atentados al pudor", como del delito mismo.

Nos preocupa enormemente caer en una crítica monótona, fuera de lógica jurídica, seguida de una pasión personal y, tal vez, innecesaria para este Honorable Jurado que tiene a bien leer este documento de tesis, al que agradecemos de antemano el tiempo invertido en su lectura.

No obstante, es nuestra inquietud manifestar nuestro punto de vista sobre el ilícito de hostigamiento sexual, cuya creación nos parece merecedora de un mayor estudio jurídico por parte de nuestros legisladores, principalmente de las Diputadas de la Quincuagésima Cuarta Legislatura que fueron quienes propusieron con gran ímpetu e interés la tipificación de este delito.

Igualmente, analizamos el delito de abuso sexual, que aunque la reforma sufrida consista exclusivamente en el cambio a esta denominación, consideramos oportuno el estudio completo de los artículos - 260 y 261 del código de la materia que lo prevén, y que nos sirve, además, para hacer una diferenciación acerca del bien jurídico que ampara el Título penal referido, con lo que realmente tutela el hostigamiento sexual.

El ámbito sexual, siempre ha sido una materia que presenta dificultades en su forma de tutelar penalmente, por proyectarse como resultado de una interrelación de la psique del individuo con sus funciones fisiológicas, en respuesta, igualmente, del ambiente social en que se desarrolla, y es precisamente por ello que cualquier figura que pretenda tutelar un bien jurídico referido al espacio sexual debe ser elaborada tras un estudio minucioso a fin de que sea de total utilidad y corresponda al objetivo fijado en su creación, esto es, sin que exista confusión en su tutela o en su correcto encuadramiento legal.

Sirva, pues, este trabajo como dato de las primeras censuras que, seguramente, sufrirá el hostigamiento sexual, las que constituirán un llamado de atención para aquellos que tienen en su mano el poder de normar nuestra conducta social, para que desempeñen su difícil labor sin caer en contradicciones impropias de ellos.

CAPITULO PRIMERO

**ANTECEDENTES HISTORICOS
DEL DERECHO PENAL EN
MEXICO.**

I. INTRODUCCION.

Muchos escritores, tanto sociólogos como juristas, han afirmado - que en los principios, todo el derecho fue derecho penal; que la conminación y la aplicación de las penas fueron en un tiempo el medio-coercitivo único para dirigir la conducta del pueblo gobernado dentro de las normas del rudo ordenamiento social.

Con el tiempo el Derecho Penal fue separándose, pero siempre se caracterizó porque respecto de él ha operado una reacción estatal - mucho más enérgica en virtud de la enorme trascendencia de los valores que tutela, los cuales a veces ni siquiera pueden repararse una vez ultrajados.

Tuvo que ser así, pues muchos investigadores también han mencio- nado que desde las primeras asociaciones humanas se encontraban ya hechos antisociales, que a su tiempo se convertirían en antijurídi- cos. Además de que la comisión de un acto contrario a las normas de convivencia, en las épocas primitivas, provocaba una instintiva reac- ción social contra el infractor para castigarlo.

Entonces, podemos afirmar que debido a que por su naturaleza de carácter punitiva, el Derecho Penal es el facultado y obligado, a la vez, para crear y conservar el orden social. Lo que nos recuerda que antes de seguir adelante, debemos definir nuestra materia; sin embargo, no es mi intención caer en un análisis minucioso de las distin- tas definiciones que del Derecho Penal se dan por lo que a continua- ción transcribiré únicamente la definición que nos dá el Doctor en Derecho Fernando Tena Castellanos, que a mi parecer reúne y resume - las ideas de varios juristas: "Derecho Penal es la rama del Derecho Público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la con- servación del orden social".

En éste capítulo estudiaremos la evolución que ha tenido el Derecho Penal en nuestro país, desde el período precortesiano hasta -- nuestros días. Y de este estudio nos percataremos de la idea errónea que se tenía sobre la aplicación de una pena, ya que en un principio se creía que la pena tenía un fin de venganza aspirando a anular el delito cometido, siendo que su finalidad es meramente preventiva, impedir que un infractor de las normas penales reincida y evitar que los demás le imiten.

Sin embargo, debemos tomar en cuenta que las diversas legislaciones a que nos referiremos hasta mediados de la época colonial, toman su forma de un derecho consuetudinario, por lo que algunas cuestiones de aplicabilidad de estas leyes se presumen o se saben por narraciones españolas y por interpretación de pinturas y jeroglíficos indígenas de las cuales se pone en duda su credibilidad.

Nuestro país no fue la excepción en cuanto a evolución de ideas penales se refiere, los diversos pueblos que lo conformaban en la época precortesiana, contaban con un código de convivencia social propio de los cuales el más destacado y al cuál los historiadores se han referido con más frecuencia es el que regía al pueblo azteca.

La cultura maya, la tarasca, pero principalmente la azteca cuya su premaxia era exclusivamente militar, mantenían la unión de sus pueblos a través de la obediencia incondicional exigida, para lograr esa obediencia y controlar el orden social establecido, se crea un Derecho Penal riguroso y cruel de acorde a los principios "primitivos" de la época y la cultura, pero a la vez con ciertos matices jurídicos bien definidos.

"Por otra parte, la sociedad azteca existía para beneficio de la tribu y cada uno de sus miembros debía contribuir a la conservación de la comunidad.... El Derecho penal azteca revela excesiva severidad especialmente en materia de delitos contra la estabilidad del Estado o la persona del soberano".⁽¹⁾ Por lo tanto, de momento podríamos pensar que las leyes eran dictadas por el emperador para protección de su poderío y de su pueblo, sin embargo él no era el único en la ostentación del poder. Como en toda época, y principalmente en la del totemismo, la religión participó de manera fundamental en la elaboración de las leyes y en el control social influenciando al emperador e infundiendo el temor entre el pueblo. Por ello, tanto eran severamente castigados los delitos que atentaban contra el orden social, contra el poder del soberano, como la desobediencia a sus normas religiosas, como era el caso de abstenerse de rendir culto a sus dioses. "Y la religión que es en esencia amor, se convierte en terror. El dios principal de los aztecas era una especie de Moctezuma en grande o Jefe Máximo-

(1) Castellanos Tena Fernando, Panoramas del Derecho Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México, la edición, Méx. 1965. Pág. 10.

sanguinario, a quien llamaban Huichilobos... Su alimento era de corazones crudos".⁽²⁾ Lógicamente, los sacerdotes influyeron en la designación y aplicación de las penas, ya que "...el sacerdocio no estuvo separado de la autoridad civil, sino dependiente de ella, al mismo tiempo que la hacía depender de sí; con ello ambas jerarquías se complementaban."⁽³⁾ logrando la sumisión del pueblo por medio del terror.

"A Quetzalcoatl, el Dios humano y atravente de la antigua religión azteca, lo habían hechado fuera del territorio. Y no lo perdonaron ni en la Mitología, pues allí aparece cargado con la humillación de barrer los caminos por donde habían de pasar los otros dioses; por eso se le llamaba también Dios del Aire. No se le estimaba porque no había matado a nadie".⁽⁴⁾

La principal fuente del derecho azteca fue la costumbre, pues el derecho no era escrito sino más bien de carácter consuetudinario, sin embargo, existieron documentos jurídicos y aun legislaciones, o mejor dicho, pinturas hechas por ellos donde existían las leyes antiguas en forma de pintura. Entre los documentos jurídicos indígenas más conocidos se encuentran el Códice Mendocino, las Leyes de Netzahualcoyotl, adoptadas por Moctezuma I, para que rigieran el Estado azteca y el Libro de Oro figurado en la obra de Orozco y Berra.

De las Leyes de Netzahualcoyotl, el iuspenalista Raúl Carrancá y Trujillo nos dice: "Se da por cierta la existencia de un llamado 'Código Penal de Netzahualcoyotl', para Texcoco, y se estima, que, según él el juez tenía amplia libertad para fijar las penas entre las que se contaban principalmente las de muerte y esclavitud, con la confiscación, destierro, suspensión o destitución de empleo y hasta prisión en cárcel o en el propio domicilio".⁽⁵⁾ Además, nos hace mención de la --

(2) Vasconcelos José, Breve Historia de México. Compañía Editorial Continental S.A. 20a. edic., México 1976. Pág. 149

(3) Castellanos Tena F., Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa S.A. 24a. edic., México 1987. Pág. 41.

(4) Vasconcelos José, Op. Cit., Pág. 150.

(5) Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa S.A. 16a. edición, México 1988. Págs. 112 y 113.

distinción que se hacía entre delitos intencionales y culposos, castigándose con la muerte el homicidio intencional y con indemnización y esclavitud el culposo. Una excluyente, o cuando menos una atenuante: la embriaguez completa. Y una excusa absolutoria: robar siendo menor de diez años y una excluyente por estado de necesidad: robar espigas de maíz por hambre.

Refiriéndonos básicamente a los delitos conocidos o sancionados por los aztecas, "Haremos una clasificación de los delitos que, según los cronistas, existieron en esas culturas, atendiendo al sujeto pasivo:

- a). En contra del Estado: Traición, sedición, espionaje, suplantación de funcionario, peculado, uso indebido de insignia.
- b). En contra de la sociedad.
- c). En contra de la moral pública: Lenocinio, homosexualidad, embriaguez, cópula entre colegiales, incontinencia sexual de sacerdotes, diálogo de sacerdotisa o mujer consagrada al culto.
- d). En contra de la economía pública: Falsificación de medidas, hechicería.
- e). En contra de la administración de justicia: Abuso de autoridad.
- f). En contra de la familia: Adulterio, incesto, injurias a los padres, despilfarro del patrimonio.
- g). En contra de las personas en su patrimonio: Fraude, robo, abuso de confianza, daño en propiedad ajena, despojo.
- h). En contra de la vida e integridad corporal: Aborto, lesiones, homicidio.
- i). En contra del honor: Difamación, calumnia, falsedad en declaraciones judiciales.
- j). En contra de la inexperiencia sexual: Estupro.
- k). En contra de la libertad sexual: Violación."⁽⁶⁾

(6) Romo Medina Miguel, *Criminología y Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, la edición, México 1979. Págs. 28-29.

Y dependiendo del delito cometido se aplicaba una pena correspondiente a la gravedad del mismo. "No obstante, en el derecho penal azteca también se configuraron delitos cuyo fin primordial fue la ordenada convivencia social, también severamente castigados, por ejemplo:

DELITOS	PENAS
Abuso de confianza	Esclavitud
Robo	Restitución, pago, esclavitud, muerte.
Homicidio	Muerte
Adulterio	Muerte
Estupro	Muerte
Traición	Muerte
Falso testimonio	Pena del Talión.
Riña	Arresto, muerte.
Malversación de fondos	Esclavitud
Seducción	Muerte
Calumnia grave y pública	Muerte
Calumnia judicial	Pena del Talión.
Pederastia	Muerte". (7)

Incluso sus leyes penales contemplaban castigos ejemplares a menores de edad, de los cuales nos habla el Códice Mendocino: "pinchazos en el cuerpo desnudo con púas de maguey, aspirar humo de pimientos asados, tenderlos desnudos y durante todo el día, atados de pies y manos; por toda ración durante el día, tortilla y media 'para que no se acostumbren a ser tragones'. Y todo esto con menores de 7 a 12 años de edad". (8) La que demuestra que los menores de edad siempre han estado bajo la observación de las leyes penales, en todos los tiempos,

(7) Romo Medina Miguel, Op.cit., Págs.26-27.

(8) Carrencá y Trujillo Raúl, Op.cit., Pág.114.

normando su conducta y sancionando su actuar. Por fortuna actualmente en nuestro país, los menores infractores están fuera del ámbito penal situados en una esfera jurídica distinta.

En cuanto al ejercicio de justicia, se nota una organización clara y detallada, nombrándose funcionarios especiales para la administración de justicia como era el caso del Cihuacoatl quien auxiliaba al Hueytlatoani en la vigilancia de la recaudación de los tributos, y en ocasiones representaba al monarca en algunas actividades de preservación del orden social y militar.

"Es preciso hacer notar, que la persecución del delito estaba en manos de los jueces por delegación del Tlatoani (quien representaba a la divinidad y gozaba de libertad para disponer de la vida humana a su arbitrio), de tal manera que las funciones de éste y las del Cihuacoatl eran jurisdiccionales..."⁽⁹⁾ Correspondía entonces a los jueces perseguir los delitos, realizar investigaciones y aplicar el derecho.

Así mismo, la aplicación de las penas correspondía a otro funcionario llamado Teachcauhtin, que era comandante militar o capitán de guerra.

Lo anterior nos demuestra que el Derecho Penal azteca no fue aplicado solamente por el soberano, los representantes de los dioses en la tierra tenían también participación en la aplicación de justicia, ambas autoridades con jurisdicciones bien definidas e inviolables.

De la credibilidad de las pinturas y escritos aztecas, aún se pone en duda la autenticidad de los mismos, debido a que con la conquista española se destruyeron casi en su totalidad y algunos historiadores se han dado a la tarea de reconstruir o interpretar algunas pinturas y jeroglíficos. Es por eso que dejamos el estudio del Derecho Penal precortesiano "...a la arqueología criminal".⁽¹⁰⁾

(9) Franco Villa, José, El Ministerio Público Federal. Edit. Porrúa S.A. 1a. edición, México 1985. Págs. 44-45.

(10) Carrancá y Trujillo Raúl, Op.cit., Pág. 116.

III. NUEVA ESPAÑA.

El choque natural que se produjo al realizarse la conquista española, hizo surgir infinidad de desmanes y abusos de parte de funcionarios y particulares y también, de quienes escudándose en la prédica de la doctrina cristiana, abusaban de su investidura para cometer --- atropellos. No existiendo un ordenamiento legal que controlara y castigara tales abusos.

Las primeras legislaciones creadas en la Nueva España o también llamada época de la Colonia, tendían a conservar las diferencias de clases, por lo que las normas penales existentes eran prácticamente --- aplicables sólo para los negros, mulatos y las castas; para los indígenas, por orden real de Carlos V, las penas fueron más benignas, no --- así los delitos cometidos contra ellos que eran severamente castigados. Por la misma orden real se les respetan sus leyes y costumbres a los indígenas siempre que no fueran en contra de la fe o la moral.

"No fue sino hasta el 9 de octubre de 1549, cuando a través de una cédula real se ordenó hacer una selección para que los 'indios' desempeñaran los puestos de jueces, regidores, alguaciles, escribanos y --- ministros de justicia: especificándose que la justicia se administra rá de acuerdo con los usos y costumbres que habían regido". (11)

Fijando nuestra atención en la cita anterior y tratándo de interpretar, diremos que dicha selección de órganos judiciales compuestos de "indios", era para que aplicaran las leyes exclusivamente a --- los mismos de su raza, entre los mismos indígenas, pues los españoles no podían aceptar los usos y costumbres de éstos y más aún no podían aceptar que un "indio" tuviera la justicia en sus manos y fuera él --- quien los juzgara.

Posteriormente "La Recopilación de Indias, en la ley dada al 5 de octubre de 1626 y 1632, ordenaba: "Es nuestra merced y voluntad que --- en cada una de las reales audiencias de Lima y México haya dos fisca

(11) Franco Villa José, Op. cit., Pág. 45.

les; que el más antiguo sirva la plaza, en todo lo civil y el otro en lo criminal". (12) Estos fiscales serían las primeras muestras de organización judicial bien definidas.

La Recopilación de las Leyes de las Reynos de las Indias, de 1680, constituyó el cuerpo principal de leyes de la colonia, complementado con los Autos Acordados, hasta Carlos III (1759); a partir de este momento comenzó una legislación especial más sistemática, que dió origen a las Ordenanzas de Intendentes y a las de Minería.

"La Recopilación se compone de IX Libros divididos en Títulos integrados por buen golpe de leyes cada uno... y el VII, con 17 leyes, - 'De las vistas de cárcel'; dan reglas que son un atisbo de ciencia penitenciaria". (13)

Sin embargo, nos resulta más interesante el Libro VIII, Título VIII pues es aquí donde se contemplan los diversos delitos y penas y su aplicación, aunque debemos decir que ésta legislación carecía de un orden, de una clasificación, ya que se contemplaban todos los delitos y penas existentes pero no determinaba la pena correspondiente a cada delito, no había una individualización de las penas.

Le seguiría en importancia las leyes llamadas "Ordenanzas para la dirección, régimen y gobierno del cuerpo de Minería de la Nueva España y de su Tribunal" (1783), atribuidos a don Joaquín Velázquez de León. Estas ordenanzas castigaban severamente el hurto de metales. El conocimiento de este delito dependía del grado de gravedad del mismo, si era leve conocía el Tribunal y las diputaciones, en cambio, si eran graves se remitía el asunto a la Sala del Crimen de la Audiencia quien normalmente dictaba una sentencia común, mutilación del miembro u otra que fuera corporis afflictiva.

Otro cuerpo legislativo lo constituyeron "Las Siete Partidas" y la llamada Setena fue la dedicada a la materia penal, donde se contemplaban asuntos relacionados con los jueces y acusaciones por delitos.

(12) V. Castro Juventino, El Ministerio Público en México. Edit. Porrúa S.A., 7a. edición, México 1990. Pág. 6.

(13) Carrancá y Trujillo Raúl, Op.cit., Págs. 117-118.

Cabe mencionar que aún estas leyes permitían el abuso autoritario de los juzgadores al dejarles juzgar según su albedrío.

Los españoles calificaron de salvajes los sacrificios humanos que practicaban los aztecas, sin embargo en la Colonia el llamado hombre-civilizado caería nuevamente en el salvajismo. Por influencias europeas, por su propia ignorancia y su incompetencia para gobernar, se crea un Tribunal de carácter especialísimo, el llamado Tribunal de Inquisición. Si bien es cierto que este tribunal no estaba destinado a juzgar por delitos comunes y materiales (hablese de robo, homicidio, etcétera) de cualquier forma considero indispensable mencionarlo dentro de las leyes dadas en la Colonia por su facultad de aplicar el ius puniendi.

En la Recopilación de Juan de Solórzano Pereira, la ley primera - del título diez y siete comienza explicando la razón de instaurar en las indias estos Tribunales: "Porque la experiencia ha mostrado de — quanta importancia ha sido para el servicio de Dios, y bien sosiego, — y conservación de nuestros Reynos el fundar, e introducir en ellos el Sancto oficio de la Inquisición contra la herética p^ravedad, y apost^sí^a". (14)

De las facultades de este tribunal podemos reducir las diciendo — que debían inquirir contra todas y cualesquiera personas, hombres o — mujeres, vivos y difuntos, ausentes y presentes de cualquier estado y — condición, que se hayaren culpados, sospechosos, e infamados en el deli — to de herejía y apostasía. La manera de castigar estos delitos era — sumamente cruel, las confesiones de los reos se obtenían mediante el — tormento y la sentencia era morir en la hoguera.

Dicho tribunal carecía de lógica para juzgar, me resulta inexpli — cable la manera en que iban a juzgar un cadáver e incoherente la — aplicación de una pena a éste.

(14) Jimenez de Azúa Luis. Tratado de Derecho Penal, t. I. Editorial Lozada S.A., 3a. edición. Buenos Aires, Argentina, 1963. Pág. 983.

A pesar de la crueldad de la Inquisición, este organismo tomó --- gran auge en esta época, inclusive poco después de declarada la Independencia de México fue la Santa Inquisición quien sentenció a morir fusilado a don José María Morelos y Pavón.

Dejando a un lado el Tribunal de Inquisición, mencionaremos que de las penas menores que se usaron en esta época se cuentan el arresto, el confinamiento y la represión. Las injurias y calumnias eran objeto de retractación en público, y a veces se aplicaba la pena de --- "silencio perpetuo", por el que las partes o no podían hablar más del asunto o no podían recurrir nuevamente a los jueces por motivos originados en el pleito.

En la Colonia rigieron una gran diversidad de leyes, sin embargo la llamada Siete Partidas junto con la Novísima Recopilación, fueron las que tuvieron mayor autoridad de aplicación. De ésta última diremos que es en su Libro XII donde se contemplan los delitos, penas y juicios criminales, se compone de XLIII Títulos, faltos todos ellos de un método y sistema, que comprenden confusamente la materia penal y la procesal.

No obstante el desorden jurídico penal existente en la Colonia, hubo intentos de crear una legislación penal escrita y ordenada, como fue el caso de don Miguel de Lardizábal y Uribe (1739-1820), Consejero de Carlos III, quien formuló un Proyecto de Código Penal, primero en el mundo, y que por desgracia no llegó a ser promulgado.

IV. LA CODIFICACION PENAL.

Al lograrse la Independencia de nuestro país, iniciada por don Miguel Hidalgo y Costilla en septiembre de 1810, y, por don José María Morelos y Pavón quienes decretaron la abolición de la esclavitud y el tributo a las castas, la situación social era caótica, los problemas económicos y políticos estaban aunados con el excesivo aumento de la delincuencia. La carencia de una legislación política y penal creó un libertinaje tal que hubo la necesidad de pronunciar algunas disposiciones encaminadas a controlar los problemas existentes, tales como reglamentar la portación de armas y el consumo de bebidas alcohólicas, combatir la vagancia, la mendicidad, el robo y el asalto.

Sin embargo, estas disposiciones carecían de un poder coercitivo eficiente para lograr sus pretenciones, además de que las leyes que continuaban rigiendo eran la Recopilación de Indias, como derecho principal, y la Novísima Recopilación, como derecho supletorio.

La independencia legislativa tuvo que darse lentamente. La primera tarea de los independentistas fue crear una ley que definiera los principios esenciales del país, por lo que la primera legislación tenía que ser de carácter político y administrativo. Creándose el 4 de octubre de 1824 la "Constitución de los Estados Unidos Mexicanos", en la que se establecía que la Nación adoptaba el sistema federal.

Pero debido a la necesidad de legislar básicamente en el ámbito político "...el Gobierno Federal hubo de reconocer la constante vigencia de la legislación colonial y de la metropolitana como legislación mexicana propia".⁽¹⁵⁾

La influencia de las leyes coloniales se hace notar más claramente si ponemos como ejemplo al Estado de Veracruz, quien tomando-

(15) Carrancá y Trujillo Raúl. Op.cit., Pág.122.

como modelo el Código español de 1822 y con ciertas modificaciones promulga su propio Código Penal, el primero de los códigos penales mexicanos, el 28 de abril de 1835.

Serían los Constituyentes de 1857, con los legisladores del 4 de diciembre de 1860 y 1864, quienes sentarían las bases de nuestro Derecho Penal, al hacer sentir la urgencia de la tarea codificadora, calificada de ardua por el Presidente Gómez Farías.

Es el Presidente Juárez quien al ocupar la Capital de la República en 1867, ordena al Licenciado Antonio Martínez de Castro organizar y presidir la Comisión redactora del primer Código Penal Federal mexicano, pero únicamente se llegó a concluir el Proyecto del Libro Primero. Y sería hasta 1868 que la nueva Comisión designada cuyo Presidente fue el Ministro Martínez de Castro, lograría terminar la formulación del Proyecto del Código que fué aprobada por las Cámaras y promulgado el 7 de diciembre de 1871, para comenzar a regir el 10 de abril de 1872, en el Distrito Federal y en Territorio de Baja California.

"Dos novedades importantes representa, sin embargo, el c.p. para su tiempo. La una fue el 'delito intentado'; 'que es el que llega hasta el último acto en que debería realizarse la consumación, si ésta no se verificaba por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible ó porque evidentemente son inadecuados los medios que se emplean' (art. 25)... La otra novedad consistió en la 'libertad preparatoria'; 'la que con calidad de revocable y con las restricciones que expresan los artículos siguientes, se concede a los reos que por su buena conducta se hacen acreedores a esa gracia, en los casos de los artículos 74 y 75, para otorgarles después una libertad definitiva' (art. 98)". (16)

(16) Ibidem. Págs. 126-127.

Este Código de 1871 fue creado con carácter de provisional, sin embargo, debido a los progresos notables que presentaba, su vigencia se prolongó hasta 1929.

En 1903 el Presidente de la República, general Porfirio Díaz, designó una Comisión presidida por don Miguel S. Macedo, a fin de llevar a cabo una revisión de la legislación penal; los trabajos se terminaron en 1912, mas el proyecto de reformas no se llegó a plasmar, pues el país se encontraba ya en revolución.

Dicha Comisión revisora respetaba los principios generales del Código de 1871, conservando el núcleo de su sistema y de sus disposiciones, limitándose a incorporar en él los nuevos preceptos o las nuevas instituciones.

El Proyecto del 11 de junio de 1912 "...es deficiente en su técnica, pero tiene un espíritu político-criminal bastante certero, revuelto por medidas asegurativas eficaces, como la "retención" por más de la cuarta parte de la pena, contra los reos de hábito (arts. 156-bis 10 y 156 bis 11), la hospitalización manicomial para los enajenados y anormales (art.165) llegando a prever expresamente el caso de la sordomudez, para la que se establece una 'reclusión preventiva en la Escuela de Sordomudos' (art.163); y el aislamiento de bebedores consuetudinarios (arts.165 bis a 165 bis 9). En cambio, son imperfectísimas las medidas relativas a los menores delincuentes (arts.157-a 162)". (17)

Al culminar los movimientos revolucionarios, se nombraron Comisiones a fin de revisar los códigos viejos mexicanos. La Comisión encargada de revisar la legislación penal nombrada en 1925 culmina su labor en 1929 con José Almaraz y Luis Chico Goerne, y sería el Presidente Portes Gil quien sancionaría el Proyecto de esta Comisión como "Código Penal" el 30 de septiembre de 1929, para que entrase en

(17) Jiménez de Asúa Luis. Op.cit., Pág.1243.

vigor el 15 de diciembre del mismo año.

Luis Chico Goerne afirmó en diversas ocasiones que en cuanto al método, el Código era una obra referente al delincuente, porque a la Comisión no le interesaban los actos, sino los hombres, pues " 'desde cualquier punto de vista teórico, es la sanción sobre el criminal la única útil, la única justa y la única científica' ". (18)

El Código fue un código para los delitos; es decir, que las contravenciones no se abarcan en un texto; mas a pesar de ello, constaba del exorbitante número de 1228 artículos y otros cinco de índole -- transitoria.

Así mismo, ésta ley se proponía la defensa social, puesto que el artículo 68 dice que "el objeto de las sanciones es: prevenir los delitos, reutilizar a los delincuentes y eliminar a los incorregibles aplicando a cada tipo criminal los procedimientos de educación, adaptación o curación que su estado y defensa social exijan".

Entre otras novedades de importancia se cuentan; la responsabilidad social sustituyendo a la moral cuando se trató de enajenados mentales; la supresión de la pena de muerte (la cual todavía se contemplaba en la ley de 1871); la multa; y la reparación del daño exigible de oficio por el Ministerio Público, si bien pudiendo los particulares, en determinadas ocasiones, exigirla, con lo que su naturaleza resultó contradictoria.

Pero también contemplaba graves deficiencias como la definición que nos dá del delito consumado; "el acto pleno por la práctica de todos los medios de ejecución según el tipo legal establecido para cada una de sus especies en el Libro III de éste Código" (art. 21); y dice que hay tentativa "cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso por actos idóneos y no practica todos los esenciales de ejecución que debiera producir el

(18) Ibidem. Pág. 1244.

delito, por causa o condición que no sean su propio y espontáneo - desistimiento"(art.22).

Al parecer el legislador mexicano no contemplaba el "delito frustrado", sin embargo, la frustración se incluía en la tentativa, como forma acabada de ésta. En cuanto a la mención del delito consumado - como de "acto pleno", debemos recordar que éste sólo existe cuando se dan los tres elementos de manifestación de voluntad, nexos causal y resultado.

Las sanciones se reparten según la categoría de delincuentes, en estos cuatro grupos: sanciones para delincuentes comunes mayores de dieciséis años; sanciones para delincuentes políticos; sanciones para menores de aquella edad, y sanciones para delincuentes en estado de debilidad, anomalía o enfermedad mentales.

Debido a las deficiencias y dificultades en su aplicación que presentaba éste código, particularmente en lo tocante en la reparación de la pena pecuniaria, hicieron sentir la necesidad de una nueva reforma que diera satisfacción a las inquietudes científicas recogidas por el mismo Código de 1929, pero sólo limitadamente. De esta suerte el mérito principal de éste Código no fue otro que el de proyectar la integral reforma penal mexicana abriendo cauce legal a las corrientes modernas del Derecho Penal en México.

V. EL CODIGO PENAL DE 1931.

El mal suceso del Código Penal de 1929 determinó la inmediata - designación, por el propio Licenciado Portes Gil, de Nueva Comisión - Revisora la que elaboró el hoy vigente Código Penal de 1931 del Distrito Federal en materia de fuero común y de toda la República en - materia federal. Este Código fue promulgado el 13 de agosto de 1931 por el Presidente Pascual Ortiz Rubio, en uso de facultades concedidas por el Congreso por Decreto de 2 de enero del mismo año.

La Comisión Redactora estuvo integrada por los señores licenciados Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Enrique G. Garza, José Angel Ceniceros, José López Lifa y Carlos Angeles. En la exposición de motivos se expresa que fue imposible seguir un sistema penal determinado, o doctrina alguna, pues sólo era dable adoptar una tendencia ecléctica y pragmática. "La fórmula: 'no hay delitos sino delincuentes', debía completarse así 'no hay delincuentes sino hombres'." (19)

Dentro de la misma exposición de motivos se justifica la pena - por distintos conceptos, pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y de orden. Indica la conveniencia de ampliar el arbitrio judicial, disminuir el cacuismo, individualizar las sanciones, hacer efectiva la reparación del daño, simplificar el procedimiento, racionalizar las labores en las oficinas judiciales, organizar el trabajo de los presos, reformar las prisiones y los establecimientos penitenciarios, dejar a los menores al margen de la función penal represiva, para someterlos a una política tutelar y educativa, complementar la eficacia de las sanciones con la readaptación de los infractores a la vida social, el establecimiento de medidas sociales y económicas de previsión, etcétera.

(19) Garrancá y Trujillo Raúl. Op. cit., Pág. 130.

El Código Penal de 1931 no es un código ceñido a cualquiera de las Escuelas conocidas, lleno de originalidad y modernidad mantiene-abolida la pena de muerte y presenta novedades muy notables, tales - como: la extensión uniforme del arbitrio judicial por medio de am- plios mínimos y máximos para todas las sanciones -sin más excepción que la señalada en el artículo 371, relativa a robos de cuantía pro- gresiva-, fijándose reglas muy adecuadas al uso de dicho arbitrio, en los artículos 51 y 52, los que señalan a la Justicia Penal una direc- ción antropo-social, que es fundamental, en la teoría del código. Así mismo, se perfecciona la condena condicional (art. 90), la tentativa- (art.12), el encubrimiento (art.400), la participación (art.13), algu- nas excluyentes y se dio uniformemente carácter de pena pública a - la multa y a la reparación del daño (art.29).

Este ordenamiento penal ha sido objeto de numerosas reformas.No solo a causa de estas reformas, que por su número e importancia han- hecho perder en cierto grado al Código la uniformidad de estilo le- gislativo que lo caracterizaba, al ser puesto en vigencia, sino tambí- én porque después de más de un cuarto de siglo de experiencia, la - práctica de los tribunales y la doctrina nacional y extranjera han demostrado que en algunos capítulos conviene mejorarlo.

Por tal motivo, el Gobierno de la República, a través de la Secre- taría de Gobernación, designó una Comisión Redactora del Anteproyec- to de Código Penal integrada por los juristas Luis Garrido, Celestino Porte Petit, Francisco Argüelles y Gilberto Suárez Arvizu, también inicialmente colaboró el doctor Raúl Carrancá y Trujillo.

A pesar de que el proyecto fue aprobado por la Secretaría de Go- bernación y enviado al poder legislativo en donde se le revisó y re- tocó, no llegó a tener vigencia.

Un nuevo Anteproyecto fue elaborado por la Comisión de Estudios Penales de la Procuraduría General de la República en 1958. Consta -

de 291 artículos y 4 transitorios, lo caracterizan su sobriedad, un mejor ajuste técnico de las instituciones penales y una moderna adecuación de ellas en el cuerpo legal.

Dicha Comisión estuvo conformada por los doctores Celestino Por te Petit y Francisco H. Pavón Vasconcelos, y por los licenciados Ricardo Franco Guzmán y Manuel del Río Govea, sin embargo, este anteproyecto sólo quedó como tal, mas ha servido, al igual que el proyecto de 1949, como fuente de inspiración para los códigos de algunos Estados.

Posteriormente la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, procedió a elaborar un Anteproyecto de un Código Penal Tipo; esto es, que fuera adoptado por las diversas Entidades Federativas.

Pero éste anteproyecto tampoco tuvo vigencia debido a que fue muy criticado por desajustes en su articulado y desaciertos en sus innovaciones, por lo que fue archivado. Por ende, aún sigue vigente la Ley de 1931.

Este ordenamiento de 1931 comprende dos partes: el Libro Primero que contiene cuestiones generales y, el Segundo, referente a los delitos en particular.

El Libro Primero abarca seis Títulos: a) Responsabilidad Penal; b) Penas y medidas de seguridad; c) Aplicación de sanciones; d) Ejecución de sentencias; e) Extinción de la responsabilidad Penal; y, f) Delincuencia de menores.

La parte especial, a la cual se consagra el Libro Segundo del Código, comprende veintitrés Títulos; en cada uno de ellos se pretenden agrupar los tipos delictivos en función del bien jurídico protegido y lesionado o puesto en peligro por el delito.

C A P I T U L O S E G U N D O

**REFORMAS, ADICIONES Y DEROGACIONES AL
CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.**

De las reformas más actuales y novedosas que presenta nuestro Código Penal vigente, son las decretadas el 20 de diciembre de 1990 y publicadas en el Diario Oficial el 21 de enero de 1991, y junto con estas reformas se practican algunas adiciones y derogaciones al mismo ordenamiento legal.

Los cambios principales que sufre el código referido, se refieren a la reparación del daño; al delito de peligro de contagio; al de ultrajes a la moral; a los delitos antes llamados sexuales y ahora de nombres "contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual"; y de la derogación del llamado rapto.

Este capítulo lo destinaremos a comentar someramente cada uno de estos cambios, por su importancia y novedad, y porque el tema principal de este trabajo deriva de éstos.

I. DE LA REPARACION DEL DAÑO.

La reparación del daño está prevista en el capítulo destinado a la sanción pecuniaria, y en el artículo 29 de nuestro ordenamiento penal se expresa que esta sanción comprende tanto la multa como la reparación del daño.

"Las sanciones pecuniarias consisten en la disminución del patrimonio del sentenciado, en virtud del pago de una suma de dinero en beneficio del Estado (multa) o de los ofendidos (reparación del daño)." (1)

Entonces, por reparación del daño entenderemos la obligación que la ley impone al agente activo del delito de compensar pecuniariamente los daños causados, a particulares, en la ejecución del mismo, tanto del carácter material como moral.

(1) González de la Vega, René.-Comentarios al Código Penal. Primera edición - Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1975. Pág. 66.

Es importante definir el daño moral, para comprender el alcance compensatorio de esta figura. Para tal efecto, el Código Civil para el Distrito Federal, vigente, señala en su artículo 1916, primer párrafo: "Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás."

Por su parte, el artículo 30, de nuestra legislación penal, nos muestra entre las distintas formas que comprende la reparación del daño, pudiendo hacerse ésta mediante la restitución de la cosa obtenida por el delito, y en caso de no ser posible tal restitución, con el pago del precio de la misma; con la indemnización del daño material y moral y de los perjuicios causados; y, tratándose de los delitos comprendidos en el título décimo, referente a los delitos cometidos por servidores públicos, la reparación del daño abarcará la restitución de la cosa o de su valor, y además, hasta dos tantos del valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito.

Entendiendo cual es el fin de la reparación del daño, las formas de realizar ésta y sabiendo quien es el encargado de hacerla, cabría hacernos una pregunta: ¿A quién se le debe tal reparación?.

La respuesta nos la da el mismo Código Penal, al adicionarsele el nuevo artículo 30 Bis, que a la letra dice: "Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1o. El ofendido; 2o. En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento."

Era necesaria ya la contemplación de estas personas en la ley como beneficiarias de la reparación del daño, ya que en la práctica sólo eran presumibles. Sin embargo, resulta cuestionable el término empleado en la primera de las personas a que hace mención el artículo antes transcrito, "ofendido", pues, éste no siempre es quien sufre directamente el delito, en cambio la palabra "víctima" va dirigida específicamente a definir al receptor del delito.

En efecto, doctrinalmente la víctima es el sujeto pasivo del delito, y el ofendido es aquél que resiente el daño causado por el mismo. "Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes; tal ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso." (2)

Al respecto, el maestro Rodríguez Manzanera, nos dice: "Son directamente dañados por el delito los sujetos pasivos, esto es los entes físicos o colectivos sobre cuyas personas, cosas o derechos recae directamente el delito (daño material), o cuya seguridad personal o goce de los bienes o afecciones legítimas, el delito ataca directamente (daño moral).

Son indirectamente damnificados las personas que a raíz del delito sufrido por un tercero experimentan uno de esos efectos por repercusión. Estas personas pueden integrar la familia de la víctima o ser simplemente terceros." (3)

Por lo anterior, resultaría más eficaz el empleo, en el citado artículo, del vocablo "víctima", toda vez que este término se refiere

(2) Castellanos Tena, Fernando.-Lineamientos Elementales de Derecho Penal.-Vigésimocuarta edición. Editorial Porrúa, S.A., Méx. 1987. Pág. 152.

(3) Rodríguez Manzanera, Luis.-Victimología.-Editorial Porrúa, S.A., México, 1988. Pág. 331.

re a aquella persona que violeado un derecho propio y lo resiente directamente, en tanto que el término "ofendido" puede referirse a - aquellos que de manera indirecta se ven afectados por dicha violación.

Así mismo, en relación a las demás personas contempladas con derecho a la reparación, basta con imaginarnos la situación prevista en el artículo en cuestión, referente a la muerte de la víctima, para comprender que el fin primordial de esta figura es la de compensar económicamente a aquellos que dependían de la misma manera de la víctima y resarcir el daño moral causado a los mismos.

Por ello, proponemos algunos cambios en la redacción de este artículo, de la siguiente manera: "Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1o. La víctima; 2o. En caso de fallecimiento de ésta, el cónyuge su sustitute o el concubinario o concubina, y los hijos (independientemente de la edad de estos, ya que, aún cuando el hijo sea independiente económicamente, tiene derecho al resarcimiento moral); 3o. Los ascendientes de la víctima; 4o. A falta de éstos las demás personas que dependieran económicamente de la víctima al momento del fallecimiento."

Dentro del último punto de nuestra proposición, comprendemos a los demás familiares, así como todas aquellas personas que no teniendo un vínculo de familiaridad con el occiso, eran dependientes económicos de él.

En comparación, el Código Penal del Estado de México, contemplaba ya con anterioridad a quienes tienen derecho a la reparación, aunque en un orden distinto. Su artículo 34, señala: "En orden de preferencia tienen derecho a la reparación del daño:

- I. El ofendido;
- II. Sus descendientes y cónyuge;
- III. Sus ascendientes;
- IV. Las personas que dependieran económicamente de él; y
- V. Sus herederos."

En general, este artículo contempla las mismas personas a que hace mención el artículo 30 Bis, del Código Penal para el Distrito Federal, sin embargo, podemos percatarnos de dos situaciones muy importantes que los hace diferentes; primeramente el código del Estado de México deja sin derecho a la concubina o al concubinario a recibir el resarcimiento. Podría pensarse que se les está contemplando en la fracción IV, del artículo ya transcrito, pero en tal caso se estaría dando preferencia a los padres del ofendido (víctima) por el orden en que se plasman, lo cual sería inaceptable.

En segundo lugar, el mismo artículo 34 del código estatal, contempla a los herederos del ofendido como beneficiarios a la reparación del daño, situación que nos parece confusa y en su caso redundante, por los siguientes motivos: herederos pueden serlo tanto los familiares como las personas ajenas a ese núcleo familiar (cuando existe testamento) y suponiendo el primer caso de que sean familiares, el art. 1431, del Código Civil del Estado de México, en su fracción I otorga derecho a heredar, en caso de sucesión legítima, hasta los parientes colaterales dentro del cuarto grado, luego entonces, quedan absorbidos los cónyuges, descendientes y ascendientes, por lo que esta fracción sólo sería aplicable a falta de aquellos; en el segundo caso, si el beneficiario hereditario no es pariente del ofendido, implicaría que todas las personas, que señala el artículo transcrito del código penal estatal, no existen y que de antemano ha tenido que formular un testamento a beneficio de aquél, sin embargo, debemos recordar el fin de la reparación del daño y que el heredero de este tipo apenas puede resentir un daño moral por la amistad que tuviere con el occiso, y para otorgar la compensación económica tendría que haber existido una dependencia económica de aquél con su beneficiario, y si existiera esa dependencia, la fracción en cuestión saldría sobrando por estar contemplada la misma situación en la fracción IV, del mismo artículo.

Por otro lado, es importante decir, que el Estado de México cuenta con una "Ley sobre Auxilio a las Víctimas del Delito", ley que en el primer párrafo de su Artículo Primero, señala: "El Departamento de Prevención y Readaptación Social brindará la más amplia ayuda, conforme a las posibilidades y necesidades a quienes se encuentren en difícil situación económica y hubiesen sufrido daño material como consecuencia de un delito cuyo conocimiento corresponda a las autoridades judiciales del Estado. Esto se entiende sin perjuicio de lo previsto acerca de reparación del daño en el Código Penal y en el Código de Procedimientos Penales."

Lo anterior significa que el Estado de México ha tomado igualmente la obligación de indemnizar (el daño material) a las víctimas de actos criminales, en determinados casos, independientemente de que se logre obtener la reparación del daño.

La obligación del Estado no puede terminar en proteger a través de un código penal diversos bienes jurídicos, ni siquiera se agota persiguiendo al responsable de su violación, es necesario reparar los daños causados por la conducta antisocial, conducta que le corresponde prevenir y evitar.

II. DEL PELIGRO DE CONTAGIO.

En 1940, se inserta en nuestro Código Penal la figura delictiva del "Peligro de contagio", figura que fue recibida con innumerables críticas debido a que la situación típica que preveía se consideraba contemplada por otro delito distinto.

El artículo 199 bis original, establecía: "El que, sabiendo que es tá enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales, será sancionado con prisión hasta de tres años y multa de tres mil pesos, sin perjuicio de la pena que corresponde si se causa el contagio.

Cuando se trate de cónyuges, sólo podrá procederse por querrela del ofendido."

Distintas cuestiones originaron las críticas a este artículo.

Primero, se encasillaba el contagio a una enfermedad venérea adquirida por relaciones sexuales. Esto es, el aspecto sexual sería el único medio por el que se produjera el contagio, o mejor dicho, el peligro de contagio, excluyéndose cualquier otro medio posible de transmisión. Por enfermedades venéreas entenderemos, "aquellas enfermedades infecciosas o contagiosas que se transmiten por razón de las relaciones sexuales, ya sean éstas el coito mismo o por una transmisión extragenital, es decir, a través de manipulaciones o caricias, localizándose entonces la enfermedad no solamente en los órganos genitales, si no también en los labios, en los senos, en los muslos, en el ano, etc" (4)

La relación sexual, pues, no comprende solamente el coito (introducción viril), sino todos los tocamientos y movimientos necesarios encaminados o no a la consumación del acto sexual.

(4) Martínez Roaro, Waroela. Delitos Sexuales. Primera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975. Pág.17.

Existe una gran variedad de enfermedades venéreas transmisibles por contagio, algunas benignas, pero la mayoría malignas. Sólo por conocer algunas de estas enfermedades, mencionaremos a la Sífilis (Por contagio: de mucosa a mucosa, o de piel a piel, cuando está en su máxima evolución provoca trastornos de equilibrio, demencia, parálisis general, porque la enfermedad alcanza ya el sistema nervioso central. O congénita: adquirida por vía placentaria, sufriendo el feto la invasión violenta de la enfermedad en la sangre y en los tejidos, provocando el aborto en la segunda mitad del embarazo, cuando el aborto no se presenta el producto llega a sufrir inferioridad física y mental permanente); y la Blenorragia (Producida por el parásito llamado "gonococo", que ataca las mucosas uretrales y rectales en ambos sexos, en las inmediaciones del cuello uterino y las glándulas fémorinas de Skene y Bartholino, en el hombre la próstata, visículas seminales, las glándulas de Comper y los tubos deferentes. Provoca esterilidad en el hombre cuando ataca los epidídimos, y en la mujer cuando provoca inflamación en las trompas de Falopio, en caso de embarazo puede provocar ceguera al feto); entre otras muchas.

Por ende, se excluía cualquier otra enfermedad que pudiera contagiarse de manera indirecta. Por ejemplo, la lepra, la cual puede transmitirse por el uso de ropa u objetos pertenecientes al enfermo o por el ligero contacto con éste.

Segundo, porque la oración "El que, sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en período infectante...", implica el conocimiento por parte del actor del mal que padece, y "...ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales..." presupone el querer voluntario del mismo de provocar el peligro. En este orden, pensamos que el actor realiza una conducta típicamente dolosa, pues, su actuar conciente y voluntario va dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

Para continuar con este punto, cabe señalar que el bien jurídico tutelado en este precepto es la salud del individuo, bien jurídico - que está tutelado, igualmente, en el artículo 288 del mismo ordenamiento legal, bajo el título de lesiones. Aquí estriba el conflicto que ha ce dudar a algunos juristas sobre la utilidad jurídica del delito en cuestión.

El artículo 288 preceptúa: "Bajo el nombre de lesiones se comprenden no solamente las heridas, ... sino toda alteración en la salud... si esos efectos son producidos por una causa externa." Lógicamente, - la transmisión de una enfermedad como las que mencionamos anteriormente provocará alteraciones en la salud de la víctima, configurándose entonces el delito de lesiones. Y aun cuando el contagio no se presente, la conducta caería en lo establecido por el artículo 12 del mismo código, que trata de la tentativa. Esta posición ha sido defendida por la mayoría de los maestros penalistas de nuestro país, tal es el caso de Pavón Vasconcelos, quien afirma "que la creación legislativa no responde a ninguna necesidad jurídica, pues viene a dar autonomía típica a una clara tentativa de lesiones, cuya previsión legal - cae dentro de los dispositivos del artículo 288 y 12 del Código penal vigente. El error de los autores, ... ha radicado en creer factible - la comisión imprudencial de la figura formal de peligro de contagio-venéreo la cual precisa, como presupuesto inevitable, el previo conocimiento, por parte del autor, de la existencia de la enfermedad.... No existe duda respecto a que ese conocimiento hace dolosa la conductatípica, con total independencia de la directa intención de causar un daño a la salud..."(5)

Si la enfermedad no llega a transmitirse, la conducta quedaría - en una tentativa, pues, el actor resolvió cometer el delito exteriori-

(5) Pavón Vasconcelos, Francisco.- Los Delitos De Peligro Para La Vida Y La Integridad Corporal.- la edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1966. Pág. 133.

zando la ejecución de la conducta que debería producirlo. Particularmente la tentativa sería de lesiones.

Ctro notable maestro, Jiménez Huerta, nos comenta que "...el peligro para la salud o integridad humana in^{sto} en la conducta descrita en el artículo en examen, estaba ya previamente abarcado por el amplificador típico de la tentativa contenida en el artículo 12. Cualquiera conducta encaminada directa e inmediatamente a la realización del delito de lesiones, como, por ejemplo, el del que 'sabiendo que está en fero... de un mal... en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro...', estaba ya protegida por el dispositivo típico de la tentativa." (6)

Este tipo, así mismo, se ve calificado con una agravante, ya que - el citado artículo 199 bis, establecía "El que, a sabiendas...", situación que dejaba entrever una conducta premeditada, y el artículo 315- en su último párrafo expresa que "Se presumirá que existe premeditación cuando las lesiones o el homicidio se cometan por... contagio venereo...". Claro está que este precepto prevé el contagio declarado y no el peligro de contagio.

Un tercer punto crítico a este artículo, es el referente a la -- disposición de "...sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa el contagio.", lo que representaba una clara violación al artículo 23 constitucional, que establece: "...Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene." Así, si la víctima denunciaba el delito, o, en su caso, se quejaba, el actor se vería afectado por la pena que establecía el artículo 199 bis, y en caso de que el contagio se declarara, sería sujeto, además, a la pena establecida por el delito de lesiones, ésta dependería de la gravedad de la misma.

(6) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo II. 5a. edición. Ed. Porrúa, S.A., México, 1961. Pág. 336.

Por su parte, el jurista Díaz de León, opina, "...que se trata, en el caso, de un delito de lesiones consumado y el contagio venéreo no habrá sido mas que el medio operativo para causarlo, por lo que se consume en el resultado." (7) De esta cita podemos deducir que, para este maestro, no es configurable la tentativa.

En fin, que este delito ha sido materia de cuestionamientos múltiples, de si es un delito autónomo, o si deba desaparecer por su inmersión en el de lesiones, etcétera. Estas críticas, aunadas con graves enfermedades que aterran al mundo, incitaron a nuestros legisladores a reformar el multicitado artículo 199 bis. Dicha reforma pretende subsanar deficiencias técnicas y encuadrar de manera general todas las enfermedades contagiosas, dejando a dicho artículo como sigue:

"Art. 199 bis.-El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa.

Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión.

Cuando se trate de cónyuges, concubenarios o concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido."

La supresión del párrafo "...sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa el contagio.", intenta dar mayor autonomía a este delito que, aunque se refiera al mismo bien jurídico que al referido por el artículo 288, viene a tipificar única y exclusivamente el riesgo de contagio, la creación del peligro provocado por esa conducta -- que sirve de vía de transmisión. Se tipifica, pues, ese elemento volitivo del actor, que crea la posibilidad de un acontecimiento futuro que

(7) Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Primera edición. Ed. Porrúa S.A., México, 1986. Pág. 485

amenaza a la víctima de sufrir un daño, el contagio.

Así mismo, por fuerza, se tenía que ampliar el tino, contemplando todas aquellas enfermedades (no sólo venéreas) que en periodo infeccioso, pudieran poner en peligro la salud de otros; así como el medio de transmisión puede ser indistinto y no únicamente por relaciones sexuales.

Resulta que la propagación de una enfermedad terrible y fácilmente transmisible, es una de las principales motivadoras de esta reforma; la llamada Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida, mejor conocida por sus siglas como "SIDA", enfermedad que afecta no sólo al hombre y a la mujer sino también a niños, siendo los homosexuales, bisexuales, heterosexuales y hemifílicos, las personas con mayor riesgo de contagio; porque tanto es transmisible por relaciones sexuales (normales o anormales), que por transfusiones de sangre o por el uso de agujas hipodérmicas.

Incurable, hasta el momento, esta enfermedad viene trastornando la convivencia social por ignorancia de algunos y reservas de otros, pero lo cierto es que se han reducido las donaciones de sangre, y las relaciones sexuales maritales y extramaritales se realizan con recelo y prevención.

Así, si el contagio es incurable, lógico es que el riesgo provocado de adquirir dicha enfermedad debe ser sancionado con una pena mayor. En el artículo transcrito anteriormente, ya reformado, se especifica que "Si la enfermedad padecida fuere incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión.", pena que para algunos resultaría irrisoria si pensamos que la enfermedad es incurable, que nos provocará la muerte lentamente, pero debemos recordar que lo que se castiga es el peligro creado independientemente de que la infección en la víctima se presente o no. El que el contagio se declare y -

provoque la muerte al sujeto pasivo, será ámbito de otro delito.

La reforma a este precepto continúa contemplando la conducta dolosa del actor; esto es, se exige que el actor séptico conozca su padecimiento o el riesgo que implica su conducta, posible transmisora de enfermedades. Por tal motivo, ¿no sigue latente la figura de la tentativa de lesiones, así como la premeditación?

Por otro lado, es justificable que entre cónyuges o en el concubinato, se exija la querrela como medio de persecución de este delito, en virtud de que la ofensa que a la honestidad del cónyuge inocente implicaría la acusación pública, originada en la denuncia de un extraño al vínculo matrimonial o concubinario, sobre la conducta punible del culpable, con el consiguiente escándalo familiar.

Para terminar con este tema, la pena impuesta al responsable de este delito debe ir acompañada de una medida de seguridad, pues éstas "constituyen una defensa contra el peligro de nuevos delitos, por parte del delincuente (prevención especial, eliminación, corrección); y las penas son una defensa contra el peligro de nuevos delitos, pero no únicamente por parte del delincuente, sino también por parte de la víctima, sus próximos o aun de parte de la colectividad (prevención general)". (8)

Correspondería al ente séptico un tratamiento especial para procurar erradicar su padecimiento y a la vez aislandolo de la sociedad para evitar su reincidencia y la propagación de la enfermedad.

(8) González de la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado. 9a. edición. Ed. Porrúa, S.A., México, 1989. Pág. 109.

III. ULTRAJES A LA MORAL PÚBLICA.

El individuo tiene, a través de su existencia, diversas finalidades que cumplir; desde la conservación de su propia vida hasta la realización de su perfeccionamiento moral; pero para lograrlas necesita la ayuda y unión de los demás. La sociedad es, entonces, la condición necesaria para que aquél realice su propio destino.

Pero el pertenecer a una sociedad implica el cumplimiento de determinadas normas de convivencia social, esto es, su conducta individual está sometida a imperativos o mandatos (normas), a los que no puede sustraerse a menos de incurrir en una sanción. Esta sanción dependerá del tipo y valor de la norma moral transgredida, porque debemos diferenciar las normas morales propiamente dichas de las normas morales sociales, también llamadas jurídicas. Las primeras pueden o no cumplirse, señalan al hombre su conducta y carecen de sanción aplicada por el órgano de autoridad del Estado; las segundas, además de ser obligatorias tienen la sanción aplicada por aquél a quien incumbe el gobierno de la sociedad.

Así, la moral pública es la que corresponde a la generalidad de los miembros de una sociedad determinada, sobreponiéndose a la moral individual, "es la conciencia ética de un pueblo en determinado momento histórico, y con más precisión, su modo de comprender y distinguir el bien y el mal, lo honesto y lo deshonesto... La moralidad colectiva experimenta, según los tiempos, relajamientos y desviaciones, puede pervertirse y decaer." (9)

Dada la importancia de estas normas, el Derecho Penal tiende a tutelarlas a fin de mantener el orden social mediante la protección de las costumbres y valores morales existentes en la colectividad.

El código penal, en su Libro Segundo, Título Octavo, sanciona los delitos contra la moral pública y las buenas costumbres, y en su capí

(9) Maffioli, Giuseppe.—Derecho Penal. Vol. IV.—Editorial TRINIDAD BOVOTÁ, 1972. Pág. 49.

Párr. 2º

tulo primero, artículo 200, tipifica el delito de "Ultrajes a la moral pública".

Las buenas costumbres son " los hábitos naturales o adquiridos para el bien en todo lo relativo a la conducta de la vida"... pueden ser el resultado de una moralidad real, efectiva, adelantada, así como la simple consecuencia del hábito, de la tradición del medio, sin que exista una moralidad verdadera." (10)

Pero qué debemos entender por ultrajes a la moral pública. Por ultraje entendemos injuria, agravio, ofensa, ataque, y por otro lado moral pública es un concepto meramente valorativo y por tanto variable según la sociedad y el momento histórico, y se refiere a la opinión dominante en materia de honestidad en las relaciones sexuales.

Luego entonces, ultrajes a la moral pública, lo definiríamos como el ataque a las normas consuetudinarias de convivencia social en relación a la sexualidad. Tomando en cuenta que dichas normas varían, dependiendo de la sociedad y el momento que las adopte.

En este sentido, la moral y el derecho se complementan a fin de lograr el respeto a las costumbres sociales, obteniendo un equilibrio en las relaciones humanas colectivas, "creemos que ésta da al derecho sus más ricos y vigorosos elementos, así como que deviene de ella la conservación del orden, el respeto a la individualidad humana y al progreso de la sociedad; que el legislador no puede permitir ningún acto contrario a la moral pública o a las buenas costumbres, y de ahí la necesidad de castigar los hechos que se comprenden en este capítulo". (11)

El artículo 200, de nuestra ley penal, sufrió una reforma consistente en un aumento a la multa por la comisión de este delito, atribuyendo al juez la facultad de poder aplicar la pena de prisión, la mul

(10) Sodi, Demetrio.-Nuestra Ley Penal.-2a. edición. Librería de la Vda. de Ch. Bourret, México, 1918. Pág. 529.

(11) Sodi, Demetrio.-Cp. Cit.-Pág. 529-

ta o ambas; así como en la adición de dos párrafos que comentaremos más adelante.

Artículo 200.--"Se aplicará prisión de seis meses a cinco años o sanción de trescientos a quinientos días multa o ambas a juicio del juez;

I.--Al que fabrique, reproduzca o publique libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y al que los exponga, distribuya o haga circular;

II.--Al que publique por cualquier medio, ejecute o haga ejecutar por otro, exhibiciones obscenas; y

III.--Al que de modo escandaloso invite a otro al comercio carnal.

En caso de reincidencia, además de las sanciones previstas en este artículo, se ordenará la disolución de la sociedad o empresa.

No se sancionarán las conductas que tengan un fin de investigación o divulgación científico, artístico o técnico."

Antes de ser reformado, este artículo establecía una sanción fija de diez mil pesos, cantidad que, actualmente, carecía de fuerza intimidatoria, siendo necesaria su modificación. Sobre la facultad del juez de poder aplicar una o ambas penas al infractor, proviene de la opción que la misma ley le concede de poder elegir, una u otra, dependiendo de la gravedad del delito; eliminando el conjuntivo "y" por el disyuntivo "o".

Las fracciones I y II nos hacen referencia a la obscenidad, palabra que viene a determinar el carácter sexual del bien tutelado. Porque, "es obsceno lo que lesiona el pudor público por su aptitud para excitar los bajos instintos sexuales".⁽¹²⁾

Obscenidad no será "cualquier aspecto sexual, sino la cualidad de despertar o excitar torpeza o lascivia erótica y, aparte la intencionalidad (art.8), la figura supone un dolo específico que nece

(12) Carrancá y Trujillo, 3ª ed. Cita a Eusebio Gómez.-Código Penal Anotado. 15ª edición. Editorial Porrúa S.A., México 1990. Pág. 494.

sita demostración; conciencia en el agente de que la fabricación o -
circulación tienda a la torpe excitación libidinosa. El delito no re-
quiere la consumación del daño; es de peligro, es preventivo de la co-
rrupción de costumbres." (13)

La primera fracción de este artículo sanciona la fabricación, re-
producción y publicación de libros, escritos, imágenes u objetos obsc-
enos, así como la exposición, distribución o la circulación de los mis-
mos, y al juez, como intérprete de la ley penal, le corresponde califi-
car la obscenidad de éstos. Tarea nada sencilla si tomamos en cuenta-
que la moral social sufre modificaciones constantes, adoptando conduc-
tas que para algunos serían pervertidas y para otros normales. Lo obsc-
eceno "es un concepto que cada día más se diluye en la lejanía. No -
sin razón ha podido escribir Martínez-Pereda 'que la sociedad actual
está totalmente desexualizada'." (14)

La fracción segunda prevé la publicación por cualquier medio,
ejecute o haga ejecutar por otro, exhibiciones obscenas. Encontramos-
aquí una duplicidad típica innecesaria por lo que se refiere a la pu-
blicación de exhibiciones obscenas, pues, ésta se entiende prevista en
la fracción anterior.

Dichas exhibiciones han de ser ejecutadas en lugares públicos o
en cualquier otro lugar en que puedan ser vistas involuntariamente -
por terceros, pues el sólo uso de gestos, palabras o exhibiciones pri-
vadas no están comprendidas en esta fracción. No son lugares típicos-
de ejecución del delito aquellos en que para contemplar la exhibici-
ón obscena sea necesario violar por cualquier medio la privacidad --
del local.

De la fracción tercera, sobre la invitación al comercio carnal,-
el tipo exige que se haga de modo escandaloso. No se sanciona aquí la

(13) González de la Vega, Francisco.-Op.cit.-Pág.320.

(14) Jiménez Huerta, Mariano.-Cita a Martínez-Pereda.-Op.cit. T.V.-
Pág.189.

invitación sino el ultraje inferido a la moral pública cuando la invitación se hace de dicho modo, es pues, un elemento puramente normativo. "Debo tenerse en cuenta para valorarlo tanto el hecho en sí como su repercusión circunstancial -valoración ética y valoración social- si bien esta última es la prevaleciente." (15)

El término "modo escandaloso" encierra una valoración social de la conducta, no es un resultado de la misma. Lo que importa es que la invitación al trato sexual se haga a través de cualquier medio de publicidad, obteniendo trascendencia pública.

Por otro lado, los párrafos edicionados contemplan, primero, la disolución de la sociedad o empresa en caso de reincidencia, refiriéndose estrictamente a la fracción I, y en su caso a la II, pues, se comprende que esta sociedad o empresa será la que fabrique, reproduzca o publique los escritos, imágenes u objetos obscenos, así como la que los haga circular. Se provee así la invasión masiva de obscenidades en la sociedad; segundo, la no aplicabilidad de este precepto a conductas que tengan un fin de investigación o divulgación científico, artístico o técnico. Nuevamente deberá participar el juez determinando si una conducta desvía o rebasa la intención de sus fines de investigación y educativos para caer en una actividad obscena, o si en verdad contribuye al progreso en los ámbitos mencionados.

Dado el carácter variable de la noción de buenas costumbres y de moral pública, según sea el ambiente o grado de cultura de una comunidad determinada, es necesario dejar a los jueces el cuidado de determinar cuáles actos pueden ser considerados como inmorales, obscenos o contrarios al pudor público. Deberá interpretar lo que el común de las gentes entiende por obsceno u ofensivo al pudor, no pudiendo recurrir a reglas ni procedimientos de comprobación. Pero esto no signifi

(15) Carrencá y Trujillo, Raúl.-Op.cit.-Pág.495.

ca que no atribuya a los jueces una facultad arbitraria, ya que el juez no deberá perder de vista que sus decisiones se han de pronunciar de acuerdo con el principio de la moralidad que impera en un momento dado en la sociedad y en relación con las constancias de autos, pues de otra manera incurriría en violaciones de garantías en perjuicio del acusado.

La ley penal no tiene la función moralizante de nuestra sociedad sino que debido a los cambios de las pautas de valoración de la conducta sexual, el Derecho Penal procura adaptarse a las nuevas realidades sociales con la meta de integrar tales cambios en su estructura de un modo adecuado.

IV. DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y
EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL.

1.-la sistematización adoptada por el Código Penal vigente en el Título Decimoquinto de su Libro Segundo, destinada a distinguir hechos distintos por ser también diverso el bien objeto de protección, era en principio preferible al dominante en el exterior. El criterio orientador estaba dado por el propósito de agrupar bajo el denominador común de "sexuales", a las acciones que se originan más directamente en el instinto sexual, para dejar fuera aquellas en las que, si bien existe cierta correlación con la vida sexual de las personas, se presentan otras connotaciones más vinculadas a la tutela de intereses prioritariamente colectivos.

El término "delitos sexuales", usado por nuestro código, fue fuertemente criticado por diversos doctrinarios de la materia penal por considerarlo una denominación "scremente censurada, porque equivale a realizar una clasificación que se hace descansar en un punto de vista meramente fisiológico y no jurídico, ya que si bien es cierto que todas estas figuras tienen una vinculación con un acto .. sexual, lo esencial en la clasificación manejada por nuestro legislador, es el bien jurídico tutelado y no podemos decir que éste sea un acto sexual o el sexo mismo, sino que en ocasiones es la libertad en el ámbito de lo sexual, o bien el desarrollo psico-sexual, ..., de tal suerte que clasificar todos los delitos en cuestión desde un punto de vista puramente fisiológico, no es una clasificación que reúna atributos de técnica jurídica." (16)

El estupro, la violación, el incesto, y demás delitos que se contemplan en este Título penal, tienen un móvil ó hecho material sexual, sin embargo, sería absurdo pensar que la ley tutela los caracteres sexuales del ser humano; el derecho lesionado es el indicador del bi

(16) Cárdenas Arizmendi, Enrique.- APUNTA MIENTOS DE DERECHO PENAL.-2a.ed. Cárdenas Mitor y Distribuidor, México 1976.- Pág.147.

en jurídico tutelado, y en ninguno de estos delitos se trata de proteger las partes sexuales de los sujetos (lesiones), ni siquiera el correcto comportamiento sexual de los mismos (podría caerse dentro del tipo de ultrajes a la moral pública); el objeto bien jurídico protegido por la ley, es la institución amparada por la misma y afectada por el delito. De tal suerte que, en estos delitos, se protege la libertad sexual, en principio.

Así, la 54a. Legislatura deroga el término "delitos sexuales" y aprueba el de "delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual", término que engloba todos los bienes jurídicos tutelados por los delitos tipificados en este Título Decimoquinto penal (reservando mi opinión de los delitos de incesto y adulterio).

Es importante destacar que no se tutela la libertad de ir y venir (de locomoción), sino la libertad de optar, de albedrío, de toda persona a poder elegir la manera que le acomode de llevar su vida sexual, sin llegar a infringir las normas penales. En este sentido, la libertad constituye un estado psicológico o espiritual de toda persona que satisface sus necesidades de esta índole.

La libertad es atacada si se ponen impedimentos a la formación de la voluntad o si se la sustituye por una formación o actuación ajena. De los delitos que trata el Título referido, unos constituyen predominantemente un ataque contra la libertad sexual, es decir, contra la libertad del individuo de disponer sexualmente de su cuerpo, ... incluidos los delitos de violación y ... el estupro... delitos en los que la edad menor, la violencia... originan una disminución de la libertad de la ofendida o la anulan por completo." (17)

(17) Cuello Calón, Rupénic.-Derecho Penal. T. II, Vol. 2o.-14a. edición.

Ed. RCSCH, Casa Editorial, S.A., Barcelona, España, 1975.-Fm. 582-583

En la violación, por ejemplo, la víctima es interrumpida en su lcomoción sorpresiva y momentáneamente, y bajo la coacción física o moral ejercida sobre ésta, se le obliga a copular deñandose, además, su libertad psíquica.

Por otro lado, se tutela el normal desarrollo psicosexual, palabra esta última, que debemos desglosar a fin de saber cuál es en realidad el objeto bien jurídico a que se refiere la tutela:

Dividiendo el vocablo "psicosexual", nos resulta que ésta está compuesta de dos términos; de "psico" que significa: "Elemento compositivo que toma parte en la formación de ciertas voces de nuestro idioma con el significado de 'alma' o 'actividad mental' (psicoanálisis, psicópata)"⁽¹⁸⁾; y de "sexual" que es lo relativo al sexo, el cual lo definimos como: "Conjunto de factores orgánicos o psíquicos que distinguen al macho de la hembra en los seres animados."⁽¹⁹⁾

Resultando, que "psicosexual" está referido "a la parte psíquica o emotiva del instinto sexual."⁽²⁰⁾

Entendemos, entonces, que se protege el normal, natural, desarrollo mental e instintivo, que en el ámbito sexual, deben tener los individuos en general. Proteriéndose a aquellos que por su corta edad carecen de comprensión y de experiencia de este tipo, previniéndose situaciones en las que pudiera verse alterado ese desarrollo y en el que el actor se valga de la inocencia, inconsciencia o sumisión de la víctima para satisfacer su libidine; acción que produciría una paradoja — sexual por la excitación provocada en los niños, de la que podría resultar la desviación, trauma, sexual y mental, por su pronta y anormal experiencia.

Aún cuando la víctima menor de edad, aceptara a las pretenciones

(18) Palomar de Miguel, Juan.—Diccionario para Juristas.—la edición.—Mayo Ediciones S. de R.L., México, 1981. Pág. 1102.

(19) Palomar de Miguel, Juan.—Op. cit.—Pág. 1249.

(20) Idem.—Pág. 1103.

lúbricas del actor no exime a éste de la responsabilidad penal, pues, aquella carece de capacidad psíquica que dá validez a su voluntad. De aquí que no se protege únicamente la voluntad de elegir con quien tener contactos o relaciones sexuales, sino también, "la psíquica capacidad del individuo para válidamente manifestar dicha voluntad en orden a los indicados contactos o relaciones. En uno y otro caso es tutelada la libertad de amar. En el primero, la libertad efectiva; en el segundo, la libertad potencial." (21)

De la cita anterior, nos damos cuenta que los menores de edad no son los únicos que carecen de capacidad psíquica, sino, además, los jóvenes y adultos que en estado de interdicción les falta aptitud para comprender los actos lascivos que se le hacen o se le invitan a hacer, anulando totalmente la eficacia de su voluntad. En este sentido, la seguridad sexual de estas personas está tutelada implícita en el mismo título protector del normal desarrollo psicosexual.

De tal suerte que el equívoco legislativo trata de ser enmendado mediante un título más técnico-jurídico, de acuerdo a las situaciones y bienes jurídicos protegidos por cada uno de los tipos.

Si tuviéramos que dar una definición general de estos delitos, tomaríamos como base la ya dada por el maestro González de la Vega referida a los actos llamados "sexuales": "Son aquellas infracciones en que la acción típica consiste en actos positivos de lubricidad ejecutados en el cuerpo del sujeto pasivo, o que a éste se le hacen ejecutar, y que ponen en peligro o dañan su libertad o su seguridad sexuales, siendo estos los bienes jurídicos objeto específico de la tutela penal." (22)

(21) Jiménez Huerta, Mariano.-Op. cit.-T. III.-Pág.217.

(22) González de la Vega, Francisco.-Derecho Penal Mexicano.-13a.edic. Editorial Porrúa S.A., México, 1975. Pág. 312.

A esta definición, nosotros añadiríamos que lesiona igualmente - el normal desarrollo psicosexual del mismo sujeto pasivo, con lo que se complementaría el cuadro de bienes tutelados por estos delitos.

2.-El mismo Título Decimoquinto del Código Penal, sufrió importantes cambios en su capitulado, tales como la derogación del destinado al rapto, la tipificación de un nuevo delito (Hostigamiento sexual) de los cuales hablaremos en su momento oportuno; por lo pronto sólo nos limitaremos a comentar que el vocablo "atentados al pudor" ha sido eliminado, y el delito tipificado por el artículo 260 e igualmente por el 261, toma ahora el nombre de "Abuso sexual", de cuyo análisis - también nos ocuparemos posteriormente.

Sólo podemos decir que el empleo de la palabra "pudor", en nuestra ley, era igualmente censurable al no corresponder al bien protegido - por el tipo penal. Como veremos en el siguiente capítulo, el bien jurídico tutelado por estos artículos son la libertad, la seguridad y - el normal desarrollo psicosexual del sujeto pasivo, pero nunca se tutela el pudor mismo.

Para justificar lo dicho, definimos al pudor como un: "Sentimiento de recato, reserva o vergüenza hacia lo que tiene relación con el sexo." (23) y su naturaleza psicológica ha sido examinada por sociólogos y psicólogos como "Spencer, Sergi, James, Mantegazza y Ribot, los - que han llegado a esta conclusión: 'El pudor es el resneto físico de nosotros mismos'. El estado emocional llamado pudor, se ha considerado como un compuesto de emociones primitivas, 'como la expresión particular de movimientos concéntricos defensivos, que procede de una tendencia a cubrir o disfrazar ciertas partes del cuerpo'." (24)

(23) Díaz de León, Marco Antonio.- Op. Cit.-Tomo II. Pág. 1449

(24) Sodi, Demetrio. Cita a los sociólogos mencionados.-Op.cit.-Pag.432.

El pudor es, entonces, un sentimiento adquirido, del cual los niños y pueblos primitivos están desprovistos; con la edad y por las costumbres sociales se obtiene esa vergüenza de mostrar el cuerpo, o ciertas partes del cuerpo, desnudo.

Luego, entonces, si acordamos que los niños no poseen pudor, es lógico que tal denominación indicaba que el tipo penal tomaba como sujetos pasivos a los que sí lo tienen, los púberes, los adultos. En este sentido creer que el tipo tutelaba el pudor era falso toda vez que el delito contemplado en los artículos antes mencionados puede cometerse contra impúberes, o sea, impudorosos.

Aun más, adultos que han perdido el sentido del pudor pueden ser víctimas de este delito; ejemplo clásico es el de la prostituta, que por la vida pública que lleva no tiene recato en mostrarse semidesnuda, sin embargo, esto no le priva de su derecho a ser respetada su libertad de aceptar o rechazar un postor, pudiendo ésta adquirir el carácter de sujeto pasivo; se tutela, pues, su libertad sexual, más no su falta de pudor.

3.- Los artículos referentes al delito de violación, se vieron también afectados por estas reformas. El artículo 265, que define a este delito como la cópula con persona de cualquier sexo mediante la violencia física o moral, conserva intacto su primer párrafo y la pena señalada por la comisión de tal delito, de ocho a catorce años de prisión.

Se le adiciona un segundo párrafo en el que se plasma el concepto que nuestros legisladores dan al vocablo "cópula", única y exclusivamente aplicable a este artículo, el cual dice: "Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo".

Se amplifica el término de cópula que deberá interpretarse, no sólo como el momento en que el órgano sexual masculino penetra en el orificio vulvar femenino; sino como "todo acto por el cual el órgano-genital de una de las personas... es introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo". (25) En este sentido, entenderemos por vía anormal, la penetración del miembro viril en un lugar distinto de la vagina de la mujer (boca, ano), zonas que impiden la realización normal del coito pero que sirven para realizar un acto equivalente al mismo.

Se responde, así, a la tesis sustentada por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de que "en el delito de violación, el elemento cópula debe tomarse en su más amplia acepción, o sea, cualquier forma de ayuntamiento o conjunción carnal, normal o anormal, con eyaculación o sin ella; y en la que haya habido la introducción sexual por parte del reo, aun cuando no haya llegado a realizarse completamente". (26)

Un tercer párrafo, modifica la prisión "de uno a cinco años" que aumenta "de tres a ocho 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". La sustitución del pene por otro elemento o instrumento puede responder a diferentes causas, entre ellas, por ejemplo, el estado afectoso del actor, incapacidad sexual del mismo, etcétera. Lo importante es determinar que este párrafo tutela la libertad sexual de las personas al castigarse, no sólo el que se introduzca cualquier elemento o instrumento, sino el medio violento con que se realizó, sin contar el peligro de daño o el daño que pudiera resultar por la introducción del objeto, más aun cuando éste reune características lesivas.

(25) Porte Petit, Candaudap, Celestino.-Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación.-1a. edición. Editorial Jurídica Mexicana. México 1966. Cita a Manzini. Pág. 17.

(26) Porte Petit Candaudap, Celestino.-Op. Cit.-Pág. 19.

El artículo 266, en esencia, no presenta cambios en el tipo, únicamente establece la equiparación de las figuras que presenta a la violación, y al fraccionamiento de las mismas.

"ART. 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; y

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

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en una mitad."

Lo mismo sucedió con el artículo 266 bis, que fue fraccionado en las figuras agravantes de la violación y que se aplican igualmente para el abuso sexual.

"ART. 266 bis.-Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

I. El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas;

II. El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquel, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasío de la madre del ofendido - en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciera sobre la víctima;

III. El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión el -

condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión; y

IV. El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada."

Apresiamos, en este artículo, la adición de su última fracción, en la que se prevee la agravante de la traición empleada por el actor - que viola la fe o seguridad prometida a su víctima.

V. DE LA PRIVACION DE LA LIBERTAD (EL RAPTO).

El Capítulo II del Título Decimoquinto de nuestro Código Penal, destinado a tipificar el delito de rapto, fue derogado, así como también fue eliminado el término "rapto" de nuestra ley penal. Tal decisión obedece a que nuestros legisladores hacen caso de aquellas tesis que sostienen que el bien jurídico que protegía aquél delito era la libertad del individuo, concretamente, la libertad de locomoción.

Por tal motivo, se adiciona dentro del Título Vigésimoprimer, - que sanciona la privación de la libertad y de otras garantías, el artículo 365 bis, que a la letra dice: "Al que prive ilegalmente a otro de su libertad con el propósito de realizar un acto sexual, se le impondrá pena de uno a cinco años de prisión.

Si el autor del delito restituye la libertad a la víctima sin haber practicado el acto sexual, dentro de los tres días siguientes, la sanción será de un mes a dos años de prisión.

Este delito sólo se perseguirá por querrela de la persona ofendida."

De tal manera que el tipo que establecía el artículo 267, del -- rapto, pasa a ser una modalidad de los delitos privativos de la libertad que, al igual que el secuestro, lo caracteriza el motivo principal de la ilegal privación de la libertad. En este sentido, el secuestro -- está determinado por el fin de obtener un lucro, rescate, a cambio de la libertad de la persona detenida; así, el fin que se persigue y que caracteriza al tipo del artículo 365 bis es el de realizar un acto sexual.

El romántico motivo de la comisión del rapto, "para casarse", desaparece favorablemente, toda vez que este motivo carece de trascendencia jurídica y social, la época romántica del rapto para casarse -- con la mujer querida ha pasado y la sociedad ha motivado su supresi-

ón de esta figura de la ley, toda vez que su moralidad y costumbres - cambian creando situaciones que hacen obsoletas algunas normas jurf dicas.

Nosotros, no podemos decir más que las tesis que pedían la exclu sión del rapto de los delitos antes denominados sexuales, eran justifi cadas, pues, el término sexual, como ya comentamos, estaba mal emplea- do, interpretándose erróneamente en el sentido fisiológico.

El actual Título Decimoquinto, tutela la libertad y el normal de sarrollo psicosexual de las personas, en cambio, el artículo 365 bis - tutela exclusivamente la libertad locomotora de los individuos a qui enes se les intenta practicar, o, hacerles practicar un acto sexual. Es to es, el aspecto sexual es secundario en importancia, que se practi- que o no el acto de esta naturaleza pasa a segundo término, protegien dose prioritariamente la libertad individual de la víctima, aspecto - que da autonomía típica a esta figura penal.

En este sentido, y sin embargo, con la reforma del citado Título- Decimoquinto penal, podría aceptarse la tipificación de esta figura - en su capitulado, esto, si tomamos en cuenta otras tesis que sustentan la idea de que el bien jurídico que protege esta figura es la liber- tad sexual. Tal es el caso del maestro Jiménez Huerta, quien afirma -- que resulta "evidente que el delito de rapto tutela la libertad sexu al, en cuanto concreción o especialización del bien jurídico de la li bertad, pues la lesión que la acción ejecutiva ocasiona está impulsada en el agente por la finalidad de satisfacer un deseo..sexual.." (27)

No obstante, es cierto que para la comisión del tipo establecido por el 365 bis, es indispensable la sustracción o retención (formas -

privativas de la libertad) del sujeto pasivo, acción que produzca la inmersión de dicho sujeto a una vida habitual distinta a la que normalmente mantenía, y contra su voluntad; así mismo, el cambio sufrido en la vida del sujeto entraña una exigencia temporal, o sea, la privación ilegal de la libertad debe prolongarse por un tiempo necesario para poder concluir que realmente ha existido una variación en el normal desarrollo de la vida de la víctima. Porque la permanencia de éste en un lugar por el tiempo necesario para la satisfacción de la libidine del actor no constituye el tipo.

Pero, también, no podemos restar importancia al motivo sexual de tal comisión, pues este fin libidinoso es "lo que da esencia a este delito y lo distingue de otras privaciones de la libertad."⁽²⁸⁾ Del estudio del rapto se había establecido que era una figura "similar a una privación de la libertad pero su distinguo lo encontramos en el elemento finalístico de carácter sexual, que el plagio nunca debe tener. De tal manera que entre el plagio y el rapto existe una relación de género y especie."⁽²⁹⁾ Y en ocasiones el daño psicosexual resulta de mayor trascendencia, principalmente cuando es causado a menores de edad o incapacitados físicos o mentales.

Sin embargo, es atinado el encuadramiento de esta figura dentro de los delitos contra la libertad en vista de que no es indispensable que el sujeto activo consiga lo que se proponía, pues, basta que haya tenido esa intención para que el elemento se dé. Así lo da a entender el multicitado artículo 365 bis, ya transcrito, al decir: "Si el autor del delito del delito restituye la libertad a la víctima sin haber practicado el acto sexual, dentro de los tres días siguientes, la sanción será de un mes a dos años de prisión".

(28) Forte Petit Candaudap, Celestino.-Ensayo Dogmático Del Delito De Rapto Propio.-1a. edición. Editorial Trillas, México, 1978. Pág. 36.

(29) Gardona Arizmendi, Enrique.-Op. cit.- Pág. 179.

Por otro lado, no estamos del todo de acuerdo en que la persecución de este delito sea por querrela, más aun cuando no se efectuara el acto sexual, toda vez que las figuras delictivas que se contemplan en el Título Vigésimoprimer de nuestro Código Penal son perseguibles de oficio, y aunque este tipo penal es de carácter especial, el bien jurídico protegido es el mismo que en todos los demás, la libertad física de las personas. No se trata de un caso de estupro, por ejemplo, en el que la divulgación pública del caso repercute solamente en el honor y en la vida familiar y social de la víctima, sino que, además, se lesiona su libertad individual física, y es esta garantía constitucional la que debe ser sancionada de oficio.

Por tanto, podríamos aceptar la querrela únicamente en el caso de que la víctima sufriera el ataque sexual, y, claro, contra su voluntad pues la sola aceptación de ésta a las relaciones carnales eliminaría al tipo. Pero en el caso de que no se efectuara la acción libidinosa se perseguiría de oficio, y en nuestra opinión sería aplicable la pena establecida por el artículo 364, fracción I, que es de un mes a tres años de prisión y multa (irrisoria) de mil pesos, cuando la detención dure menos de ocho días; cuando exceda de este tiempo, la pena aumentará un mes más por cada día.

C A P I T U L O T E R C E R O

ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS DELITOS
DE HOSTIGAMIENTO Y ABUSO SEXUAL.

1.-CONCEPTO LEGAL.

El Capítulo Primero del Título Decimoquinto de nuestro código punitivo actual, como indicamos en páginas anteriores, sufrió importantes cambios legislativos. Estos cambios inician con la adición del artículo 259 bis que tipifica el Hostigamiento sexual, figura delictiva que se caracteriza por presentar una serie de aspectos que dificultan su análisis; por ejemplo, emplea el término sexual para dar autonomía a una clase de hostigamiento en el que no se exige contacto físico entre los sujetos del delito, lo que rompe con las normas seguidas por los diversos delitos contemplados en dicho capítulo; por otro lado, el tipo creado exige que, entre dichos sujetos, exista una relación de carácter laboral o de prestación de servicios, donde la subordinación del pasivo sea motivo del actor, por su jerarquía en estas relaciones, para pretender sus objetivos.

La finalidad de la norma penal es la de proteger bienes socio-culturales considerados valiosos en una época y lugar determinados, imponiéndose o prohibiendo al hombre realizar ciertas conductas que pudieran resultar lesivas para aquéllos, en atención a esto, se han creado deberes jurídicos que el hombre está obligado a respetar; tareas, pues, de determinar cuál es el deber impuesto al hombre, y distinguir el bien jurídico protegido en este delito.

Para iniciar el estudio de dicho delito, transcribiremos el concepto con el que nuestra ley penal lo define:

"Artículo 259 bis.-Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción

hasta de cuarenta días multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilizase los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo.

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

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

Propuesto por las Diputadas de la 54a. Legislatura, creemos que dan como objetivo a este delito, el de brindar mayor seguridad de carácter sexual en los centros de trabajo, donde los empleados, obreros o cualquier persona subordinada corre el riesgo de ser elegida por su patrón, o de quien recibe órdenes, para satisfacer su libidine.

Pensaríamos que dicha propuesta responde a una necesidad de protección feminista exclusivamente, dado que la mujer, por su naturaleza, asume el papel de víctima en la mayoría de los ataques de esta especie, más aún tratándose de mujeres que trabajan conjuntamente con los varones, aumentándose el peligro de ser lesionadas física o moralmente. Posiblemente esa fue la intención en un principio, pero el ámbito jurídico protector se amplió al serle indiferente el sexo -- del actor y de la víctima, previéndose que el varón pueda ser victimizado de esta manera.

Sin embargo, no podemos dejar de percibir la posición feminista en la creación de este tipo penal, la que se manifiesta en errores jurídicos desde la denominación de éste, pasando por errores técnicos hasta ponernos en duda sobre su correcto encuadramiento en el Título penal referido.

El precepto transcrito nos muestra el límite de su aplicación, el cual está restringido por la exigencia de una relación laboral -- que deberá existir entre los sujetos. No se trate entonces, de la si-

tuación que pudiera darse en la calle o en otro sitio donde el actor y el pasivo se desconozcan totalmente, o aún conociéndose no tengan el vínculo de subordinación, independientemente de que la conducta sea hostigosa o no. Pero tampoco se exige que dicha acción se realice en el lugar de trabajo o donde se deba prestar los servicios - (oficina, taller, etcétera), pudiendo configurarse en cualquier lugar fuera del ámbito laboral, siempre que la jerarquía del actor resalte sobre la subordinación del pasivo. Resultando que la subordinación es elemento necesario del tipo.

Como elementos constitutivos se presentan: 1o. Un asedio reiterado, siendo un delito de acción en tanto sólo es posible realizarlo con la exteriorización y no mediante la omisión de la conducta, la que será preponderantemente activa, pues la figura delictiva se integra con la realización constante del acoso; 2o. Con fines lascivos, elemento indispensable para su configuración, pues si el fin que se persigue es distinto elimina al tipo; 3o. Contra persona subordinada, característica que revestirá el sujeto pasivo por la obediencia debida a otra persona, derivada de las relaciones de trabajo; 4o. Por otra de superioridad jerárquica, siendo el actor el que ostente esta superioridad por el puesto o funciones que desempeñe, y que por lo tanto tiene voz de mando hacia otras personas; 5o. Determinada por relaciones laborales, docentes, domésticas, u otras que impliquen subordinación, siendo ésta el pretexto del que se valga el actor por su autoridad para pretender obtener los favores lascivos.

De manera especial, se prevee el caso en el que el hostigador - fuese un servidor público, al que se le sancionaría con la destitución de su cargo, en virtud de la trascendencia de sus funciones y responsabilidad ante la sociedad. La base de la paz entre el Estado y

la sociedad es el respeto a los intereses esenciales del hombre, como su dignidad y tranquilidad interna, fundamento de la buena armonía y convivencia pública, intereses que deben hacerse valer contra actos lesivos de los funcionarios públicos.

Cabe hacer mención que se trata de una situación distinta a la que pudiera ocurrir en el delito de abuso de autoridad, el cual resulta del ejercicio de las funciones del servidor público contra cualquier sujeto, sin que sea necesaria una relación determinada entre éstos.

2.-NOCIÓN DE HOSTIGAMIENTO.

Para establecer cuál es el deber jurídico contenido en una norma penal debemos hacer referencia a lo que en forma implícita nos indica la misma. En nuestro estudio particular, en la exposición literal del citado artículo 259 bis, se hace referencia a un asedio reiterado con fines lascivos, luego entonces, el deber jurídico está constituido por la prohibición a la realización de esa conducta.

Toca ahora desentrañar el significado de tres términos empleados en este tipo penal: hostigamiento, que le da nombre a este delito; asedio, y el fin lascivo.

Para ello recurriremos nuevamente al diccionario jurídico:

"hostigamiento.-m-Acción de hostigar.

hostigar. (lat. fustigare)...//Perseguir, molestar a uno, ya burlándose de él, ya contradiciéndole, o de otro modo.

asediar.- (lat. obsidiari)...//fig. Importunar a uno ininterrumpidamente con pretensiones. (su conjugación correcta es: asedio, asedias...)"⁽¹⁾

Del fin lascivo sabemos que está referido a la propensión de los placeres sexuales; fin que caracteriza a este delito " que, suponemos, es motivo por el que pasa a formar parte del articulado de los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

Uniendo los términos transcritos, podemos conceptualizar el hostigamiento como la acción persecutoria, continua y molesta, provista de pretensiones indecorosas que versarán sobre aspectos sexuales.

Del término sexual, al que nos hemos referido en páginas precedentes, recordemos que es lo perteneciente o relativo al sexo, y en este sentido no podemos estar de acuerdo con el calificativo de se-

(1) Palomar de Miguel, Juan.-Diccionario Para Juristas.-1a.edición.-MAYO EDICIONES S. de R.L., México, 1980.- Págs. 678-130.

xual otorgada a este delito, en virtud de que describe inmediatamente el instinto fisiológico que impulsa las conductas humanas, una conducta copulativa, y el artículo citado no contempla ninguna relación fisiológica y mucho menos un resultado de esta especie.

Por ejemplo, si el delito de estupro no ha sido llamado "estupro sexual", aún cuando el tipo correspondiente contempla estrictamente la cópula como requisito de punibilidad, bien pudo denominárselo de esta manera, pero no fue así, pues el mismo tipo penal especifica la conducta sexual del actor sin que se le dé una terminología redundante.

Asimismo, "para que un delito pueda ser denominado científicamente sexual, se requiere:

1o. Que sea objetivamente sexual, es decir, que el resultado de la conducta no la intención del sujeto sea sexual; y
2o. Que el sujeto pasivo del delito sea ofendido sexualmente, es decir, como titular de un bien jurídico sexual". (2)

Si la Cámara Legislativa corrige el error de calificar de sexuales a los delitos del Título Decimoquinto penal, su logro se ve minado por la presentación de una conducta a la que denomina particularmente sexual. Después de estudiar las causas de la derogación del común denominador "delitos sexuales" por el de "delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual", es totalmente contradictorio que nuestros legisladores tipifiquen un delito dándole ese calificativo, y además, es aberrante que después de darle ese calificativo el tipo no contemple ninguna relación o resultado sexual.

Resulta imposible calificar un acto de sexual con base en la simple finalidad del actor, es necesario captar el fin de la volun-

(2) González Blanco, Alberto.-Los Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano.-3a.edición.-Ed.Porrúa S.A., -México, 1974.-Págs.22-23.

tad objetivado con el dato externo.

"Las figuras típicas captan tan sólo los acontecimientos que se realizan en el mundo exterior, pues el delito -como elocuentemente expresa Massari- 'no es mero antojo, veleidad o deseo de un suceso antijurídico, ni sólo determinación, tendencia o impulso al suceso mismo: es voluntad que se actúa; impulso que se exterioriza; pensamiento que se desemboca en una conducta.'...El acto psíquico que no se traduce en un comportamiento externo, esto es, en un *quid exterior*, no es jamás punible."⁽³⁾

En el delito en cuestión, por muy exasperante que sea el asedio, éste no puede producir consecuencias materialmente sexuales por la simple insinuación repetitiva del hostigador, tomando el resultado -caminos que no afectan la vida sexual del ofendido.

Tan es así, que la exteriorización del fin lascivo supondrá una conducta que revestirá una figura delictiva distinta.

Se sanciona, entonces, la conducta hostigosa, el acoso, la acción persecutoria, más no la intensión libidinosa, el fin que se persigue; en tal caso, porqué encuadrar esta conducta en un capítulo donde se tutelan específicamente la libertad, la seguridad y el desarrollo -psicosexual de los individuos.

Pareciera que este delito se tipificara con extrema urgencia; en el que la posición feminista, con el que fue creado, no permitió un análisis eficiente para determinar la utilidad jurídica del mismo, logrando así su correcto encuadramiento.

(3) Jiménez Huerta, Mariano.-Derecho Penal Mexicano.T.I.-3a.edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1980.-Pág.65.

3.-FORMAS DE HOSTIGAR.

La conducta típica consiste en ejecutar un acoso, un asedio, por lo tanto dicha conducta es de acción. Pero cuales son las formas que debe revestir esta conducta reiterativa; la ley no especifica que tal o cual acción constituya hostigamiento, sino que deja abierta la contemplación de cualquier comportamiento con los fines establecidos, sin que constituya delito distinto.

En este sentido, sugerimos las siguientes acciones como posibles conductas hostigosas, a reserva de que en la práctica se presenten otras distintas:

- a).-Cartas no deseadas, llamadas telefónicas;
- b).-Manoseos deliberados, acercamientos, pellizcos;
- c).-Miradas o gestos sugerentes que no son bienvenidos;
- d).-Bromear o comentar cuestiones sexuales; y
- e).-Planear encuentros inesperados.

Todas estas conductas tendrán que ser reiteradas constantemente a fin de causar efectos molestos en el ofendido. Incluimos los manoseos y pellizcos como únicos contactos físicos que pudieran resultar hostigosos, siempre que no se realicen en las partes pudendas del mismo.

Las cartas y telefonemas, son ejemplo de que el hostigamiento puede darse fuera del centro de trabajo, constituyendo una conducta por demás molesta que afecta la tranquilidad del hostigado hasta en su propio hogar. Claro está que éstas deben contener la insinuación o invitación lasciva.

En conjunto, estas formas constituyen presiones para obtener favores sexuales. Ciertamente no son las únicas presiones, pues podemos contar también el aumento de trabajo, trabas en el mismo, retenciones de pagos, pero que aunque conlleven el fin lascivo, tales presiones

están previstas en ley distinta.

Por todo lo anterior, deducimos que el delito es, necesariamente, plurisubsistente, requiriéndose de una serie de conductas dirigidas a la obtención de un sólo fin. Dado que el "delito plurisubsistente es el resultado de varios actos, naturalmente separados, bajo una sola figura;... es fusión de actos..."⁽⁴⁾

Esto es, el hostigamiento sexual puede configurarse tanto con la ejecución de manoseos o gestos sugerentes unicamente, como ser complementado con cartas, telefonemas, o cualquier otra conducta. Lo que realmente importa es que se unifiquen estas conductas para lograr el hostigamiento, y todos con el mismo fin.

Lógicamente, resulta ser también un delito continuado el cual está definido en la fracción III del artículo 7o., de nuestro código penal, al decir: "El delito es: ... Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal."

"En este sentido se dan varias acciones y una sola lesión jurídica. Es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución. Con razón para Carrara la continuidad de este delito debe buscarse en la discontinuidad de la acción. Se dice que el delito continuado consiste: 1o. Unidad de resolución; 2o. Pluralidad de acciones (discontinuidad en la ejecución); y, 3o. Unidad de lesión jurídica."⁽⁵⁾

Surge aquí un problema, determinar el lapso de tiempo entre una y otra ejecución para poder hablar de hostigamiento. La ley nos dice que el asedio debe ser reiterativo, esto es, repetitivo, pero una conducta puede ser repetida con intervalos de varios días sin que llegue a ser hostigosa; entonces la discontinuidad no debe ser excesiva,

(4) Castellanos Tena, Fernando.-Lineamientos Elementales de Derecho Penal.-24a.edición.-Ed.Porrúa S.A., México, 1987.-Pág.142.

(5) Castellanos Tena, Fernando.-Op.cit.-Pág.138.

la acción debe practicarse día a día, ó, más o menos diario, así como varias veces en un sólo día. Pero consideramos que el asedio practicado en un día y posteriormente el actor abandone sus pretenciones, no debe ser sancionado, y sin embargo, el delito está dado; para castigar al actor de éste, debe subsistir la persistencia en sus objetivos, y practicar el hostigamiento en un periodo considerablemente largo, lo suficiente para afectar o dañar al sujeto pasivo.

El ofendido es el primero, sino el único, que puede determinar el momento que los actos constituyen hostigamiento, en virtud de que él reciente directamente el acoso. Sólo él puede sentir el daño, la afectación que esta conducta hostigosa le produzca. Esto lo volveremos a comentar más detenidamente en el apartado del daño o perjuicio.

Por otro lado, el mismo artículo 259 bis, habla de que la jerarquía del actor debe derivar de relaciones laborales, docentes, domésticas u otra que implique también subordinación.

"La subordinación se relaciona al deber, al cumplimiento de ciertos lineamientos que afectan a determinada persona por encontrarse en una situación donde resulta obligada. Por otra parte supone una facultad, esto es, la posibilidad de exigencia, de conminar a un cumplimiento". (6)

En este sentido, la subordinación implica la lógica relación de dos o más personas obligadas entre sí por un contrato o pacto para realizar funciones de trabajo, donde una de ellas va a mandar y otro u otros a obedecer. Pretendo explicar que la subordinación presupone todas las relaciones de trabajo, de docencia, domésticas, que también son actividades de carácter laboral, y todas aquellas relaciones en las que exista esa obligación hacia un jefe o superior.

(6) Briceño Ruiz, Alberto.-Derecho Individual del Trabajo.-Editorial HARLA, México, 1985.-Pág.122.

En tal caso, resulta innecesario que se especifiquen estas actividades, pudiendo haberse establecido solamente "...valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, por la debida subordinación...".

No pensamos que los legisladores den una distinción especial a las relaciones entre una persona y su servidumbre, la dada entre profesores con sus superiores o inferiores, o la del Estado con su personal público, sino, únicamente laboral, porque estas relaciones son de trabajo, reglamentadas por leyes distintas pero al fin son relaciones laborales.

Destacamos la importancia de la subordinación como elemento constitutivo del delito, siendo ésta el vínculo que une a los sujetos, el vínculo que da oportunidad a la creación del hostigamiento "sexual". Ella da una calidad especial al actor y al pasivo: patrón, empleador, jefe, superior, etcétera, y, obrero, empleado, en general, subordinado.

No obstante, la "prestación de servicios tiene un doble aspecto: en un sentido genérico se refiere a la actividad que realiza el ser humano en una empresa o fuera de ella, de esta manera, presta sus servicios, el médico, el abogado, el contador, el arquitecto, el ingeniero, el no asalariado o el técnico calificado, ... En sentido restringido... se limita a la actividad que se lleva a cabo en una empresa- lugar donde se prestan servicios -por una persona física, en beneficio de otra persona física o moral." (7)

Y es en este último sentido, en el que damos la mayor aplicabilidad a este tipo penal, referida a la subordinación de obreros y de más personal que deben obediencia en las horas de trabajo y en lugar de trabajo.

(7) Briceno Ruiz, Alberto.-Op.cit.-Pág.125.

No decimos, ni dudamos, que el hostigamiento sexual no pueda darse en los servicios entendidos en sentido genérico, pero será esporádicamente, pues en estos casos el sujeto pasivo sería el abogado, arquitecto o cualquier otro profesionista cuya preparación superior le ayudará a solventar el problema. En cambio, el trabajador común, el asalariado, el que labora dentro de fábricas, talleres, etc., carece de una preparación suficiente, y no así de necesidades económicas, por lo que tiende a ser presionado e intimidado más fácilmente.

La tutela penal no debe hacer distinciones en las personas, o posición social de aquéllas, pero la misma debe estar orientada a proteger a sujetos más necesitados de ella; asimismo, su aplicabilidad será en los ámbitos donde la infracción penal pueda darse con mayor frecuencia.

4.-EL DAÑO O PERJUICIO.

El segundo párrafo del artículo en cuestión, exige para su puni**bi**lidad previo daño o perjuicio.

Ante tal exigencia, y para hubicarnos en la lesión que pudiera producir este delito, se hacen necesarias las siguientes citas: el mgestro Díaz de León define al daño como: "Perjuicio, lesión o detrime**nto** que se produce en la persona o bienes de alguien, por la acción u omisión de otra persona."⁽⁸⁾; esto es, conceptúa al daño y el perjuicio como sinónimos. Por el contrario, el Lic. Palomar de Miguel, define al perjuicio como: "Ganancia lícita que deja de obtenerse, o deméritos o gastos que se ocasionan por acto u omisión de otro, y que éste debe indemnizar a más del daño o detrimento material causado por modo directo"⁽⁹⁾, de quien podemos interpretar que el perjuicio es una consecuencia del daño directo, y siempre material.

Para nuestro estudio, entenderemos por daño la lesión sufrida - en la persona o bienes de alguien, como consecuencia directa e inmediata de la comisión delictiva; y por perjuicio, los demás detrimentos que pudieran derivarse indirectamente.

La primera parte del tipo penal, regula una conducta que, para producir ese daño, requiere ser ejecutada constantemente, por lo que la realización de esa conducta en dos o tres ocasiones pudiera o no causar efectos dañinos al ofendido. Por ello, y en virtud de que el ofendido es el único que puede determinar el momento en que esa acción llega a ser hostigosa sintiéndose afectado, estimamos que este delito reúne características de un delito de peligro.

(8) Díaz de León, Marco Antonio.-Diccionario de Derecho Procesal Penal. T. I.-1a. edición.-Ed. Porrúa S.A., 1986.-Pág. 543.

(9) Palomar de Miguel, Juan.-Op.cit.-Pág1011.

"Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación,..." ; así reza el principio del artículo 259 - bis, de cuyo examen sobresale que el asedio, en sí mismo, no se le atribuyen caracteres lesivos, toda vez que no se expresa el daño que debe producirse o el interés jurídico que debe ser afectado. De inicio, se sanciona únicamente la conducta hostigosa la que resultaría peligrosa, previendo un mal a futuro. Sería entonces, un delito de mera conducta, y de peligro, previsor de otro u otros de mayores consecuencias jurídicas por el fin que se pretende.

Así, "determinar la naturaleza del delito, según el sentido de la tutela penal, ha de llevar al examen de la descripción de la conducta hecha por el tipo penal, de manera que se tendrá como delito de daño aquél en que la exigencia típica haga necesaria la destrucción o disminución del bien jurídico o del interés del titular, en tanto se calificará de delito de peligro el en que la descripción - típica simplemente considere a efectos de su construcción, la amenaza de destrucción o disminución del bien jurídico". (10) Nuestro delito parecería de lesión por la sola exigencia del daño, pero esto no lo podemos aceptar, pues no define el bien jurídico protegido y, por tanto lesionado.

Si bien el peligro es un resultado, su concepto no debe identificarse con el daño; en éste hay lesión de intereses y en aquél una probabilidad de daño, esto es, un peligro de lesión de intereses.

Por lo anterior, sostenemos la postura de que, si existe un daño en este delito, éste ha de ser producido en el interior de la persona, en su psique, como daño directo e inmediato, pudiendo darse poste-

(10) Pavón Vasconcelos, Francisco.-Los Delitos de Peligro Para la Vida Y La Integridad Corporal.-la edición.-Ed. Porrúa S.A., México 1966.-Pág. 14.

riormente consecuencias materiales. El resultado en esta conducta es psíquico, cuando el constante asedio puede llegar a producir molestia, inseguridad, nerviosismo.

Sin embargo, parece ser que nuestros legisladores requieren de un mal físico, material, palpable para proceder contra el hostigador, al hacer énfasis en la producción de un daño o perjuicio. Esta opinión surge del siguiente razonamiento: Todo delito está destinado a proteger determinados bienes jurídicos que resultan esenciales para la buena convivencia social; no puede tipificarse una conducta si ésta no es lesiva para determinados bienes o intereses jurídicos, por tanto, la comisión de ese delito debe producir forzosamente un daño, una lesión. El delito no se puede concebir sin un daño, sin la lesión de un interés jurídico.

En el hostigamiento sexual, se sanciona la conducta, el asedio reiterado, porque se considera dañino para las personas a las que va dirigido, si no fuera así, qué caso tendría sancionarlo.

Tal vez, se pensó en este requisito tomando en cuenta que cualquier subordinado que se sintiera molestado por su jefe, pueda valer se de este precepto legal con ánimos de venganza, aún cuando la acción actora no constituya hostigamiento, o constituyéndolo, no tenga como meta el fin lascivo; pero si aceptamos que deba producirse un daño material, al darse éste pudiera presentarse un delito distinto a éste, o, se le sumaría, procediendo la acumulación de sanciones.

Imaginemos, por ejemplo, que el daño sufrido se refiera al trabajo del subordinado (trabas para trabajar libremente, en su salario, etcétera), o lo sufra en su dignidad como trabajador y ser humano, en tales casos el hostigamiento sexual desaparecería, dando paso a otro tipo penal que tutele esos intereses, ya que el bien afectado nos indica cual es el bien protegido.

Para nosotros, el resultado es jurídico, entendiendo a éste como "una mutación en el mundo jurídico o 'inmaterial', al lesionarse o poner en peligro un bien jurídicamente protegido.... concluimos que cuando el tipo describe una mera conducta, se produce con tal comportamiento una mutación jurídica, independientemente de que además se realice una mutación en el mundo exterior. Ahora bien cuando el tipo requiere un resultado material, y éste se produce, estamos frente a un resultado jurídico y material a la vez."⁽¹¹⁾ Nuestro precepto legal no es un tipo de resultado material cuando no lo determina.

Como delito autónomo que es el hostigamiento sexual, se sanciona, no porque revele el propósito de intimar sexualmente, sino por el atentado que en sí mismo constituye, así creemos, para la paz y seguridad de las personas. En nuestra opinión, éste es el bien tutelado por dicho delito, el "derecho que tienen todos los hombres a sentirse seguros y tranquilos; su confianza en la potencia protectora del orden jurídico, que les dá seguridad"...; en otros términos la paz jurídica."⁽¹²⁾

Si bien es cierto que los delitos contemplados por el Título Decimoctavo de nuestro código penal, que tutela la paz y seguridad de las personas, que a su vez contemplan la amenaza y el allanamiento de morada como únicos delitos lesivos a estas garantías por anunciar la amenaza de un mal, también es cierto que el hostigamiento puede constituir, y constituye, una intimidación por cuanto puede provocar inseguridad, miedo, nerviosismo, y por ello perturba la paz y tranquilidad del hostigado, asimismo pone en peligro la seguridad del mismo sujeto cuando el hostigamiento llega a realizarse fuera del centro de trabajo, o hasta en el propio hogar del ofendido. Basta la

(11) Porte Petit Candaudap, Celestino.-Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal.-Quinta edición.-Ed. Porrúa S.A., México-1980.-Pág. 328.

(12) Carrancá y Trujillo, Raúl-Carrancá y Rivas, Raúl-Cita a Eugenio Cuello Calón.-Código Penal Anotado.-15a. edición.-Ed. Porrúa S.A. México, 1990.-Pág. 678.

autoridad y el poder de persuasión que tiene el actor como "jefe" - para intimidar al pasivo.

La persecución de este delito ha de ser mediante querrela necesaria, esto lo entendemos por todo lo dicho acerca del ofendido, y por los efectos que en su trabajo produciría la publicidad del caso.

1.-CONCEPTO LEGAL.

"Atentados al pudor", como primeramente se le llamó a este delito, resultó ser un término inadecuado por no ser el pudor de los individuos el bien jurídico objeto de la protección penal, por lo que su derogación fue necesaria. Ahora es nuestra tarea analizar al que lo constituyó, siendo el de "abuso sexual".

Resulta ineludible, y necesario, señalar que hasta antes de las reformas del 30 de diciembre de 1988, y publicadas en el Diario Oficial el 3 de enero de 1989, el artículo 260, de nuestra ley punitiva, definía y sancionaba esta figura delictiva de una manera clara y concisa. Sin embargo, con las reformas mencionadas, este artículo fue dividido, o mejor dicho, este figura fue dividida en dos preceptos penales; tal vez, el motivo haya sido las características que puede reunir el sujeto pasivo, y en tal caso, el bien jurídico lesionado en cada uno de ellos.

Actualmente, el delito en cuestión, está previsto en dos artículos:

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

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad."

"Art.261.-Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue a ejecutarlo, se le aplicará una pena de seis meses a tres años de prisión,

o tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo tiempo.

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

No encontramos razón de tal división de que fue objeto el anterior artículo, si contemplaba las características especiales del sujeto pasivo, qué necesidad había de abarcar otro. No encontramos la necesidad jurídica de ello.

La descripción legal del primer precepto transcrito, define la conducta lesiva generalizando a los sujetos del delito, esto es, no da caracteres especiales a éstos pudiendo ser cualquier persona. En cambio, en el siguiente, se hace mención especial de los menores de doce años de edad y de los incapaces mentales y físicos.

Pero el comportamiento activo es el mismo, si bien con personas distintas, pero es la misma conducta y el mismo fin pretendido.

A nuestro parecer, se debió incluir la circunstancia calificativa del ofendido en un sólo artículo, pues el artículo 261 "no es en rigor un subtipo penal que bien se pudo incluir en el 260. ¿por qué separarlos?". (13)

Es una falta de tecnicismo jurídico, la ley debe ser lo más breve y directa en la tipificación de una conducta, y en nuestro tema no hablamos de diversas conductas delictivas sino de una sólo; la clasificación del sujeto pasivo no debe ser pretexto para dividir un tipo penal.

Empero, doctrinalmente, se estudian ambos preceptos como un sólo delito, y así lo analizaremos.

(13) Carrancá y Trujillo, Raúl-Carrancá y Rivas, Raúl.-Op.cit.- Pág. 239.

Unificando dichos preceptos, encontramos los siguientes elementos constitutivos: 1.-Un acto sexual; 2.-Sin el propósito de llegar a la cópula; 3.-En púberes, impúberes, o incapaces.

De igual manera, para la integración de este delito se requiere que el acto sexual se ejecute: a). Sin consentimiento de persona púber; o b). Con o sin consentimiento de persona impúber, o incapaz mental, que aunque la ley haya prescindido de esta aclaración, creemos -necesaria su mención para el momento de estudiar la subjetividad del sujeto pasivo.

En general, estudiaremos estos elementos en el transcurso de este programa crítico.

"Abuso sexual" es la denominación ahora dada a este figura des
crita, término que a simple vista deja imaginar una conducta referi-
da al ayuntamiento carnal.

Abuso se interpreta como: "Acción de usar de una facultad, de un
poder, de un derecho, de una situación, o de una cosa, más allá de lo -
lícito." (14)

Es el uso excedido en facultades o cosas, y que constituye lesi
ón en perjuicio de alguien.

No repetiremos la definición de sexual, ya estudiado, por resul-
tar tedioso e innecesario; sólo nos limitaremos a formular un concep-
to interpretativo de esta denominación, tomando como base las refe-
rencias del diccionario jurídico.

Entenderemos, entonces, por abuso sexual, la acción ilícita de ca-
racter fisiológica, o referida a los factores orgánicos o psíquicos
que caracterizan al ser humano, en virtud del uso extralimitado de -
un poder, facultad o de una cosa. Por el contrario, de la redacción-
del tipo penal, notamos que la acción típica no corresponde con exacti-
tud a nuestra definición.

Sin embargo, el abuso en este delito debe entenderse como una
conducta en la que el ofendido se ve imposibilitado de repeler por
efectuarse con sorpresa, con intimidación o con el uso de fuerza fí-
sica; o bien por estar imposibilitado físicamente, o por carecer de
entendimiento (por minoría de edad o deficiencia mental), situacione-
s que el actor aprovecha para satisfacer su apetito libidinoso.

Pero no por efectuarse la conducta delictiva en el cuerpo del
ofendido, o se le obligue a hacerlo en su cuerpo o en el del actor,
aún cuando exista el objetivo lascivo, signifique que deba recibir

(14) Palomar de Miguel, Juan.-Op.cit.-Pág.20.

una terminología referida al sexo de los sujetos, pues es una expresión que generaliza toda una serie de aspectos que aluden a la vida sexual del victimado, principalmente, por ser él quien sufra el delito; es una expresión totalmente impropia porque mira a la naturaleza del delito y no, como debiera ser, al bien jurídico tutelado.

De aquí que consideremos errónea la calificativa sexual; por el contrario "abuso" es una palabra que cabe aceptar por interpretar el excesivo y dañino empleo de atributos del actor. No obstante, el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México, parece definir más claramente este tipo penal al llamarlo "Actos libidinosos", y que lo resume en un sólo artículo:

"275. Se impondrán de tres días a un año de prisión y de tres a setenta y cinco días-multa, al que sin consentimiento de una persona púber o inmúber, o con consentimiento de esta última, ejecute en ella un acto erótico sexual, sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula. Se impondrán de seis meses a dos años de prisión y de seis a ciento cincuenta días-multa, si se hiciera uso de la violencia física o moral".

Si bien el término del código estatal tampoco está basado en el bien jurídico protegido, sí describe la acción y la intención actora, sin basarse en la naturaleza de la conducta realizada. Además, es de reconocerse la simplicidad con que fue elaborado el tipo penal en un sólo precepto.

Ahora bien, como primer elemento constitutivo de este delito, - mencionamos "un acto sexual", frase que en nuestro lenguaje ordinario expresamos para hacer referencia a la conjunción carnal, al ayuntamiento sexual. El "acto sexual" sustituye al "acto erótico-sexual", el que fue criticado principalmente por el maestro González de la Vega quien dice que el término "es redundante, pues lo erótico es -

precisamente lo sexual y lo sexual es lo erótico, sin que exista una diversa categoría para lo erótico sexual." (15)

Diversos autores se manifestaron en contra de esta aceveración como es el caso de los Licenciados Cardona Arizmendi y Jiménez Huerta; el primero de ellos dice: "No estamos de acuerdo pues no es verdad que todo lo erótico sea sexual, ya que lo erótico no siempre puede estar referido al amor carnal, así es posible hablar de diversos tipos de amor que no necesariamente entrañan un contenido de carácter sexual, al menos consistentemente: el amor al padre, a la madre, al hermano, a Dios, etc." (16)

Por su parte, el segundo, expresa: "Implica un 'acto erótico-sexual' todo aquél comportamiento externo manifestativo de amor carnal, pues si lo erótico hace referencia al amor y lo sexual a los gustos y deleites de los sentidos, lo erótico-sexual concretamente alude al amor de la carne. Y aunque González de la Vega considera la frase erótico-sexual '...redundante...', el pensamiento de la ley está regido por el propósito de lograr el mayor purismo y la mayor concreción en los conceptos, habida cuenta de que, por una parte, no siempre el erotismo se identifica con el sensualismo, pues si bien lo erótico refiérese y toma su nombre del dios Eros, no puede negarse la existencia de un amor sacro ...divorciado de lo sexual; y, por otra parte, si lo sexual alude al goce y deleite de los sentidos, no necesariamente el sensualismo discurre por el reino de Eros y se expresa en amor." (17)

Lo cierto es que actualmente asimilamos el erotismo con la unión carnal realizado con notable sensualismo; aunque nuestra lengua - castellana dé significados distintos a estas palabras, nuestro voca

(15) González de la Vega, Francisco.-Derecho Penal Mexicano.-13a. edición.-3d. Porrida S.A., México, 1975.-Pág. 342.

(16) Cardona Arizmendi, Enrique-Ojeda Rodríguez, Cuahutemoc.-"Nuevo Código Penal Comentado.-1a. edición. Cárdenas Editor, Méx. 1978.-P. 481.

(17) Jiménez Huerta, Mariano.-Ob. cit. T. III.-Pág. 219.

bulario ordinario, el vulgar, dá igual interpretación.

De cualquier manera, el "acto sexual", en estos preceptos debe ser entendido como "acciones de lubricidad que reciente corporalmente la víctima, tales como caricias, tocamientos o manejos, realizados para excitar o satisfacer, de momento al menos, la libidine, aunque por medios fisiológicos incompletos por ser distintos al ayuntamiento sexual". (18)

Asimismo, si la acción lúbrica debe ser incompleta fisiológicamente, es decir, limitarse a los simples tocamientos o acciones corporales lascivas; además, debe ser incompleta psicológicamente o subjetivamente, en la que el agente, a través de los actos lúbricos corporales, no se proponga en el instante, la consecución de la cópula (segundo elemento constitutivo).

Este carácter psicológico limitativo es el que daba sustantividad propia a los atentados al pudor, y dá al abuso sexual, y permite distinguirlo de otros delitos en que el ayuntamiento es elemento constitutivo. Pero por lo mismo, nos extraña que se haya suprimido el elemento típico "sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula"; porque ahora al decirse, "...sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual..", en la ejecución del acto sexual hay propósito "no importa que diluido o nebuloso: de llegar a la cópula; en virtud de lo cual es tan necesario que dicho precepto sea calificado típicamente de 'directo e inmediato'." (19)

El elemento anímico distinto de la cópula, debe ser elemento clave en la constitución de este delito, pues generalmente se acude a la dirección del ánimo del sujeto activo, para distinguir los actos de este tipo venal de los que constituyen la tentativa de violación; y si no establece la importancia de la intención del actor, el

(18) González de la Vega, Francisco.-Op.cit.-Pág.342.

(19) Carrancá y Trujillo, Raúl-Carrancá y Rivas, Raúl.-Op.cit.-Pág.638.

artículo 260, estará sancionando básicamente la tentativa de violación en referencia a los diversos tipos de ofendidos.

Nunca podrá encuadrarse el ilícito del abuso sexual, cuando el agente activo del delito habiendo pensado llegar a la cópula y habiendo ejecutado todos los actos necesarios e indispensables en ese momento, tiempo y circunstancias personales, no obtiene la cópula, por diversas causas ajenas a él, puesto que entonces, repetimos, nos encontraremos ante la presencia de la modalidad de la tentativa de violación.

3.-LOS SUJETOS PASIVO Y ACTIVO EN EL ABUSO SEXUAL.

Como tercer elemento constitutivo, estudiaremos las modalidades del sujeto pasivo del delito. Respecto del actor, los preceptos en cuestión no le dan carácter especial, pues sólo se limitan a decir: "Al que sin consentimiento.." y "Al que sin el propósito..", por lo que la personalidad actora puede reunirla cualquier persona, de cualquier sexo, que pretenda satisfacer su lujuria. Se ha observado que, generalmente, quienes realizan este comportamiento suelen serlo personas que muestran insatisfacción sexual, ya por inexperiencia, ya por declinación en sus funciones sexuales, y que no encuentran fácil desahogo a sus apetencias lascivas.

Para el estudio del ofendido requerimos de la siguiente división:

a).-Púberes.-El artículo 260 no hace mención de "mújeres", pero se entiende así cuando sólo señala "sin consentimiento de una persona", generalizando a este sujeto, pero debido a la redacción del 261 es lógico pensar que se refiere a aquéllos con aptitud para la vida sexual externa (jóvenes y adultos) y a los que ya han cesado en sus funciones sexuales (ancianos).

Para la existencia de esta modalidad del sujeto se requiere, como condición imprescindible, que el acto se ejecute sin el consentimiento de la persona púber. La ausencia del consentimiento, elemento exigido por ley, puede manifestarse en varias formas, según el estado en que se encuentre la víctima o los procedimientos de ejecución empleados por el autor, a saber:

"-Contra la voluntad libre o expresa del paciente del..-abuso..ejecutándose la acción libidinosa mediante el empleo de la violencia física...o de la violencia moral.. .

-Contra la voluntad indudable del sujeto pasivo, pero sin el empleo de violencias, como en los casos en que el responsable, por la rapidez o agilidad con que ejecuta la maniobra lúbrica, sorprende de improviso a su víctima, sin darle siquiera lugar a oponerse o a evitar la acción.

-Contra la voluntad del ofendido, pero sin violencia ni sorpresa, como cuando se realiza el acto... en personas que no lo consenten, pero que no pueden ofrecer resistencia dada su plena indefensión: paralíticos, enfermos de dolencias debilitantes o imposibilitados de todo esfuerzo, etc.

-En ausencia de la voluntad o conocimiento de la víctima, en que el acto se realiza en personas privadas de conocimiento por circunstancias tales como: el sueño natural, el sueño por influencia hipnótica, el sueño por drogas hipnóticas, los síncope o desmayos, etc. Aquí la acción se realiza, no contra la voluntad expresa del ofendido, pero sí en ausencia de su consentimiento y aun de su conocimiento." (20)

b).-Impúberes, e incapacitados para comprender o resistir el hecho:

Refiérese, primeramente, a los niños, en quienes aún no se han manifestado los fenómenos característicos del desarrollo y de la posibilidad fisiológica de la función sexual, estableciéndose una edad máxima de doce años, edad en la que biológicamente empieza a darse la pubertad. De los incapaces de comprender el significado del hecho contamos igualmente a los imúberes y a los que padecen deficiencias mentales que les niega entendimiento hacia el mundo exterior.

El abuso ha de efectuarse con o sin consentimiento del imúber o del interdicto, pues para la integración del delito no es indispensable la manifestación de éste en razón de que carecen de plena libertad de decisión, por ignorar el significado y consecuencias de los actos lúbricos, y por tanto, carecen de resistencia psíquica. Este elemento subjetivo del ofendido, fue suprimido por la ley al resultar irrelevante la ausencia o la manifestación del consentimiento, simplemente se avoca a sancionar la ejecución del acto sexual; sin embargo, el mismo precepto 261 hace mención de los que por cualquier causa no puedan resistir el ataque, esto es, interpretamos que se refiere a los que sufren indefensión física que les impide repeler la acción, y en estos casos debemos tener cuidado con la edad del sujeto pasivo, pues, si es persona mayor de edad bien puede manifestar libremente su voluntad aceptando los tocamientos. Pero entendemos que el tipo penal está orientado a proteger a indefensos que niegan o no pueden manifestar su voluntad y que no pueden resistir el delito.

Asimismo, el acto lascivo debe realizarse con el mero fin de satisfacer o complacer, de momento, la libidine del actor, mediante actos distintos a la cópula, sin importar que el pasivo haya sufrido excitación o no, la norma penal tutela tanto el respeto a la integridad humana, como a la persona, es decir, su cuerpo.

Con estas modalidades, varían no sólo la composición jurídica del delito, sino la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos penalmente. En el artículo 260, se tutela la libertad sexual de los púberes, por cuanto se lesiona el derecho subjetivo a la libre determinación del ofendido.

En cambio, el 261, tutela la seguridad sexual, el normal desarrollo psicosexual de los niños, pues les puede engendrar "fijaciones - irregulares o desplazamientos aberrantes del instinto sexual que le producirán durante toda su vida grandes trastornos. - Cuando las experiencias sexuales son prematuras -, causan a veces verdaderos traumas psíquicos que lesionan perdurablemente a los sujetos." (21)

Igualmente, tutela la seguridad sexual de los interdictos y de los que no pueden resistir el ataque, por carecer de suficiencia psíquica o física. Típicamente, el sexo del ofendido debe ser indiferente, porque la concupiscencia pervertida puede encontrar desahogo aún sobre el cuerpo de individuos del mismo sexo.

La persecución del delito es de oficio, pero optamos por la que rella como medio más propicio, por la perturbación que un hecho puede causar en la conciencia del ofendido, además de las consecuencias originadas en relación con su familia, las que serán muy significativas y lesivas. Aunada la publicidad del caso, afectando su dignidad y sentimientos humanos.

(21) Idem. - Pág. 349

III. CONCLUSIONES DEL CAPITULO.

1.-Del hostigamiento sexual.

Se ha dado valor jurídico a la conducta observada por quien os tentando un poder de mando de trabajo, pretendiendo satisfacer su apetencia sexual, efectúa persecución con intención lasciva a sus subordinados para obtener su consentimiento.

Las características típicas del delito, forman una figura que presenta dificultad para comprobar su configuración. La conducta puede realizarse en cualquier forma y por cualquier medio, siendo idóneos, pudiendo manifestarse la voluntad actora por escrito o verbalmente, o expresarse de cualquier manera, directa o encubierta. Para el encuadramiento de esta figura, la forma y el medio son indistintos, sin embargo, para la comprobación, se hará necesario la presentación de elementos que prueben realmente el asedio; pero si el actor se ha expresado oralmente, cómo se puede comprobar la manifestación que no se traduce por escrito, sino sólo por grabaciones o por testigos, por lo que el ofendido deberá estar prevenido para el momento en que se vuelva a suceder la acción.

Pero, también requiere del elemento subjetivo del actor, el fin lascivo, y dado que no exige la función corporal fisiológica, el objeto que se persigue sólo puede determinarse por la ejecución de ciertos comportamientos físicos que dejen entrever la intención libidinoso por el lenguaje que los acompaña, o por la forma de realizarse; o bien sólo por la manifestación verbal o escrita.

La calificación de lo que constituye daño o perjuicio atiende a un elemento normativo que corresponde al juez, en atención a las personas y a las circunstancias, a la naturaleza y a los elementos del delito. Debe tener presente que para la realización del daño

es necesario que el hostigamiento libidinoso constriña el ánimo de la víctima, afectando su tranquilidad y limitando su libertad psíquica, las que se manifestarán en alteraciones en su vida cotidiana y en sus funciones laborales. La libertad de determinación está basada en la paz interna, y todo comportamiento humano que afecta esa paz, provoca una lesión para la libertad psíquica; por lo que el hostigado llega a abstenerse de hacer cosas que tenía que realizar, o realiza otras que no debería, por el temor o desagrado de la acción del agente.

De la pena, ésta tiene efectos de multa, por el peligro que entraña la conducta delictiva, sin embargo, creemos necesario establecer, además, una medida de seguridad, pues éstas, "miran sólo a la peligrosidad." (22), en particular, el apercibimiento y, en su caso, caución de no ofender, en virtud del vínculo que une a los sujetos, y por la superioridad jerárquica del actor.

La afectación, por el desagrado o intimidación causada, resultará de poca importancia y trascendencia si se compara con un daño físico; además, se ha previsto una gravedad mínima cuando sólo se castiga monetariamente por faltar a una norma prohibitiva.

Delito doloso, de mera conducta, de peligro particular, y susceptible de darse en tentativa.

(22) Castellanos Tena, Fernando.-Op.cit.-Pág.324.

2.-Del abuso sexual:

En este delito la intención lasciva se manifiesta directamente por la realización del "acto sexual".

No sólo la libidinosa tendencia interna del agente es trascendente en la subsunción típica, sino además, para esclarecer los límites y contornos del delito.

Agravación específica, cuando el sujeto activo no solamente actúa sin el consentimiento, sino que hace uso de la violencia física o moral, se intensifica, a tenor de lo que estatuye el párrafo segundo del 260, la antijuridicidad del comportamiento típico, pues se magnifica la lesión al bien jurídico de la libertad sexual.

Una especial atención debe prestarse por el juez, al fijar la pena impunable dentro de los márgenes legales, a la calidad de la persona ofendida, con fundamento en lo dispuesto en la fracc. III, del artículo 52 penal; pues es indudable que cuando la víctima fuere un niño o un joven inexperto, se lesiona al mismo tiempo su desarrollo psicosexual, su dignidad y sentimientos morales en orden a actos que intuitivamente rechaza por reputarlos viles y afrentosos.

Por tal motivo, considerando un vínculo de unión o parentesco, entre los sujetos, o por la calidad limitativa de la capacidad de la víctima, que prevé el art. 261, no podemos aceptar que exista la posibilidad de que el actor pueda cumplir su pena mediante una medida de seguridad. El mismo juez deberá apreciar la relación de los sujetos, considerado por nosotros como una agravante, por contribuir al deterioro de la unión familiar, y propiciar desvíos sexuales en infantes e incapaces. El tratamiento en libertad o semilibertad, da oportunidad al infractor de volver a delinquir y, quizá, con mayor eficacia.

Para acabar, el precepto 266 bis, establece:

"Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se au^{men}tarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

I. El delito fuere cometido con intervención directa o inmedia^{ta} de dos o más personas;

II. El delito fuere cometido por un ascendiente contra su des^{cen}diente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendi^{do} en contra de su hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ^{ejerciere} sobre la víctima;

III. El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o ^{empleo} público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circun^{stancias} que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el ^{término} de cinco años en el ejercicio de dicha profesión; y

IV. El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendi^{do} bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza ^{en él} depositada."

Son circunstancias que califican el delito por emplear la ven^{taja} (I), alevosía y traición (II y IV), y normalmente la premeditaci^{ón}. La fracción III, agrava el delito cuando ha sido cometido por un servidor público, abusando de su autoridad al emplear los medios y ^{circunstancias} que el puesto le concede.

C A P I T U L O C U A R T O

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LOS
DELITOS DE HOSTIGAMIENTO Y
ABUSO SEXUAL.

I. HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

1.-CONCEPTO LEGAL.

Nuestra ley punitiva, en su artículo 259 bis, ha descrito y conceptualizado el hostigamiento sexual de la siguiente manera:

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

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

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

2.-ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS.

A).-CONDUCTA. El elemento objetivo consiste en practicar insistentemente el asedio, la persecución con intenciones libidinosas contra una persona, pudiendo realizarse esta conducta únicamente en su forma positiva, esto es, la conducta típica es de acción.

AUSENCIA DE CONDUCTA. Conforme al tipo penal en estudio, es indispensable la voluntad del actor para su configuración (fin lascivo), y dada la naturaleza del mismo, sólo consideramos como causa impeditiva de la integración del delito por ausencia de conducta a la "vis compulsiva" o fuerza moral; consistiendo en la presión ejercida sobre un sujeto para que realice un acto prohibido por la ley, donde el actor sí desea el resultado, más su voluntad se encuentra viciada

ya que actúa por medio de la presión moral. Ejemplo, cuando el cumplimiento del mandato garantiza el trabajo necesitado, ó, evita un daño en sus bienes, persona o sus familiares.

Para quienes aceptan al sueño, hipnotismo y el sonambulismo como aspectos negativos de la conducta, apreciaríamos sólo al hipnotismo pues, en tal caso, "el sujeto realiza la actividad... sin voluntad, - por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias." (1)

B).--TIPICIDAD. Cuando una conducta encuadra con la descripción hecha en la ley, decimos que hay tipicidad; hay coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. En el hostigamiento sexual habrá tipicidad cuando la conducta encuadre en el precepto citado anteriormente. Tomando en cuenta, de manera especial, las calidades que deberán reunir los sujetos, exigidas por el mismo.

ATIPICIDAD. Siendo el aspecto negativo de la tipicidad, la atipicidad consistirá en la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. "La atipicidad específicamente considerada puede provenir de la falta de la exigida referencia a las condiciones del sujeto activo, del pasivo, del objeto, del tiempo o lugar y del medio especialmente previsto, así como de la ausencia en la conducta de los elementos subjetivos de lo injusto, y hasta de los elementos normativos que de manera taxativa ha incluido la ley en la descripción típica." (2)

En el delito en estudio, la atipicidad se presentará por:

a). Ausencia de la calidad exigida para los sujetos; la superioridad jerárquica del actor, y la inferior en el pasivo.

b). Cuando existiendo las calidades, el actor sea el subordinado y el pasivo quien ordene. O bien, cuando ambos reúnan una misma calidad.

(1) Castellanos Tena, Fernando. -Lineamientos Elementales de Derecho Penal. -2da. edic. -Edit. Porrúa S.A., México 1957. -Pág. 164.

(2) Jiménez de Azúa, Luis. -Tratado de Derecho Penal. -4a. edic. -Edit. Lozada S.A., Buenos Aires, Argentina, 1963. -Tomo III. Pág. 940.

- c). Perseguir un fin distinto al lascivo.
- d). Cuando no exista subordinación, sea por discrepancia en los puestos de trabajo, ó, por ausencia de relación laboral.
- e). Cuando no existe ofendido, o existiendo, consienta las pretensiones sin que sufra afectación alguna.

C).-ANTI JURIDICIDAD. Para que exista el delito, el hecho, además de ser típico, debe ser antijurídico, siendo la antijuridicidad "la oposición a las normas de cultura, reconocidas por el Estado... o sea aquellas órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus intereses." (3)

La conducta de quien acosa lascivamente, en virtud de su autoridad - por su jerarquía en el trabajo, deberá ser considerada antijurídica - cuando objetivamente contradice o establece un desacuerdo con la conducta debida ordenada por la norma.

El maestro Castellanos Tena define este elemento como "la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal-respectivo." (4)

CAUSAS DE JUSTIFICACION. Puede ocurrir que la conducta típica-esté en aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Estas tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica.

Las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, -son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realidad externa. Aceptamos la obediencia jerárquica como única causa justificante de la conducta delictiva.

D).-IMPUTABILIDAD. La imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad. Para ser culpable un sujeto, primero debe ser-

- (3) Carrancá y Trujillo, Raúl.-Derecho Penal Mexicano.-16a. edición.-Editorial Porrúa S. A., México, 1988.-Pág. 355.
- (4) Castellanos Tena, Fernando.-Op. cit.-Pág. 178.

imputable; debe gozar de salud y desarrollo mental al actuar típicamente, para responder por el ilícito cometido. La imputabilidad implica la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.

INIMPUTABILIDAD. La imputabilidad es soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad, sin aquella no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito. Hemos dicho que la imputabilidad es calidad del sujeto referida al desarrollo y salud mentales; la inimputabilidad constituye así, el soporte negativo de la imputabilidad.

Las causas de inimputabilidad serán, todas aquellas capaces de anular o neutralizar el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carecerá de aptitud psicológica para la delictuosidad. Nuestro ordenamiento penal, hubica en su artículo 15, fracción II, dos hipótesis causas de inimputabilidad, el trastorno mental y el desarrollo mental retardado, exceptuándolas cuando el mismo agente provoca esa incapacidad intencional o imprudencialmente.

E).-CULPABILIDAD. Siendo el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto, y que conlleva, además, una reprobación jurisdiccional de la conducta infractora de la norma, la culpabilidad llega a revestir dos formas: el dolo y la culpa, según el infractor dirija su voluntad, intencional (dolo) o imprudencialmente (culpa), mientras que la ley penal contempla como tercera forma de la culpabilidad a la preterintencionalidad (art. 8, frac. III), cuando el resultado es mayor al deseado por actuar con imprudencia.

Sin embargo, dada la redacción del tipo, sólo es aceptable darse la culpabilidad por su forma dolosa, por la libre determinación del actor de provocar el asedio con los fines determinados.

INCULPABILIDAD. El aspecto negativo de la culpabilidad opera - al hallarse ausentes los elementos esenciales de la misma: conocimiento y voluntad.

Las causas que anularían estos elementos, originando la inculpabilidad, serían el error esencial de hecho, por atacar al elemento intelectual; y la ignorancia, de la que habla el artículo 59 bis de la ley antes citada.

Claro que, debido a la naturaleza del delito en análisis, estas causas de inculpabilidad son casi imposibles de darse, primero, porque el tipo penal prevee un actuar voluntario, y segundo, en virtud de la supremacía del actor sobre el ofendido, aquél no puede obrar erróneamente o con ignorancia, pues, su jerarquía en el trabajo presupone un grado de inteligencia que lo excluye del caso dispuesto por el citado artículo 59 bis. No obstante, sí operaría la via compulsiva por anular la voluntad.

F).-PUNIBILIDAD. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; esto es, la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena por la realización de una conducta delictuosa.

La pena por la comisión de este delito consiste en cuarenta - días multa.

AUSENCIA DE PUNIBILIDAD. La pena, sin embargo, es inaplicable cuando se presentan las excusas absolutorias, "causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena."⁽⁵⁾

La redacción del tipo penal que analizamos no presenta ninguna excusa absolutoria.

(5) *Idem.*-Pág. 278.

G).--CONDICIONALIDAD OBJETIVA. Se ha discutido, el igual sobre la pena, acerca de que si las condiciones objetivas de penalidad son elementos esenciales del delito. La mayoría de los penalistas se han manifestado de manera negativa, pues, alegan de que si las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos.

Jiménez de Azúa nos dice que éstas "son aquellas de las que el legislador hace depender, en una serie de casos, la efectividad de la pena conminada y que por ser extrínsecas e independientes del acto-punible mismo no han de ser abarcadas por la culpabilidad del agente." (6)

Sin entrar en análisis sobre si es o no elemento del delito la condicionalidad objetiva, limitémonos a observar que el hostigamiento sexual tipificado sí presenta una condición objetiva para que la pena tenga aplicación, y ésta es que debe causarse necesariamente un daño o perjuicio, sin importar de qué naturaleza sea, (art. 259 bis -- párrafo segundo).

3.-ELEMENTOS GENERALES Y ESPECIALES.

"Los presupuestos del delito han sido divididos en generales y especiales, y así como pueden señalarse de antemano los presupuestos del delito generales, no pueden mencionarse previamente los especiales, que serán aquellos que requieran en particular cada figura delictiva." (7)

(6) Jiménez de Azúa, Luis.-Op. cit.-T. VII.-Pág. 18.

(7) Perte Petit Candaudap, Celestino.-Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal.-5a. edición.-Porrúa S. A., Méx., 1980. Pág. 258

A).-ELEMENTOS GENERALES.

a).-Clasificación en orden a los sujetos del delito.

a').-Por la calidad y cantidad del sujeto activo:

Cierto es que "la mayor parte de los tipos penales son de sujeto activo indeterminado; para referirse a ellos, empleándose por lo general expresiones tales como 'el que', 'los que', 'quien' o 'quienes', que dan precisamente idea de indeterminación... sin embargo... en algunos casos la posibilidad de ser sujeto agente del ilícito sufre restricciones en cuanto sólo puede serlo aquella categoría de individuos que presenta una connotación especial, sin la cual o el hecho no es delictuoso o se transforma en un ilícito diverso. La primera y más común hipótesis da lugar a los tipos de sujeto indeterminado que, a su vez conforman los llamados delitos comunes; y la segunda, a los tipos de sujeto cualificado, que originan los delitos propios o especiales." (8)

De manera general, el artículo en cuestión, en su primera parte, menciona que la calidad actora sólo puede ser adquirida por quien tenga una categoría o jerarquía de trabajo superior a la del hostigado; y en un segundo plano, de manera especial prevee que el actor - fuese servidor público, por tanto, el sujeto activo en este ilícito - es propio, exclusivo o especial.

Asimismo, y ya que no se requiere la intervención de dos o más sujetos, se clasifica como un delito monosubjetivo o de sujeto único.

b').-Por la calidad y cantidad del sujeto pasivo:

Por lo que toca al sujeto pasivo, el delito es personal, determinado por la debida subordinación al hostigador; igualmente, es singular, pues no se requiere más de un ofendido para que se constituya el delito.

(8) Reyes E., Alfonso.-La Tipicidad.-Universidad Externado de Colombia.-Bogotá, Colombia. 1976.-Pág. 56.

b).-Por la forma de la conducta, y número de actos.

Por su forma, la conducta es de acción, pues, se comete mediante un comportamiento positivo necesario; y, por el número de actos se trata de un delito plurisubistente al poderse configurar el hostigamiento sólo mediante la comisión de diversos actos.

c).-Por cuanto hace a los medios de comisión.

Puede cometerse el ilícito en estudio por medio directo, in directo, físico o moral, y, sólo positivamente.

d).-Por el resultado.

En cuanto a este punto, consideramos estar frente a un delito formal, entendiendo por delitos formales "aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca un resultado externo." (9)

Podría decirse que se trata de un tipo penal de resultado material, pero la exigencia de producción de un daño o perjuicio no presupone la forzosa aparición de resultados materiales. Tal exigencia, es una condición de punibilidad, más no afecta la esencia del delito.

e).-En cuanto al elemento subjetivo.

Es doloso.

f).-En orden al tipo.

a'). Especial cualificado; pues, el hostigamiento sexual nace al agregarle al tipo fundamental, el requisito de relación laboral, de subordinación.

b'). Autónomo o independiente; en virtud de que tiene vida por sí mismo.

(9) Castellanos Tena, Fernando.-Cp.cit.-Pág.137.

c'). De formulación libre, al no señalarse una forma específica de constituir el hostigamiento.

d'). Anormal, por la concurrencia del dolo específico.

g).-Por su penalidad.

Su presencia está condicionada por la aparición de un daño o perjuicio, y consiste sólo en multa de hasta cuarenta días, conforme al citado artículo 259 bis; sin que exista una circunstancia que agrave o atenué la sanción.

h).-Por su persecución.

De querrela necesaria.

i).-Por su competencia.

Del fuero común.

B).-ELEMENTOS ESPECIALES.

Encontramos solamente elementos normativos en este tipo penal, estando ausentes las referencias de tiempo, espacio y medios de comisión.

Norman el ilícito, las calidades de superioridad e inferioridad jerárquica laboral del sujeto activo y del pasivo respectivamente, de igual forma si el agente activo es servidor público; la existencia de una relación de trabajo y, por tanto, la subordinación creada entre ellos. Sin olvidar que el fin perseguido ha de ser el de satisfacer un deseo lascivo.

4.-ELEMENTOS DEL TIPO.

A manera de conclusión.

a).-Conducta, positiva;

b).-Sujeto activo, superior jerárquico de trabajo sobre;

c).-Sujeto pasivo,cualquier subordinado de aquél;

d).-Objeto material,lo es el cuerpo del sujeto pasivo,asediado con fines lesivos;

e).-Resultado,indistinto al no señalarse y definirse la lesión sufrida por el ofendido,repitiendo que,para nosotros, el daño que se presenta directamente por la comisión de este delito,es jurídico en la psique del ofendido.Aunque,aceptamos que el daño material puede darse indirectamente;

f).-Bien jurídico;concluimos que el bien jurídico tutelado por el precepto multicitado,es la paz y seguridad de las personas.

Porque,aún cuando se respeta su integridad corporal,con las constantes insinuaciones se crea una restricción subjetiva en el ofendido,y en vista del vínculo que lo une a su asediante,"constituye una intimidación y por ello perturba su paz y su tranquilidad, aunque no represente un peligro de daño para dicha persona."⁽¹⁰⁾

(10)Carrancá y Trujillo,Raúl-Carrancá y Rivas,Raúl.-Código Penal Anotado.-15a.edic.-Ed. Porrúa S.A.,México,1960.-Pág.678.

II. ABUSO SEXUAL.

1.-CONCEPTO LEGAL.

En un error técnico y jurídico, se ha tipificado este delito en dos preceptos distintos, el cual ya hemos comentado en el capítulo anterior. Por esta razón, requerimos de transcribir los siguientes artículos que albergan al ilícito de abuso sexual.

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

Si hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad.

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

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

2.-ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS.

A).-CONDUCTA. El elemento objetivo del tipo específico está expresado por las palabras "ejecute un acto sexual", actividad que no precisa de un resultado material; la simple realización de la conducta típica agota todo el delito. No existe posibilidad de realizar el ilícito por omisión.

AUSENCIA DE CONDUCTA. Conforme a nuestro Código Penal, en su artículo 15, fracción I, constituye excluyente de responsabilidad el que el agente incurra en actividad o inactividad involuntaria.

Eliminan en este sentido, la voluntad actora, la vis absoluta, ya que el actor "es violentado materialmente (no amedrentado, no cohibido, sino forzado de hecho) no comete delito, es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera."⁽¹¹⁾ También, actúan de forma parecida la vis maior y los movimientos reflejos, porque su presencia demuestra la falta del elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta.

B).-TIPICIDAD. Habra tipicidad en orden al abuso sexual, cuando una conducta coincida en forma precisa con la fórmula de los preceptos citados, con cualquiera de ellos; es decir, cuando una persona ejecute el acto referido por la ley, en los sujetos previstos, y sin el propósito de copular.

ATIPICIDAD. Es fácil concluir en el sentido de que la no integración de los elementos descritos por la ley en los artículos 260 y 261, será motivo para la desintegración del delito por ausencia de tipicidad.

C).-ANTI JURIDICIDAD. La conducta desplegada por el sujeto activo en el delito a estudio, presenta un doble contenido: formal y material. El primero queda constituido cuando el actor transgrede cualquiera de los artículos previamente señalados, ejecutando en la realidad lo descrito en abstracto por dichos preceptos. El aspecto material aparece al ser lesionados los bienes jurídicamente protegidos por los propios dispositivos.

La realización del llamado "acto sexual", constituye la antijuridicidad formal, porque se dá el comportamiento prohibido. El ataque a los bienes jurídicos tutelados, entraña la antijuridicidad material.

(11) Castellanos Tena, Fernando.-Op.cit.-Pág.163.

CAUSAS DE JUSTIFICACION. No encontramos alguna hipótesis en la que pudieran operar como justificantes la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, la obediencia jerárquica o el impedimento legítimo. Sin embargo, el ejercicio de un derecho podría justificar el acto si aceptamos el supuesto de que el agente sea un marido deseoso de su esposa, y ésta se niegue a complacerlo, y aquél actúe creyendo obrar con derecho.

D).-IMPUTABILIDAD. Capacidad de querer y de entender en el actor al momento de ejecutar el "acto sexual", para responder penalmente.

INIMPUTABILIDAD. Puede operar la inimputabilidad por trastorno mental, si el actor, en forma accidental o involuntaria, emplea tóxicos o embriagantes cuya consecuencia sea la inconciencia. Así, también, cuando el agente padezca desarrollo intelectual retardado que le impide comprender lo ilícito del hecho.

E).-CULPABILIDAD. Necesariamente se dá la forma dolosa de la culpabilidad, por exigirlo así el tipo correspondiente, quedando excluida toda posibilidad de comisión culposa o preterintencional.

No es concebible admitir estas dos últimas formas de culpabilidad, pues, se requiere el propósito de saciar, aunque parcialmente, la apetencia sexual, limitada por la ausencia del propósito de copular.

INCULPABILIDAD. Opera el error de hecho esencial e invencible, en el supuesto arriba descrito de la vida matrimonial, en el que el marido al entrar en su recámara, a oscuras, ignorando que su esposa no es la que duerme en su cama, por equis razón, realiza caricias sobre aquella persona sin su consentimiento. Se acepta igualmente la vis compulsiva como excluyente de la culpabilidad.

F).--PUNIBILIDAD. La penalidad para este delito dependerá de la calidad del sujeto ofendido.

De tres meses a dos años de prisión, con aumento del mínimo y - el máximo si se empleare violencia física o moral, si el ofendido es persona púber y sana, física y moralmente, (así lo interpretamos al - hipotizar la acción sobre cualquier persona) de acuerdo al artículo 260; y de seis meses a tres años de prisión, con aumento de dos a -- siete años de prisión si se empleare violencia física o moral, si el acto es practicado contra persona menor de doce años, o persona inca paz de comprender o resistir el hecho, o se le obligue a realizarlo, conforme al precepto 261.

AUSENCIA DE PUNIBILIDAD. No se presentan excusas absolutorias.

G).--CONDICIONALIDAD OBJETIVA. Tampoco se presenta condición al guna para que la pena tenga aplicación.

3.-ELEMENTOS GENERALES Y ESPECIALES.

A).--ELEMENTOS GENERALES.

a).--Clasificación en orden a los sujetos del delito.

a').--Por la calidad y cantidad del sujeto activo:

El actor no requiere de calidad alguna, por lo que este de lito es de agente común; y por su cantidad es unisubjetivo o de suje to único.

b').--Por la calidad y cantidad del sujeto pasivo:

En el primer precepto (260) el sujeto pasivo es imperso-- nal y singular, pero en el siguiente (261), el ofendido adquiere cier ta calidad, la de ser menor de doce años de edad, o padecer incapaci-- dad mental que le impida comprender el hecho delictivo, o tener inca pacidad física para resistir el ataque. Por ello, en este supuesto, el sujeto pasivo es personal, y singular.

b).--Por la forma de la conducta, y número de actos.

Por su forma, el delito es de acción, y por el número de actos, en sentido estricto, es unisubsistente aunque puede ser también plurisubsistente.

c).--Por cuanto hace a los medios de comisión.

Sólo puede cometerse el delito por medio directo, física y positivamente.

d).--Por el resultado.

Es delito formal al no exigirse resultado material, instantáneo, pues se consume con la realización del acto sexual, y es de le sión.

e).--En cuanto al elemento subjetivo.

Es un delito de dolo necesario por la voluntad que el agente tiene de cometer el acto lascivo en ausencia del consentimiento de la víctima, o abusando de la incapacidad de la misma.

f).--En orden al tipo.

a'). Autónimo o independiente; pues no requiere para su existencia de ningún otro tipo penal.

b'). De formulación libre.

c'). Alternativamente formado en cuanto a los medios y al sujeto pasivo.

d'). Anormal, por la concurrencia del dolo específico.

g).--Por su venalidad.

Es un delito agravado al emplearse violencia física o moral.

h).--Por su persecución.

De oficio.

i).--Por su competencia.

Del fuero común.

B).-ELEMENTOS ESPECIALES.

No presenta elementos especiales de tiempo, espacio, ni medios de comisión.

4.-ELEMENTOS DEL TIPO.

A manera de conclusión.

- a).-Conducta, positiva;
- b).-Sujeto activo, indistinto o común;
- c).-Sujeto pasivo, cualquier persona (primer supuesto), incapaz física o mental menor de doce años (segundo supuesto);
- d).-Objeto material, el cuerpo del ofendido;
- e).-Resultado, de lesión y formal;
- f).-Bien jurídico tutelado, lo constituye la libertad sexual en el precepto 260, y la seguridad y el normal desarrollo psicosexual - en el artículo 261.

CAPITULO QUINTO

CONCLUSIONES GENERALES

CONCLUSIONES

1.- Del trabajo expuesto, concluimos que el término "hostigamiento sexual" debe ser desechado de plano por no adecuarse a la conducta prevista por el legislador; deduciendo igualmente, que la figura delictiva responde a la tutela de bienes jurídicos pertenecientes a otro capítulo penal.

2.- Por consiguiente, creemos necesario derogar el apenas creado artículo 259 bis, por haber sido elaborado en un ambiente más de política que jurídica, respondiendo a un clamor tendencista.

3.- De querer prevenir un ataque de carácter sexual, debe tutelarse bienes distintos a aquél, puesto que todavía éste no ha sido lesionado. En tal caso, el tipo penal que referimos debe ser adicional dentro del Título Decimoctavo del código de la materia, que ampara la paz y seguridad de las personas.

4.- De su aplicabilidad, dudamos que tenga gran trascendencia; primero, porque de darse el hostigamiento, deberá sufrir daño el ofendido para sancionar al actor, y si aquél no demuestra la lesión sufrida el hostigador quedará excluido de toda responsabilidad; y segundo, por la relación de subordinación, pues el ofendido dudaría en querrellarse a riesgo de perder su empleo, ya que al agente sólo se le multaría creando resentimiento contra el quejoso.

Por ello, la multa debe ir seguida de un apercibimiento, pues el agente por su calidad determinada, está en disposición de volver a delinquir.

5.- No debe emplearse términos que más que todo dan espectacularidad al delito, como "abuso sexual", denominación que el común de la gente escandaliza por dar idea de un ataque agresivo sexual (como el de una lesión). No debe usarse términos que llamen la atención, sino buscar palabras que se identifiquen y den noción de la figura prevista en el tipo penal.

6.- Es inútil sustituir el "atentado al pudor" por "abuso sexual", si éste no responde tampoco al bien jurídico protegido por los preceptos 260 y 261 de nuestro Código Penal.

7.- Al hablar de preceptos distintos, parece que hablamos de delitos distintos, pero no es así, el abuso sexual es un acto lesivo que se practica en personas distintas, pero al fin de cuentas es la misma actitud infractora. Proponemos la unificación en un sólo precepto de esta figura penal, calificando en él mismo al sujeto pasivo y señalando la agravante para cada caso.

B I B L I O G R A F I A

- 1.-Briceño Ruiz, Alberto.-DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO.-Edit. HARLA, México, 1985.
- 2.-Cardona Arizmendi, Enrique.-AFUNTAMIENTOS DE DERECHO PENAL.- 2a.edic.-Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1970.
- 3.-Cardona Arizmendi, Enrique, y Ojeda Rodríguez, Cuahutemoc.-NUEVO CODIGO PENAL COMENTADO.-1a.edic.-Cárdenas Editor, Méx. 1978
- 4.-Carrancá y Trujillo, Raúl.-Derecho Penal Mexicano.-Ed. Porrúa S.A. de C.V.-16a.edic., México, 1988.
- 5.-Carrancá y Trujillo, Raúl; Carrancá y Rivas, Raúl.-CODIGO PENAL ANOTADO.-15a.edic.-Ed. Porrúa S.A. de C.V., México, 1990.
- 6.-Castellanos Tena, Fernando.-PANORAMA DEL DERECHO MEXICANO ./-- Universidad Nacional Autónoma de México, 1a.edic. México, 1965.
- 7.-Castellanos Tena, Fernando.-LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL.-Ed. Porrúa S.A. de C.V.-24 edic., México, 1987.
- 8.-Guello Galón, Eugenio.-DERECHO PENAL/t. II-Vol. 2º.-14 edic.- Ed. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, España, 1975.
- 9.-Díaz de León, Marco Antonio.-DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL-PENAL/t. I y II.-1a.edic.-Ed. Porrúa S.A. de C.V., México, 1986.
- 10.-Franco Villa, José.-EL MINISTERIO PUBLICO FEDERAL.-Ed. Porrúa S.A. de C.V.-1a.edic., México, 1985.
- 11.-González Blanco, Alberto.-LOS DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.-3a.edic.-Ed. Porrúa S.A. de C.V., México, 1974.
- 12.-González de la Vega, René.-COMENTARIOS AL CODIGO PENAL.-1a.-edic.-Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1975.
- 13.-González de la Vega, Francisco.-EL CODIGO PENAL COMENTADO.-- 2a.edic.-Ed. Porrúa S.A. DE C.V., México, 1989.
- 14.-González de la Vega, Francisco.-DERECHO PENAL MEXICANO.-13a. edic.-Ed. Porrúa S.A. de C.V., México, 1975.

- 15.--Jiménez de Azúa, Luis.--TRATADO DE DERECHO PENAL/t. I y III--Ed. Lozada S.A.--3a. Edic.--Buenos Aires, Argentina, 1963.
- 16.--Jiménez Huerta, Mariano.--DERECHO PENAL MEXICANO/t. I, II, III--y V.--5a. edic.--Ed. Porrúa S.A. de C.V., México, 1981.
- 17.--Maggiore, Giuseppe.--DERECHO PENAL/Vol. IV.--Ed. Temis Bogotá - 1972.
- 18.--Martínez Roaro, Marcela.--DELITOS SEXUALES.--1a. edic.--Ed. Porrúa S.A. de C.V., México, 1975.
- 19.--Palomar de Miguel, Juan.--DICCIONARIO PARA JURISTAS.--1a. edic. Mayo Ediciones S. de R.L., México, 1981.
- 20.--Pavón Vasconcelos, Francisco.--LOS DELITOS DE PELIGRO PARA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL.--1a. edic.--Ed. Porrúa S.A. de C.V., México, 1966.
- 21.--Porte Petit Candaudap, Celestino.--APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL.--5a. edic.--Ed. Porrúa S.A. de C.V. - México, 1980.
- 22.--Porte Petit, Candaudap, Celestino.--ENSAYO DOGMATICO DEL DELITO DE RAPTO PROPIO.--1a. edic.--Ed. Trillas, México, 1978.
- 23.--Porte Petit Candaudap, Celestino.--ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION.--1a. edic.--Editorial Jurídica Mexicana - México, 1966.
- 24.--Reyes E. Alfonso.--LA TIPICIDAD.--Universidad Externado de - Colombia.--Bogotá, 1976.
- 25.--Rodríguez Manzanera, Luis.--VICTIMOLOGIA.--Ed. Porrúa S.A. de - C.V., México 1988.
- 26.--Romo Medina, Miguel.--CRIMINOLOGIA Y DERECHO.--Universidad -- Nacional Autónoma de México.--1a. edic., México, 1979.
- 27.--Sodi Demetrio.--NUESTRA LEY PENAL.--2a. edic.--Ed. Librería de la Vda. de Ch. Bourret, México, 1918.

- 28.-V. Castro, Juventino.-EL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO.- -
Ed. Porrúa S.A. de C.V.-7a.edic., México, 1990.
- 29.-Vasconcelos, José.-BREVE HISTORIA DE MEXICO.-Compañía Edi-
torial Continental S.A.-2a.edic., México, 1976.