

729  
25.



Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

"ANÁLISIS CRÍTICO DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL A LA LUZ DE LA REALIDAD SOCIAL MEXICANA".

T E S I S  
QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A  
ELOY EDUARDO PELAEZ

ASESOR: LIC. OCTAVIO GARCÍA ALONSO



MEXICO, D. F.

1993

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis 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.

## I N D I C E

PAGS.

- INTRODUCCION.

- CAPITULO I.

EL DELITO.

A) CONCEPTO	5
B) DESARROLLO HISTORICO	6
C) ELEMENTOS	10

- CAPITULO II.

LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL

DESARROLLO PSICO-SEXUAL.

A) ESTUPRO	25
B) VIOLACION	39
C) HOSTIGAMIENTO SEXUAL	63
D) ABUSO SEXUAL	71

- CAPITULO III.

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL

A) LA CONDUCTA, ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL	83
---	----

	PAG.
B) MEDIOS COMISIVOS DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL	84
C) CLASIFICACION DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN ORDEN A LA CONDUCTA	85
A) DISTINCION ENTRE TIPO Y TIPICIDAD	88
B) ELEMENTOS DEL TIPO EN EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL	90
C) CLASIFICACION CON REFERENCIA AL TIPO	93
A) LA ATIPICIDAD EN EL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL.	95
B) CONCEPTO DE ANTIJURIDICIDAD	101
C) LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL.	102
- CAPITULO IV. RAZONES PARA DETERMINAR LA UBICACION DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL COMO DELITO.	127
- CONCLUSIONES	142
- BIBLIOGRAFIA	144

## HOSTIGAMIENTO SEXUAL

### INTRODUCCION

Nos encontramos en el estudio del presente delito - - aportando críticas objetivas, ya que hasta la fecha en las - estadísticas obtenidas en el Tribunal Superior de Justicia - del Distrito Federal, y en estadísticas de la Procuraduría - General de Justicia del D.F., dicho delito no se a configura do y por consiguiente determinar una averiguación previa y - ha sido motivo de reserva.

El delito a estudio incorporado en el Código Penal en el art. 259 bis, se deriva de una iniciativa presentada por un grupo de mujeres de diversos sectores políticos que ante la petición de empleadas en su generalidad del servicio pú- blico expusieron el problema derivado del comportamiento de funcionarios poco honestos.

La petición de éstas ciudadanas, agrupadas en una aso ciación cívica pro-defensa de la mujer, plantearon el proble ma ante la Cámara de Senadores y ésta a su vez la envió a la Cámara de Diputados quien aprobó en el pleno, de dicha asam- blea, el dictámen enviado por el senado sin previo estudio - de la Comisión de Justicia quién debfa haber analizado el -- proyecto de reforma para incorporar el artículo 259 bis al - Código Penal para el D.F.; ante ésta irregularidad en su for

ma y procedimiento y dictaminado por clamor popular; ha traído como consecuencia el poco o nulo funcionamiento por su característica subjetiva que tiene el ilícito de referencia.

Analizando:

1.- Imposible de comprobar la conducta desplegada por el sujeto activo porque está derivada de la voluntad interna que difícilmente sería aceptada por dicho sujeto.

2.- La finalidad lasciva como elemento característico de este delito, traería como resultado querer encuadrar un aspecto subjetivo, ya que la palabra lascivos derivada de la palabra lascivia, tiene una acepción totalmente ambigua. -- (lujuria)

3.- Si el sujeto activo es servidor público y con su conducta lesiona un bien jurídico tutelado. Se estaría incurriendo en ilícitos establecidos en la ley de responsabilidades del Servicio Público, y si fuere cometido por otros agentes que establece el artículo 259 bis del C.P., existen canales específicos como podrían ser otras modalidades dentro del capítulo de Delitos Sexuales. Por lo que he expuesto en el cuerpo del presente estudio, sugiero que el Legislador abrogue el precepto de referencia y se avoquen al estudio del delito en cuestión cambiando el título y contenido.

## CAPITULO I

### EL DELITO

#### A) CONCEPTOS.

Creemos necesario hacer un somero estudio de lo que es el delito propiamente dicho, antes de pasar al estudio del hostigamiento sexual, exponiendo algunos conceptos Doctrinarios - y Legales, así como de los elementos que a nuestro juicio son su esencia.

Carrara, define al delito de la forma siguiente: "La infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la - seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo -- del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". (1)

Cuello Calón, lo define como: "La acción humana antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena" (2)

---

(1).- Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Tomo I. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1957. 4a. Edición, Pág. 94.

(2).- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1952, 1a. Edición, pág. 47.

## B) DESARROLLO HISTORICO.

En el presente apartado, llevaremos a efecto un estudio integral del desarrollo penal, situando el mismo en las siguientes etapas:

- 1o.- La venganza privada o de sangre.
- 2a.- La venganza pública.
- 3o.- Período humanitario.
- 4o.- Período científico.

### 1o.- VENGANZA PRIVADA.

Como todo ser vivo, el hombre acciona por el impulso de tres fuerzas instintos: de conservación, de reproducción y de defensa.

Posteriormente la convivencia social y los vínculos de sangre hombres, familias y tribus, transportan la reacción de lo individual a lo social. La solidaridad del grupo familiar o social eleva y motiva; y también depura la pugna. El hombre reforzado en su g<sup>ens</sup>; que hace suyo el derecho de la venganza, se siente ya ligado al grupo, no está solo, cuenta ahora con su derecho a ser protegido y vengado, correlativamente, reconoce su deber de proteger y vengar a los suyos y someterse a ellos. (3)

---

(3) Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. Pág. 50



"El Código de Hammurabi, que data del siglo XXIII A.C. contiene caracteres de la venganza privada:

Art. 196.- Si alguno saca a otro un ojo, pierda el ojo suyo.

Art. 197.- Si alguno rompe un hueso a otro, rómpasele el hueso suyo." (4)

## 2o. VENGANZA PUBLICA.

Al organizarse el Estado, éste traspasó a los jueces - el imparcial de las penas, arrancándole así a los ofendidos y limitando el derecho de éstos a la venganza, el sistema procesal; fue organizándose y la pena misma se fue objetivando e independizando del sujeto que la señalaba y aun del que la ejecutaba.

La venganza pública se tradujo en la más cruenta represión y en la máxima inhumanidad de los sistemas a fin de asegurar el dominio de las oligarquías de guerreros y de políticos por medio de la intimidación más cruel. Surgen los calabozos, la decapitación por el hacha, la marca infamante por -

---

(4) Carrancá y Trujillo, Raul. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1988. 16a. Edición. Pág. 101

hierro candente, el garrote y los trabajos forzados y con cadenas etc.

"La crueldad de las penas corporales solo buscaba un fin: intimidar a las clases inferiores. Por ello las penas eran desiguales según las clases. La intimidación aspiraba a mantener intactos los privilegios reales u oligárquicos." (5)

### 3o.- PERIODO HUMANITARIO.

En esta etapa surgen los Derechos Humanos, cuyas máximas fundamentales fueron:

"A.- No deben establecerse más que aquellas penas estrictamente necesarias.

B.- Nadie puede ser castigado sino en virtud de una Ley promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente.

C.- Nadie puede ser acusado, arrestado o preso sino en los casos determinados en la ley con arreglo a las formas en ella prescritas.

D.- La ley debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga." (6)

(5) Carrancá y Trujillo. op.cit.pág. 101

(6) Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México 1974 8a.Edición  
Pág.36

## 40.- PERIODO CIENTIFICO.

En este período el delito es considerado como efecto - de complejos factores, el delincuente es el objeto de la máxima preocupación científica de la justicia. El delito es una manifestación de la personalidad del delincuente, y hay que - readaptar a éste a la sociedad, corrigiendo sus inclinaciones viciosas. La pena como sufrimiento carece de sentido, lo que importa en su eficacia.

En este importante período, la pena no es un fin en sí sino es el medio para un fin, que es la corrección y readaptación del delincuente o, siendo imposible, su segregación, pa-  
ra la defensa de la sociedad.

Además de las etapas anteriores del desarrollo histórico del Derecho Penal, entre la venganza privada y la venganza pública, el Maestro Fernando Castellanos Tena, ubica a la venganza divina, en la cual se estima que el delito es una de -- las causas del descontento de los dioses, por eso los jueces y tribunales juzgaban en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias e imponiendo las penas para satisfacer su ira, logrando el desistimiento de su justa indignación. (-7 )

---

(7 ) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 39

"En esta etapa evolutiva del Derecho Penal, la Justicia represiva es manejada generalmente por la clase sacerdotal. Aparece en muchísimos pueblos, pero se perfila de manera clara en el hebreo esto no debe resultarnos extraño si -- atendemos a que los judíos han sido eminentemente religio---- sos. ( 8 )

C) ELEMENTOS.

En relación con los elementos esenciales, no existe un criterio uniforme de los Tratadistas de la materia en cuanto a una enumeración, y así hay quienes señalan dos, tres, cuatro o más elementos. Estamos de acuerdo en que los elementos esenciales del delito son los siguientes:

- a) Conducta.
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad
- d) Culpabilidad

a) Conducta.- Es el elemento esencial del delito, se le ha llamado también acción, hecho, etc.

La conducta es un comportamiento humano, voluntario, -

---

( 8 ) Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1954. 3a. Edición, pág. 319.

positivo o negativo, encaminado a la producción de un resultado.

La acción "Es una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo que produce alguna mutación en el mundo exterior".

"El acto es la manifestación de voluntad, que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o por no hacer lo que se espera, deja inerte ese mundo externo cuya mutación se aguarda." (9)

"La acción lato sensu sólo puede entenderse para los efectos penales como la conducta humana voluntaria, manifestada por medio de una acción, en sentido estricto o de una omisión". (10)

En la acción se realiza una actividad positiva, se hace lo que no debe hacerse; se actúa violando una norma que prohíbe; en la omisión se realiza una actividad negativa; de dejar de hacer lo que se debe hacer se omite la obediencia a una norma que impone el deber de hacer.

---

(9) Jiménez de Azúa, Luis. Op.cit.pág. 319.

(10) Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit. Pág. 307

En la conducta intervienen dos elementos:

- 1) Elemento Psíquico o Interno.
- 2) Elemento Material o Externo.

1) Elemento Psíquico o Interno.- Sabido es que la conducta es una manifestación de voluntad. La voluntad no sólo es la disposición de tomar posturas o actitudes frente a los objetivos, sino que es también el "Poder Psíquico" que impulsa al sujeto a realizar externamente su ideación. (11)

No debemos confundir la voluntad con la decisión y la intención. La decisión que se hace con base en el conocimiento de un hecho, es la resolución, la determinación de realizar la conducta y el resultado.

Toda realización externa queda fuera del concepto conducta cuando no puede ser atribuida en su causa interna a una voluntad. Así tenemos una variada multitud de movimientos corporales en los cuales no concurre la voluntad, tales son, los denominados actos reflejos y automáticos, donde la excitación de los nervios motores no están sometidos a un control anímico

---

(11) Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit., 398.

también se hablaría de actos; verificados en estado de inconciencia, provocada por cualquier causa y en los cuales las funciones positivas e intelectivas son nulas. (12)

2) Elemento Externo o Material de la conducta. La conducta para que configure su integración completa debe reflejarse en hechos externos; un hacer o un no hacer algo. El elemento material al cual nos referimos, en su especie de acción lo son los movimientos corporales que van, desde la palabra -- pronunciada hasta la emisión de actos complejos; la inactividad (omisión) que es un modo de comportarse frente al mundo - externo entra también en este elemento. (13)

Maggiore, dice al analizar el concepto técnico jurídico de acción, que se necesita: "Una conducta o comportamiento exterior, positivo o negativo. Las determinaciones puramente internas, aunque lleguen a mayor intensidad, no tienen valor en el Derecho si no se manifiestan". (14)

En su manifestación exterior, la acción puede tomar una forma positiva o negativa, según consista:

(12) Cortéz, Miguel Angel. Primer Curso de Derecho Penal, Facultad de Derecho, U.N.A.M., 1959.

(13) Cortéz, Miguel Angel, Op. Cit.,

(14) Maggiore, Giuseppe. Op. Cit. Pág. 320.

- En un movimiento corpóreo, en un movimiento muscular, en un hecho, en una actividad, en un sentido estricto (comisión).
  
- En una inmovilidad corporal, en una inacción muscular en un no hacer, en una inactividad, o como se dice de otro modo en una omisión.

b) Tipicidad.- En este segundo elemento del delito es importante distinguir entre el tipo y la tipicidad.

**Tipo:** Es la figura abstracción e hipotética contenida en la Ley que se manifiesta en la simple descripción de una -- conducta o de un hecho y sus circunstancias.

**Tipicidad:** Es la adecuada exacta y plena de la conducta al tipo.

El tipo lo viene a constituir una figura, un diseño del particular delito.

La tipicidad exige para su conformación un agotamiento exhaustivo de la conducta en concreto, a la descripción abstracta o indeterminada en la Ley.



La acción antijurídica ha de ser típica para considerarse delictiva. La acción ha de encajar dentro de la figura de delito creada por la norma Penal Positiva, pues de lo contrario, al faltar el signo distintivo de la antijuricidad penal, que lo es la tipicidad penal, dicha acción no constituiría delito.

Aceptado en nuestro Derecho "El Dogma Nullum Crimen Si ne Lege" y correlativamente el de que no hay delito sino tipo legal al que corresponda la acción (Artículo 14 Constitucional).

Como elementos integrantes del tipo, distingúense en -- nuestro Derecho: el sujeto activo del delito, indeterminadamente denominado por medio de las expresiones "El que" o "Al que"; la acción con sus modalidades propias, descritas en general con las fórmulas "Haga o deje de hacer" esto o aquello; y por último el objeto material del delito sea aquel sobre el que recae la acción típica y que nuestra Ley denomina otro.(15)

En ciertos tipos, nos dice Carrancá y Trujillo, la acción va seguida de especiales modalidades y el complemento de especiales calificativos: "Sin Derecho y sin consentimiento", "Cosa ajena mueble". A veces el sujeto activo es calificado: "Un ascendiente contra un descendiente", "Un Cónyuge contra otro".

(15) Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cir., Pág. 400.

En la construcción de los tipos la Ley utiliza elementos subjetivos (en el activo o en el pasivo del delito), objetivos y normativos (de valoración jurídica o de valoración -- cultural). En el tipo de estupro es el elemento objetivo la "Cópula"; son elementos subjetivos del pasivo "Mujer menor de dieciocho años" y normativos de valoración cultural "Casta y honesta", "Seducción o engaño". En el tipo de robo es elemento objetivo el "Apoderamiento" y son elementos normativos de valoración jurídica "Cosa ajena, mueble, sin derecho", y "sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la Ley".(16)

c) Antijuricidad.- La antijuricidad es otro elemento esencial del delito. La conducta además de ser típica ha de ser antijurídica, es decir, contraria al orden jurídico.

Entendemos por antijuricidad, la oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado.

Cuando decimos oposición a las normas, no nos referimos a la Ley o, más concretamente, a determinado precepto de esta o aquella Ley. Nos referimos a las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus intereses. Cuando estas normas de cultura son reconocidas por el Estado, la opo

(16) Carranca. Op. Cit., Pág. 401.

sición a ellas constituye lo antijurídico. (17)

Entendido el delito como desvalor jurídico, la conducta humana no significa oposición o infracción a la Ley positiva ya que ésta ni manda ni prohíbe. En el articulado del Código Penal encontramos preceptos y sanciones; no ordenes ni prohibiciones.

Carrancá, había sostenido que el delito era "lo contrario a la Ley; Binding, rechazó esta tendencia y puntualizó enfáticamente "Que el delincuente no viola la Ley Penal, si no se ajusta perfectamente a ella". El Código Penal, expresamente, no prohíbe conductas, sino que se concreta a describirlas.

El delito, escribe Maggiore, no es una acción cualquiera, sino la acción antijurídica; en el Derecho Penal tiene valor absoluto la proposición; sin antijuricidad no hay delito.

Elementos de la antijuricidad:

- 1.- Que la conducta sea típica.
- 2.- Que no existan causas de justificación.

En relación con estos elementos y para que configure el delito, es necesario que la conducta sea típica para que -

(17) Carrancá Op. Cit., Pág. 401.

pueda ser antijurídica, es decir, que el acto sea contrario - al tipo del delito, o sea el encuadramiento que de una manera clara y precisa hace la Ley de éste.

Ahora bien, existen casos en que la conducta, aunque - sea típica, no es antijurídica, o sea cuando opera alguna causa de justificación, verbigracia, la legítima defensa.

d) Culpabilidad.- La culpabilidad, con la conducta, - la tipicidad y la antijuricidad, viene a construir los elementos esenciales del delito.

Se le define como la relación psíquica de calidad entre el autor y el resultado.

Para que la acción sea incriminable, además de ser antijurídica y típica, ha de ser culpable. Ahora bien sólo puede de ser culpable el sujeto que sea imputable.

Imputar; es poner una cosa en la cuenta de alguien lo - que no puede darse sin este alguien; y en el Derecho Penal sólo es alguien que, por sus condiciones psíquicas, sea sujeto de voluntariedad. (18)

(18) Carrancá. Op. Cit., Pág. 402.

Son imputables aquellos sujetos que por reunir las condiciones psíquicas de madurez y salud mental que la Ley reclama, se encuentran capacitados para atender, querer, y responder así, ante el Estado y la sociedad, de sus acciones contrarias al ordenamiento jurídico penal. (19)

Mezger, ubica a la imputabilidad dentro de la contextura esencial de la culpabilidad, considerandola de ella, además del dolo y la culpa. Nos dice: "El dolo y la culpa son tan solo elementos de la culpabilidad, solo formas de la culpabilidad, la imputabilidad del autor.

La culpabilidad es una posición psicológica del sujeto valorada jurídicamente, que lo liga con su acto o resultado.  
(20)

La culpabilidad reviste dos formas: el Dolo y la Culpa.

El Dolo. En esta forma de culpabilidad encontramos -- dos elementos estructurales:

- (19) Cortez, Miguel Angel. Op. Cit.,  
(20) Villarreal Moro, Eduardo. Curso de Derecho Penal. Fa cultad de Derecho, U.N.A.M., México, 1971.

- a) Elemento Volitivo (voluntad).
- b) Elemento Intelectivo.

a) En relación con el elemento volitivo o sea con la función que desempeña la voluntad en el comportamiento humano en la conducta del individuo, fue tema que ya tratamos de hablar de la conducta como elemento esencial del delito.

b) Elemento intelectual: el sujeto para realizar el hecho típico debe conocerlo ampliamente en todas sus circunstancias.

Para ser voluntaria la acción, deberá estar calificada por la dañada intención para reputársela dolosa. Obrará, - - pues con dañada intención aquel que en su conciencia haya admitido causar un resultado ilícito, representandose las circunstancias y la significación de la acción.

El dolo es la expresión más típica de la culpabilidad.

(21)

Florian, define el dolo como la voluntad conciente del sujeto dirigido a un hecho incriminado como delito; y Cuello Calón, como la voluntad conciente dirigida a la ejecución de

un hecho que es delictuoso.

Los elementos constitutivos del dolo son: la previsión del resultado ilícito, la voluntad o decisión de producir ese resultado y la contemplación más o menos clara y completa de las circunstancias de la acción causal. (22)

El dolo presenta cuatro clases:

- 1) Dolo Directo.
- 2) Dolo Indirecto.
- 3) Dolo Indeterminado.
- 4) Dolo Eventual.

1) Dolo Directo.- Se presenta cuando el agente dirige su propósito, directamente a la consecución del resultado.

2) Dolo Indirecto.- Cuando el agente sabe y comprende la realización de su propósito criminal, está ligado a la producción necesaria de otros resultados punibles, sin embargo, no retrocede en su actuar con tal de llevar a cabo el propósito rector de su conducta.

3) Dolo Indeterminado.- Existe cuando el sujeto activo, con fines ulteriores, no se propone causar determinado daño, sino solo producir los que resulten, sin concretizarlos en la mente.

---

(22) Carrara. Op. Cit.. Pág. 98.

4) Dolo Eventual.- El agente no requiere el resultado finalmente causado, sin embargo, lo acepta rectificandolo en su mente, al representarselo como posible sin retroceder en la realización de la conducta.

La Culpa.- La culpa es otro de los grados de la culpabilidad.

Cuello Calón, define la culpa como: "el obrar sin la diligencia debida causando un resultado dañoso, previsible y penado por la Ley". (23)

Mezger, la define como: "la infracción de un deber de cuidado que personalmente incumbe, pudiendo preverse la aparición del resultado. La culpa es la no previsión de lo previsible y evitable, que causa daño penalmente tipificado. (24)

Para Carrara, la culpa es la voluntaria omisión de diligencia al calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho; es la falta de conciencia de la criminalidad de nuestros actos derivada de nuestra negligencia. (25)

(23) Cuello Calón. Op. Cit., Pág. 99.

(24) Citado por Cuello Calón. Op. Cit., Pág. 100.

(25) Carrara. Op. Cit., Pág. 99.



Entre las teorías que explican la culpa destacan:

I.- De la previsibilidad: Hace radicar la culpa en la no previsión de lo previsible. Según esta tendencia, el sujeto no prevee el resultado dañoso, cuando le era posible preverlo si hubiera obrado reflexivamente.

II.- De la previsibilidad y evitabilidad: Para Buin--ding y Busa, la culpa descansa no sólo en el elemento previsibilidad del resultado, sino también en el de evitabilidad.

El resultado, además de previsible, debe ser evitable. De aquí se deriva que el agente no será responsable, si el resultado aún siendo previsible, era inevitable.

III.- De la ilicitud de la conducta: Antolisei, entre otros, define que la culpa se deriva esencialmente de una conducta situada en marcas de ilicitud. Si la conducta es contravencional, el resultado producido y no querido, ni aceptado, es imputable a título de culpa. No se funda la culpa en el factor previsibilidad, sino en la ilicitud de la conducta.

Elementos de la culpa. Analizadas las anteriores teorías, consideramos que actúa culposamente quien sin preveer el resultado, siendo previsible y evitable o habiendo previsto confiado en que no ocurra, produce daño típico penal.

De esta noción se desprenden los elementos siguientes:

- a) Conducta (acción u omisión).
- b) Daño Típico Penal.
- c) Falta de previsión del resultado siendo previsible; o habiéndose previsto, abriga la esperanza de que no ocurra.
- d) Relación de causalidad entre la conducta y el daño causado.

En la imprevisión del resultado, radica la esencia de la culpa y su diferencia con el dolo. El sujeto, apreciando la secuencia normal o regular de los hechos, le era debido -- evitar el daño por ser previsible y evitable, habiéndole bastado observar principios de cuidado, de atención o de reflexión. (26)

[26] Villarreal Moro. Op. Cit.

## CAPITULO II

### LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL.

#### A) ESTUPRO

"Acceso carnal del hombre con una doncella logrado -- con engaño o abuso de confianza (se aplica también, por equi paración legal, a algunos casos de incesto). Se decía tam-- bién del coito con soltera núbil o con viuda, logrado sin -- su libre consentimiento". (1)

El diccionario Jurídico Mexicano, conceptúa de esta -- manera al estupro: "Es el acto ilícito con doncella o viuda deshonestidad, trato torpe, lujuria, torpeza, deshonra; adulterio, incesto atentado contra el pudor violencia, acción -- de corromper, seducción. El vocablo latino estupro, equiva-- le a estuprar violar por la fuerza a una doncella, quitarle -- su honor; contaminar, corromper, echar a perder". (2)

En la actualidad, el artículo 262 del Código Penal pa-- ra el Distrito Federal prevé lo siguiente: "Al que tenga ---

- (1) Diccionario para Juristas mayo México 1981, la. Edición -- pág. 561.  
(2) Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial UNAM, México 1985. Tomo III. Pág. 197

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

El alcance de delimitación del concepto estupro, con independencia de su origen etimológico ha tenido variación -- pues a través del tiempo se ha reducido el exceso carnal del hombre con una mujer, logrando con abuso de confianza o engaño o bien, como dice Francisco Carrara es el conocimiento carnal entre una mujer honesta mediante seducción y sin mediar - violencia.

El artículo de mérito fue reformado en su penalidad, - en virtud de que antes ésta, era de un mes a tres años de prisión.

El artículo 262 del Código Penal para el Distrito Federal, dispone:

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

Hasta antes de la reforma objeto de este trabajo, la - definición que daba el Código Penal de referencia, hablaba de la seducción o engaño.

Si originalmente el estupro tuvo una amplitud tal que podríamos afirmar abarcaba cualquier delito de los que hoy se relacionan con la libertad o inmadurez de juicio en lo sexual, hoy en día se alude a otro aspecto que le otorga un sentido más estricto. Se requiere en su regulación que la mujer (pasivo) sea honesta y que el medio sea la seducción o engaño; - la honestidad pertenece a la esencia del hecho y a la calidad de víctima, pues desde el momento en que la desfloración no es elemento indispensable del estupro, la honestidad viene a reemplazar dicha característica, porque podría acontecer que la simple fornicación se confundiera con el estupro". (3)

A virtud de la reducción que se ha hecho del vocablo, es importante distinguir entre estupro, adulterio, incesto y violación. El estupro se produce cuando hay cópula con mujer honesta mediante la seducción o engaño (ausencia total de -- violencia) y, además, la edad de la propia mujer y sus condiciones físicas e intelectuales no le permiten discernir la -- trascendencia que tiene el aceptar el acceso carnal al estar -- de por medio las falsas promesas. En el adulterio es indis-- pensable que, por lo menos, uno de los protagonistas de dicho ilícito sea casado y, además, que la cópula se lleve a cabo -- con libre decisión de los agentes del mismo sin que, obvia-- mente, exista violencia. El incesto, es la realización de la có-- pula de manera espontánea entre parientes cercanos como ascen

(3) Porte Petit, Celestino. Op. Cit. p. 12.

dientes.

La violación implica el acceso carnal mediante la violencia física o moral o que la víctima, por su edad estado físico o mental, no pueda producirse voluntariamente para decidir sobre la realización de la cópula o no esté en posibilidad de resistir el propósito del activo en dicho sentido.

"Al observar diversas legislaciones en torno al estupro, advertimos que el Código Penal de Paraguay, señala como requisitos de este libro penal, la simulación de un casamiento válido, o el abuso de facilidades ocasionales o familiares, o por medio de maquinaciones dolosas capaces de sorprender la buena fe, consigue el goce sexual fuera del matrimonio de una mujer virgen menor de dieciseis años de edad.

"El Código Penal Español, señala como edad de la mujer con respecto a la cual se puede producir este delito, la que va de los 12 a los 23 años. Asimismo, este ordenamiento comprende tres clases de estupro: el doméstico, cuando el agente del delito es funcionario público, sacerdote, maestro, tutor, encargado de cualquier título relacionado con la educación de guarda de la estuprada, criado doméstico, etc.; el incestuoso, que es el cometido con hermana o descendiente, - el simple, que es efectuado por cualquier agente siempre que se satisfagan los requisitos típicos para este efecto.

Francisco González de la Vega nos da el concepto de lo que él considera debe entenderse por estupro: conjunción sexual natural, obtenido sin violencia y por medios fraudulentos o de maliciosa seducción, con mujeres muy jóvenes no ligadas por matrimonio y de conducta sexual honesta. (4)

Celestino Porte Petit, entiende el estupro como la cópula normal, consentida, en mujer menor de dieciocho años y no menor de doce, sin madurez de juicio en lo sexual. (5)

"Al atender a su aspecto evolutivo y a diferentes legislaciones, vemos que en el derecho romano, el estupro era el acceso carnal de un hombre sin usar violencia, con mujer doncella o viuda de buena fama. En el derecho canónico, el estupro es el concubito entre soltero y soltera virgen, o viuda honrada, sea voluntario o forzoso. La ley de Leovigildo, de los visigodos, establecía que si el estuprador era hombre libre, se volvería esclavo de la víctima; si el agente era esclavo se le quemaba en el fuego. En la antigua legislación de Inglaterra, es estupro se castigaba con pena de muerte, -- cambiándose después por castración y pérdida de ambos ojos:

(4) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. -- Editorial Porrúa. México 1970. 10a. Edición. p. 358.

(5) Porte Petit, Celestino. Ensayo Dogmático sobre el delito de estupro. Editorial Jurídica, Mexicana. México 1972. 2a Edición p. 10.

En la legislación italiana, no se hace distinción de sexo con respecto al pasivo del estupro; pero la brasileña, - que se refiere específicamente a la mujer como víctima, introduce como requisito que el acceso carnal sea mediante la violación, lo que significa estar frente al delito de violación - en el derecho penal Mexicano". (6)

La cópula que significa atadura, ligamento, nexo, ---- unión, etc., se refiere al concubito o coito. En sí mismo, - el concubito o coito. En sí mismo, el concepto no ofrece problemas; pero la inquietud de los especialistas es si exclusivamente la moral (por vía vaginal) se contiene en este tipo - penal, o si es admisible la anormal o contra natura; la mayoría se inclina por desechar esta última, argumentando que la mujer que acepta esta relación anormal carece de castidad y - honestidad, y por ende, jamás se colmará el estupro.

La seducción se manifiesta mediante la conducta desplegada por el agente dirigida a persuadir al pasivo para que acceda a realizar la cópula.

El engaño es la maniobra que se produce con el propósito de que se haga aparecer como cierto lo que no es; obrar -- que, en el caso concreto, tiende por fin a lograr la pretensión erótica.

(6) González de la Vega, Francisco. Op. Cit. p. 360.



El bien jurídico que justifica el tipo penal a estudio, es la integridad sexual o inmadurez de juicio en lo sexual -- que se presume le asiste a quienes tienen menos de dieciocho años de edad, aun cuando no hay uniformidad en los diferentes códigos penales, pues así como en España se habla de veintitres años, hay otros ordenamientos penales en nuestro país, - de cuño reciente como los de Guanajuato (1978), Quintana Roo - (1979) y Veracruz (1980), que señalan una edad máxima para la víctima de este delito de dieciseis años. El mínimo en la ma yoría de los Códigos Penales de la República es de 12 años de edad; pero los ordenamientos relativos a los Estados de Méxi-co, Veracruz y Nuevo León (este de 1981), señalan un mínimo - de edad de catorce años.

La persecución del estupro en el Código Penal es por - querella de parte, por ende opera el perdón.

Lo siguiente, es la panorámica ofrecida por el De. --- Raúl Carrancá y Rivas sobre el delito de estupro:

"Este tipo de ninguna manera supera al anterior, ya de por sí deficiente, además de que pasa por alto problemas de - fondo. Yo entiendo que la intromisión de un nuevo concepto - como el de "persona que no tenga la capacidad de comprender -

el significado de hecho, "ya se encontraba insito en el de -- persona que "por cualquier causa" no pueda resistir la agresión sexual de la especie. No obstante, hay algo más serio.- Persiste la contradicción, a mi juicio de forma y fondo, entre la parte primera y la parte segunda del precepto estudiado. En efecto, igual que en el caso del artículo 260, es evidente el uso de la violencia, ya sea física o moral, si el -- agente agrede sexualmente a otro que por cualquier causa no -- puede resistir la agresión, o bien lo obliga a ejecutar un ac to sexual; por lo que resulta que hay un contrasentido en la parte final del artículo que se critica cuando prescribe pena mayor" si se hiciere uso de la violencia física o moral". Es to aparte de que en términos similares a los del artículo 260 se puede tratar, también aquí, de una violación eb grado de - tentativa.

"Ahora , en lo que corresponde al estupro, me parece - mucho más grave el error del legislador al suprimir el concep to de seducción. Para tratar de explicar con mayor amplitud - esta idea, que trabajo en las notas anteriormente citadas, someto a la consideración de nuestros lectores el siguiente razonamiento. En primer lugar, ya sabe que es de explorada ju-- risprudencia identificar el engaño con la falsa promesa de ma trimonio; sin que se olvide, por supuesto, que en la ontología jurídico penal si se me permite el término-ocupan el mismo --- rango, como elementos normativos del tipo-o lo ocupaban- la -

seducción y el engaño, aunque siendo de naturaleza distinta. - Pero en virtud de que el engaño se interpreta con un dato objetivo, a saber, la falsa promesa de matrimonio, la seducción queda o quedaba allí como un elemento de importante fuerza -- intrínseca, subjetiva. Quiero decir, para probar la complejidad de la seducción, que se le puede confundir con la inducción, o si prefiere, con el hecho de inducir,. Inducir es, como se sabe, instigar, persuadir, mover a uno. En otras palabras ocasionar, causar. Bien, pero si se recuerda que seducir es engañar con arte y maña, persuadir suavemente al mal cautivar el ánimo, se verá la diferencia, aunque pueda ser sutil, entre la seducción, y la inducción. ¿Qué es lo que hizo Don Miguel de Mañara, cuya vida licenciosa y posterior conversión al catolicismo lo han identificado con el Don Juan Tirso de Molina? ¿Seducía o inducía a sus víctimas? Yo pienso que, por lo menos en muchos casos, las movía hacia él, pero sin emplear el arte y maña de la seducción. Lo que pasa es -- que posiblemente el legislador, no ha sabido ver la diferencia, de una sutileza muy especial entre ambos elementos normativos, cayendo entonces en la trampa que a mi ver demuestra insensibilidad en el análisis lógico de confundir la seducción con el engaño sobre todo con el engaño que equivale a la falsa promesa de matrimonio; y optando en consecuencia, por dejar en la nueva reforma nada más el elemento normativo del engaño, pero sin distinguir que en la seducción la normatividad es mucho -- más de fondo que en el simple engaño identificable con la fal-

sa promesa de matrimonio ] Qué lástima que el legislador o el autor de la reforma, no haya tenido la suficiente sensibilidad en la inteligencia, que allí también se la tiene, para apreciar dicho elemento cultural - el de la seducción- de -- honda trayectoria en el ánimo de los sucesores de Don Miguel de Mañara.

"Y he de agregar esto. Con el nuevo tipo penal imperfecto del artículo 262, que prescinde de uno de los elementos normativos fundamentales, el medio operatorio se reduce al engaño, nada más al engaño objetivo, a la falacia, abandonando otros aspectos de la conducta que lo diga o no la ley harán acto de presencia por impostergable imperativo de la naturaleza humana y en especial, de aquella del Don Juan tan dado a las delicadezas y minucias del alma, que con harta frecuencia ignora el legislador o el reformador que pretende constreñir una conducta rica, riquísima en matices, al cauce raquíptico de una ley rígida y sin verdadera resonancia.

"Pero algo más. La ley derogada decía "seducción o engaño", poniendo entre ambos elementos normativos del tipo, como se ve, la conjunción disyuntiva "o"; lo que significa que al no darse el uno se podía dar el otro. Había allí, en realidad dos posibilidades. Hoy el texto vigente sólo se reduce a una; es decir, que si no hay engaño, y aunque el sujeto activo haya empleado la seducción, no se le podrá considerar-

culpable. En otros términos, su conducta no será típica incluso en el caso en que de hecho hubiese violado a la menor, salvo que se pretenda incrustar el concepto de la seducción en el elemento normativo del engaño, lo que a todas luces es un absurdo mayúsculo.

Ahora bien, hasta en la zona de otros meridianos del espíritu, como el anglosajón o el europeo nórdico, la seducción es un elemento integral en la conducta tanto del estupro como del violador, ya que quien estupra viola en rigor a un menor de edad. ¿No acaso Kierkegaard, en su notable Diario de un seductor (¡lo que para es que hay que leerlo!) incluye precisamente la seducción en las maniobras del conquistador de mujeres: Y en lo que toca a lo nuestro, o sea a la cultura que nos pertenece, no el teatro de Calderón cuando de burladores de mujeres se trata, incluye igualmente la seducción? ¿Y no lo hace Cervantes? ¿Y Lope de Vega, incomparable conocedor del alma humana, no penetra en esos rincones de la conciencia en que la seducción anida? Y así se puede ofrecer muchos ejemplos más Don Ramón del Valle Inclán, en sus Sonatas, hace lo mismo: ¡qué duda cabe, el Marqués de Bradomín si se me permite el término es un espléndido seductor! Por cierto, Azorín y Gregorio Mañón, que estudian la personalidad del Don Juan, llegan a idéntica conclusión. Pero esto no lo comprenden a quienes se encasillan en una dogmática rígida helada, que traiciona al humanismo jurídico y-

se vuelve suma de incultura por más técnica que pregone" - -  
(7)

"¡Han hecho pedazos la tradición normativa y cultural del artículo 262! En una absurda reforma, que se remonta al año del 85, le quitaron el elemento normativo de la seducción. Ahora suprimen los elementos normativos, de valoración cultural a cargo del juez, de la castidad y de la honestidad. ¡Que bien se ve que este texto fue reformado por algunos legisladores con enormes prejuicios morales y sexuales o, mejor dicho, anormales y de sexualidad torcida! Si ya -- quitarle la seducción fue un verdadero atentado al tipo penal, ahora dicho atentado se confirma y agrava con una barbaridad aún mayor.

"Pero la imaginación del legislador no tiene límites, sobre todo cuando desconoce los fundamentos del Derecho Penal. En el texto original del Código del 31 el sujeto pasivo lo era la mujer. Hoy la nueva ley se refiere exclusivamente a una persona. De golpe se ha querido desprender el - nuevo tipo de su tradición milenaria. El estupro, en Derecho, siempre ha sido el acceso carnal del hombre con una doncella, logrado con abuso de confianza o engaño - abuso que - se ha identificado, y para mejorar el concepto, con la seducción-. También se han entendido como estupro, sobre todo en la legislación española y por equiparación legal, algunos ca

(7) Carrancá. Op. cit. p. 655.

sos de incesto. Por extensión, así mismo, se ha visto como estupro el coito con soltera núbil o con viuda, pero logrado sin el libre consentimiento de una y otra. En rigor esta interpretación extensiva no muy clara, se ha atenido exclusivamente a un sujeto pasivo calificado más allá del requisito - de ser mujer; sin mirar más a fondo de las circunstancias -- del hecho y de la culpabilidad. La tradición jurídica española, recogiendo las ideas precedentes, entiende por estupro stricto sensu, y prescindiendo de la calificación del sujeto pasivo en los términos arriba indicados, al acceso con una doncella, conseguido por la seducción; no obstante, en la mayoría de los casos no se exige el requisito de la doncellez, bastando con que la estuprada tenga buena fama, sea soltera o viuda. Pero eso sí, que sea mujer.

En suma, ¿de donde se ha sacado el desatino de que un hombre puede también ser estuprado?" (9)

"Desde el punto de vista sexual, castidad es tanto como pureza. Se le identifica por ello con la virginidad, aunque no es ésta por lo general otra cosa que el signo externo que la acredita, pudiendo no existir virginidad y sí castidad, o bien lo contrario; ejemplos de lo primero, cuando el desgarramiento del hiem se ha producido por un accidente o -

(8) Carrancá. Op. cit. p. 655 y 656.

por una violación o por una intervención quirúrgica necesaria, etc., o bien tratándose de la mujer casada cuyo acceso carnal marital sea conforme a las prácticas naturales; y -- ejemplo de lo segundo, la prostituta que está dotada por la naturaleza de "himen complaciente". En la mujer soltera o viuda la castidad existe cuando hay abstinencia de acceso carnal con varón o de prácticas eróticosexuales con varón o con mujer.

"El elemento "castidad" es normativo, de valoración-cultural, y por ello corresponde al juez apreciarlo, en uso de su facultad de interpretación. Califica al sujeto pasivo y la prueba de que éste es una persona casta opera juris tantum en su favor por presunción humana, como se presume -- que una persona no es digna de fe si ello no se probare' -- porque lo que requiere una prueba articulada por los medios legales es que en la especie la persona no es casta.

"Desde el punto de vista sexual la honestidad es el recato o moderación en la conducta que se lleva con personas del sexo distinto. El signo externo con que se la distingue lo constituyen las palabras, ademanes y gestos, aficiones y costumbres sociales, afinidades y simpatías, etc., todo lo cual es valorado socialmente a través de un concepto público. Mientras la castidad atiende al ser, la honestidad al parecer. Por ello mismo constituye también un elemento



to normativo de valoración cultural, que está caracterizado - por su extremo relativismo como que lo que parece en cierto - medio cultural no lo parece en otro. Al juez corresponde la - valoración de este elemento". (9)

Para Marcela Martínez Roaro, la inexperiencia no es -- desconocimiento de los hechos, tampoco acepta que el objeto - jurídico protegido por el estupro, sea la seguridad sexual de la mujer inexperta, pues de ser así, la protección no debería tener límite en la edad del sujeto pasivo, sino incluir a todas las mujeres inexpertas, ya que tal calidad no es exclusiva de las menores de dieciocho años. Igualmente la aludida - autora propone la derogación de los artículos 262 al 264 del Código Penal para el Distrito Federal. (10)

## B) VIOLACION

Este ilícito es el que en nuestra opinión, no ha sido - manejado adecuadamente por el legislador, lo que explicaremos oportunamente en el presente capítulo.

Rafael de Pina, en su Diccionario de Derecho, define - el delito de violación como el acceso carnal obtenido por la - violencia física o moral con persona de cualquier sexo y sin-

(9) Carrancá. Op. cit. p. 656.

(10) Cfr. Martínez Roaro, Marcela. Delitos sexuales. Editorial Porrúa. México 1975. 1a. Edición. p. 188-189.

su voluntad. (11)

Mariano Jiménez Huerta, sostiene que comete el delito de violación el que por medio de la violencia física o moral- tenga cópula con una persona sea cualquiera su sexo. (12)

Sebastián Soler señala que el delito de violación es el acceso carnal de uno y otro sexo ejecutado mediante la violencia real o presunta, (13)

Celestino Porte Petit afirma que el delito de violación es la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o la vis compulsiva. (14)

#### Evolución histórica del delito de violación.

"La historia nos marca el precedente jurídico que ha venido teniendo el ilícito de violación, en cada uno de los tiempos, etapas y lugares, que a continuación indicaremos;

- (11) De Pina Vara Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, México, 1981, pág. 372.
- (12) Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano. Tomo III, Editorial Porrúa, México, 1982, pág. 250.
- (13) Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino. 1a. Reimpresión Tomo III. Tipográfica Editora Argentina. 1951, pág. 342.
- (14) Porte Petit Celestino Ensayo Dogmático sobre el Delito de violación. Editorial Regina, México, 1973, pág. 12.

## EGIPTO

En este lugar se castigaba al violador, imponiéndole - la pena de muerte o multa, esto variaba si la mujer era viuda, o casada.

## CODIGO DE MANU

El presente cuerpo legal, sancionaba al violador con - pena corporal siempre y cuando la mujer no fuera de su clase-social, ni diera su consentimiento, pues en caso contrario, - no se castigaba al violador.

## GRECIA

Aquí al sujeto activo se sancionaba, con el pago de -- una multa y la obligación de casarse con la víctima si ésta - manifestaba su consentimiento, en caso contrario se le conde- naba a muerte al violador.

## LEY DE LOS SAJONES

Este ordenamiento jurídico, sancionaba al individuo -- que cometiera el delito de violación, con una multa, misma -- que era disminuída si concebía la víctima". (15)

(15) González Blanco Alberto. "Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano." Editorial Porrúa, Mé xico 1974. pág. 136.

## EDICTO DE TEODORICO

El dispositivo legal en cuestión, imponía la obligación al violador de contraer matrimonio con la mujer violada y si era noble debería entregarle la mitad de sus riquezas.

## INGLATERRA

En este lugar, Guillermo el conquistador, impuso para el delito de violación, la pena de castración, para el que incurriera en dicho ilícito". (16)

Primeramente encontramos que en el Fuero Juzgo, se trata a la violación en el libro Tercero, Título Segundo y establece en su primera ley que si la mujer perdió su virginidad-aquél que la violó no debe casarse con ella recibiendo en castigo cien azotes delante de todo el pueblo y era dado por siervo al padre de la víctima.

En la Ley Segunda, se castigaba con pena de muerte al que cometiera el delito de violación y a la víctima de éste - en el caso de que llegara a casarse.

[16] González Blanco, Alberto. Op. cit. pág. 137.

En la Ley Tercera, se castigaba al violador cuando la víctima se hallaba comprometida en matrimonio o era casada a ser siervo del prometido o esposo.

En la Ley Quinta, se condenaba al forzador de una mujer casada con pena de tormento y pérdida de bienes que debían pasar por mitad a la víctima y a su esposo.

En la Ley Octava, se castigaba con pena de decapitación al siervo que violaba a una mujer libre.

Por otra parte, el fuero en su libro Cuarto, Título Decimo, Leyes Primera, Segunda y Cuarta castigaba con la pena de muerte a la violación de mujer soltera, y la cometida por varios individuos con una mujer, cualquiera que fuera su condición, clase y religión que profesara. En el caso de ser varios los que raptasen a la mujer, siendo solamente uno el que cometiera la violación, los demás debían pagar una multa, la mitad para el Rey y la mitad para mujer violada.

Asimismo encontramos que en las leyes de las partidas, en su Título Veinte, de la Partida Séptima, trata de la violación, y dice la ley Primera que el que fuerza a una mujer virgen, casada, religiosa o viuda, que viva honestamente en su casa, comete un horror muy grande por dos razones"

- a) .- Por que la fuerza es hecha sobre persona que --  
vive honestamente.
- b) .- Es que fuerzan una grande deshonra, así pues que  
conforme a derecho, deben ser escarmentados los-  
que hacen fuerza de las cosas ajenas y más escar-  
miento deben recibir los que fuerzan a las perso-  
nas.

En la Ley Segunda, se preceptúa que la acusación por -  
esta clase de delitos puede ser hecha por los parientes de la  
víctima y si ellos no la quisieran hacer puede hacerlo cual-  
quiera del pueblo ante el juzgado del lugar donde fue hecha -  
la fuerza, así también puede acusar a los que lo ayudaron.

La Tercera Ley señala la penalidad para el delito de -  
violación y dice que robando un hombre a una mujer de buena -  
fama, virgen o casada o yéndose con alguna de ellas por la --  
guerra, además de pasar todos los bienes del violador a la --  
mujer que forzó, puede la víctima si lo desea, casarse con el  
que la robó o forzó, no habiendo marido, si la robada o for-  
zada fuera religiosa, entonces todos los bienes del forzador-  
deberían pasar al monasterio de donde la sacó". (17)

(17) Porté Petit, Celestino. Op. cit. p. 14.

## MEXICO

Como antecedente histórico, diremos como conceptuaban, al delito de violación los siguientes ordenamientos.

a).- El Código Penal de 1871 establecía:

Artículo 795.- Comete el delito de violación el que -- por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta sea cual fuere si sexo.

b).- El Código Penal para el Distrito y Territorios -- Federales, de 1929 establecía:

"Artículo 860.- Comete el delito de violación, el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con -- una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo".

c).- El Código Penal para el Distrito Federal de 1931- definía:

Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo.-

se le aplicarán las penas de dos a ocho años de prisión y multa de dos mil o cinco mil pesos, si la persona ofendida, fuere impúber, la pena de prisión será de cuatro a diez años y la multa será de cuatro mil a ocho mil pesos.

d).- Por decreto de fecha 30 de diciembre de 1983 publicado en el Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984, y que entró en vigor a los 90 días de su publicación, fue reformado dicho artículo, para quedar como sigue:

Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicará prisión de seis a ocho años. Si la persona ofendida fuere impúber la pena de prisión será de seis a diez años.

#### Clasificación del Delito de Violación.

En el presente capítulo, indicaremos la ubicación que guarda el delito objeto de nuestro estudio, conforme a los elementos que los integran, con la finalidad de poder estar en aptitud de situar a este delito dentro del contexto jurídico social al cual pertenece por sus especialísimas características.



## La Conducta en la Violación.

La conducta gramaticalmente significa comportamiento.-

(13)

El maestro Fernando Castellanos Tena, en su trascendente obra, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, indica que la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito y es lo que tiene relevancia para el Derecho Penal, toda vez que el hombre es el posible sujeto activo de las infracciones penales, en virtud de que es el único ser capaz de voluntariedad. Lo anterior carecía de aplicabilidad en épocas pretéritas se consideró a los animales como delincuentes en tres diversas etapas de la historia, el fetichismo cuando se humanizaba a los animales equiparándolos a las personas, el simbolismo donde se entendía que los animales no delinquían, pero se les castigaba para impresionar y finalmente en la tercera etapa, solamente se sanciona al propietario del animal dañoso. (19)

Evidentemente el delito de violación es de acción, en virtud de que el mismo presenta las formas de omisión que en-

(18) Larousse Usual, Op. Cit. pág. 76.

(19) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, México, 1974. pág. 147.

que en orden a la conducta, el delito de violación objeto de estudio en este trabajo recepcional, debe ser ubicado como un delito de acción. (20)

Asimismo podemos decir que el delito de violación es - un ilícito formal, eminentemente de acción, razón por la cual ningún sujeto puede ser autor del delito de violación por omisión. Si no puede hablarse de autores del delito de violación por omisión, muy bien se puede ser responsable de este - delito en calidad de concurrente, por efecto de un comportamiento omisivo.

Igualmente se considera que el delito de violación es unisubsistente, es decir, que con la realización de un sólo - acto puede consumarse, por otro lado, algunos estudios de la materia suponen que la violación puede consumarse por varios - actos y entonces nos encontramos con un delito plurisubsistente.

#### La Violación y el Resultado.

En la actualidad la clasificación en delitos de peligro y delitos de lesión, tiene una muy importante trascendencia. Los delitos de lesión son los que aparecen con mayor -- frecuencia en las legislaciones penales, surgiendo la lesión-

[20] González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales. Editorial Porrúa México. 1969. 2a. Edición. p. 71.

determinado bien jurídico por ejemplo; la muerte en el homicidio, las heridas en las lesiones, etc. En cambio, los delitos de peligro exigen y presuponen que se hubiere puesto en peligro el bien jurídico protegido por el derecho.

Así pues, el concepto de peligro viene a ser la posibilidad de conocer la presentación de un acontecimiento peligroso o conflictivo determinado.

En atención a lo expuesto debemos considerar que el delito de violación es un delito de lesión y no de peligro - por lo que al realizarse la cópula de manera violenta de acuerdo a lo ya explicado, se lesiona el bien jurídico tutelado por el Derecho.

#### La Violación y el Tipo.

Respecto al tipo, el mencionado autor Fernando Castellanos Tena (21), afirma que para la existencia del delito, se requiere de una conducta o hecho humanos, más no toda conducta o hechos humanos, son delictuosos, sino que se requiere que estos sean típicos, antijurídicos y culpables.

(21) Castellanos Tena, Op. cit. Pág. 165.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide que se configure el mismo, por ello el artículo 14 Constitucional determina que está prohibido imponer por analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata, lo que significa que no existe delito sin tipicidad.

El tipo es la creación legislativa, la descripción -- que hace el Estado de una conducta en los preceptos legales.

La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

El delito de violación en cuanto al tipo es autónomo e independiente, pues tiene vida propia, toda vez que no se deriva de ningún otro, no se ubica en la integración de otro delito.

El bien jurídico tutelado debe ser entendido como --- aquel valor protegido y reconocido por el derecho, en la violación es el derecho que al ser humano le corresponde de copular con la persona que libremente elija y abstenerse de hacerlo con quien no sea de su gusto o agrado.

En este delito el bien protegido por la ley es funda-

mentalmente la libertad sexual, por ello el ayuntamiento llevado a cabo mediante la violencia, significa el máximo ultraje que un individuo pudiese sufrir, en virtud de que el violador realiza la fornicación ya sea por medio de la fuerza material en el individuo anulado de esta manera de resistencia o bien mediante el empleo de amagos, constreñimientos --psíquicos o amenazas de males graves, los cuales por la intimidación que producen o por evitar daños, le impiden resistir. Tanto en la violencia física, como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose así el derecho personal a la libre determinación en materia erótica.

#### ELEMENTOS FORMATIVOS DEL DELITO DE VIOLACION.

En este apartado llevaremos a efecto un somero estudio de los factores que constituyen este ilícito con el objeto de determinar la trascendencia estructural de cada uno de ellos.

##### Violencia física o moral.

Atendiendo a la gramática, violencia significa entre otras acepciones, fuerza intensa, impetuosa, abuso de la fuerza, coacción ejercida sobre una persona para obtener su aquiescencia en un acto jurídico, en un sentido figurado sig-

nifica según el pequeño Larousse Ilustrado (22) violación de una mujer.

El Diccionario de Derecho de Rafael de Pina (23) indica que violencia es la acción física o moral lo suficientemente capaz para anular la capacidad de reacción de la persona sobre quien se ejerce dicha acción.

La violencia física es el uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo, a efecto de imponerle la cópula en contra de su voluntad exteriorizada en actos de resistencia inequívoca. La fuerza física ha de ser eficiente para vencer a la víctima que opone resistencia y por lo tanto, debe estar en relación con su constitución anatómica.

El empleo de la fuerza material física, hace revestir al delito de un carácter muy grave por el extremo peligrosamente la libertad personal o integridad corporal.

En caso a la resistencia que es el elemento o factor-objetivo de la fuerza, Francisco Carrara (24) exige que sea seria y constante, entendiéndose por seria que exista realmen-

(22) Pequeño Larousse, Op. cit. pág. 1066

(23) De Pina Rafael, Op. cit. pág. 483.

(24) Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Traducción José Torres, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, --- 1958 Tomo II, págs. 254 y 255.

te, es decir, que no sea engañosa y por constante, que se mantenga desde que se inicien los actos violentos hasta su terminación. Esta exigencia propuesta por el autor considere ramos que es exagerada, toda vez que es suficiente que haya evidencias de que la víctima opuso resistencia para impedir la violación, sin que tenga que probarse que ella se mantuvo desde que se iniciaron los actos violatorios hasta la consumación.

#### VIOLENCIA MORAL.

Consiste en los constreñimientos psicológicos, hostigamiento de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causan en el ofendido o por evitar males mayores, le impiden resistir al ayuntamiento que en realidad no ha querido. No es necesario que el amago de males o la amenaza de causar daños, se refieran directamente al sujeto en el cual se pretende llevar a efecto la cópula por fuerza, pues este puede intimidarse o perturbarse con la mención de que los males recaen en personas de su afecto.

También es importante señalar que el daño objeto de amenazas o amagos, debe ser grave e inmediato, sea determinado por el efecto de que la probable víctima se encuentre en aptitud de valorarlo en toda su magnitud.

## 3.- COPULA

Entiéndase por cópula al acceso carnal, se constituye como elemento de violación siempre que esta se lleve a cabo empleando la violencia en cualquiera de sus formas.

A la cópula se le ha dado indebidamente un matiz y connotación jurídica, soslayando que es un concepto eminentemente médico, pues priva la idea de que la conjunción erótica no implica limitaciones en cuanto a la vía en que se lleve a cabo, atentos a lo anterior algunos estudiosos del derecho penal conciben que por cópula debe entenderse todo ayuntamiento, unión o conjunción carnal de las personas, sin distinción alguna.

Jiménes de Azúa (25) sostiene que la cópula no reviste en ocasiones indicios de antijuricidad, si no se pone en relación con el medio. "El acceso carnal es una función ajena al derecho punitivo si no va acompañado de violencia".

Raúl Carrancá y Trujillo (26) considerará que cópula -- es la introducción del órgano viril de una persona en el --- cuerpo de otra, de modo que haga posible el coito o un equivalente normal de éste. Existe según el mencionado autor-cópula lato sensu cuando dicha introducción sea en el ano o en

(25) Ob. cit. 179

(26) Ob. cit. 189



la boca. "No se requiere para el coito que el acto carnal - alcance su perfección fisiológica, ni la desfloración de la víctima, pudiendo tratarse de una introducción incompleta".

Mariano Jiménez Huerta (27) sostiene que por cópula - debe entenderse como la unión de dos cuerpos humanos pertenecientes a personas vivas.

Dicha unión deberá rebasar el simple contacto físico - del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural del cuerpo ajeno, requiere el acceso o penetración de dicho órgano en la cavidad bucal, anal y la natural, vaginal.

Cópula gramaticalmente tiene una acepción mucho más amplia, que permite proyectarla tanto sobre el varón, como - sobre la mujer, pues no supone necesariamente que el sujeto activo del delito ha de ser quien penetre al sujeto pasivo, - toda vez que tal como lo estableceremos en su oportunidad, - también es posible (aunque sea en menor grado) la violación - de una mujer a un hombre.

González de la Vega (28) piensa que "fisiológicamente

(27) Ob. cit. 201

(28) González de la Vega, Op. cit. pág. 321.

tanto existe actividad sexual en los actos contra natura como en los normales".

Continúa el importante autor (29) concluyendo que en su acepción erótica general, la acción de copular comprende los ayuntamientos sexuales normales de varón a mujer precisamente por la vía vaginal y a los anormales, sean estos homosexuales masculinos o en vasos no apropiados para fornicación natural, en el delito de violación el elemento material cópula, en que radica la acción humana típica, consiste en cualquier clase de ayuntamiento o conjunción sexual-normal o contranatura, con independencia de su plena agotamiento fisiológico, del referido acto y con independencia, también, de las consecuencias posteriores a la cópula.

El anterior estudio hecho por el importante autor, se deduce que por cópula debemos entender la unión de dos cuerpos, la cual podrá configurarse de indistinta forma, en la que sin haber restricción para ello y siendo así la conducta de cualquier persona tendiente a unirse carnalmente con otra va a encuadrar dentro del concepto cópula, sin importar si ésta sea quien tenga miembro viril o lo tenga la persona con quien va a ayuntar, pues como el mencionado maestro lo señala conjunción erótica no implica limitaciones en cuanto a la vía en que se realice o al modo como se opere.

(29) Ibidem.

#### 4. - Sujeto Activo y Sujeto Pasivo.

En todo delito se presentan dos personas, la que actúa, que en el presente trabajo recepcional estableceremos, en el delito objeto de nuestro estudio; puede ser el hombre o la mujer y el sujeto pasivo quien es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido, el ofendido es la persona, que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes, tal hecho ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso.

#### SUJETO ACTIVO

Como se sabe, la mayor parte de sujetos activos del delito de violación, son hombres, aunque en el presente trabajo deseo indicar que también puede ser una mujer quien actúa en este especial delito, más aún en la época actual en la que -- las mujeres (aún siendo afortunadamente muy contadas) suelen perder con mucha facilidad el pudor y por esa razón si es posible que puedan intervenir activamente en el delito de violación.

Casi existe unanimidad respecto a la idea de que el -- hombre es el sujeto activo en la violación, dada su conformación orgánica.

Sebastián Soler (30) sostiene que si el acceso carnal quiere decir entrada o penetración, la mujer está imposibilitada para ser sujeto activo en el delito de violación.

Alberto González Blanco (31) manifiesta que el elemento nuclear de la acción descrita en la Ley, es tener cópula y tener cópula es una conducta activa y que como la cópula consiste en la introducción del órgano sexual en el cuerpo de -- otra persona, se llega a la conclusión de que puede llevar a cabo la iniciativa en la cópula es el hombre quien únicamente por su anatomía, dispone de un órgano capaz de introducirlo -- en un cuerpo ajeno.

#### SUJETO PASIVO

A diferencia del delito de estupro en el cual la acción debe recaer en mujer casta y honesta, menor de dieciocho años, en la violación el sujeto pasivo puede ser cualquier -- persona de acuerdo a lo descrito en el artículo 265 del Ordenamiento jurídico aludido.

(30) Soler Sebastián, Op. Cit. pág. 344

(31) González Blanco. Op. cit. pág. 285

En cuanto a la edad o desarrollo fisiológico, estado - civil y conducta anterior del sujeto pasivo no existe ninguna limitación, de tal suerte que las condiciones del sujeto pasivo son indiferentes para la integración del tipo, varones, o mujeres, casado, casada, virgen, soltera, soltero, jóvenes o adultos, de la vida sexual deshonesto o impúdica, a reserva de reconocer que las anteriores circunstancias servirán para la individualización de la pena de acuerdo con los artículos 51 y 52 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

A continuación, ofrecemos el concepto jurídico que el Código Penal para el Distrito Federal, proporciona respecto al delito de violación, en los siguientes términos.

Artículo 265: Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

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 sancionará con prisión 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 f

sica o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Estos son los comentarios que hace el maestro Carrancá y Rivas, respecto a la violación.

"El sujeto pasivo del delito puede serlo cualquiera, - sin distinción de sexo. Si es mujer puede estar desflorada o no estarlo, ser casada o soltera, de buena fama pública o no, incluso puede ser prostituta. No es constitutivo del delito el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta y aún empleando moderadas violencias, pues ello es un -- ejercicio de un derecho y la mujer no puede resistir ese ejer cicio amparándose en legítima defensa, pues no hay agresión legítima; en cambio, sí cabe esta especie de violación cuando - el marido pretende la cópula en conjunción anormal o contra - natura.

"Objeto jurídico del delito; la libertad sexual de las personas. Delito doloso, de lesión. Es configurable la tentativa.

"La novedad en el texto derogado es que se aumenta el mínimo de la sanción, en las dos hipótesis que contempla la - ley. Ahora bien, el profesor Carrancá y Trujillo, sostiene - que "no es constitutiva del delito el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta y aún empleado moderada

violencia, pues ello es un ejercicio de un derecho y la mujer no puede resistir ese ejercicio amparándose en legítima-defensa, pues no hay agresión ilegítima... "Yo comparto la tesis productora y para razonarla más a fondo presento los siguientes argumentos. El matrimonio, a mi juicio, es un contrato; sui generis, si se quiere, pero es un contrato. Una prueba de lo que digo la tenemos en que el divorcio afecta al vínculo matrimonial hasta poder incluso disolverlo. En Derecho se le define como la unión perpetua y legal de un varón y una mujer para la reproducción de la especie, el cuidado y educación de los hijos, el mutuo auxilio y la más perfecta realización de los fines de la vida humana. En México, y en los términos de los artículos 139 a 265 del Código Civil, es la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida. Lo que significa, por ejemplo, que el homosexualismo, las degeneraciones sexuales contra natura, etc., son causa de nulidad y disolución de ese contrato. Lo anterior prueba que dichas aberraciones van contra el fin de la institución matrimonial. Por lo tanto el ejercicio sexual normal, natural, es consubstancial al matrimonio, de tal suerte que la negativa al mismo constituye de hecho y de Derecho un abandono de las obligaciones inherentes a los cónyuges; salvo, por supuesto, casos de enfermedad. Además, las relaciones íntimas entre los cónyuges son, a mi ver de la exclusiva competencia del marido y la mu-

jer; o sea, el Derecho no tiene por qué intervenir allí, excepción hecha de que la "moderada violencia" a que alude el profesor Carrancá y Trujillo se vuelva una agresión injusta y delictiva.

"Todo lo anterior adquiere especial relieve desde que el 31 de julio de 1984 nos enteramos, por la prensa, de que el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta constituye un delito en un número cada vez mayor de países, de los cuales hay que excluir a los árabes y a los iberoamericanos. De acuerdo con un estudio del Instituto Max Planck, de Friburgo, tanto en los países socialistas como en los escandinavos la ley protege a la mujer a quien su marido fuerza al coito en contra de su voluntad. En los Estados Unidos, asimismo, se realizan estudios jurídicos importantes sobre el problema de la violación en el matrimonio. En Inglaterra se anunció, el 9 de octubre de 1984, que la Asociación de mujeres contra la Violación publicó un estudio según el cual una de cada siete mujeres casadas en Londres opinaba que había sido violada por su marido. Igualmente se sostenía allí que un 80 por ciento de 2 000 mujeres consultadas son partidarias de que se juzgue a los maridos "violadores" pero hay que agregar que la legislación británica, hasta la fecha, no considera que el marido pueda ser acusado de violar a su esposa. Al margen de ello hay un dato interesante: en 1938 se presentaron en la Gran Bretaña 1 334 denuncias por violación.



En lo que concierne al tipo penal en sí, y en un clima de incidentes y encendidas polémicas, la Cámara de Diputados-Italiana aprobó el 19 de octubre de 1984 un proyecto de ley - que agrava "moderadamente" las penas impuestas por violación- y otros delitos contra la libertad sexual. En Italia la violación se considera ahora como un atentado a la persona en -- vez de un delito contra la moral (substituyéndose así un criterio inmediatamente anterior). Tal ilícito será castigado - con cinco años de cárcel en vez de dos, cuando sea individual; y con doce en vez de cinco cuando sea colectivo" (32)

#### C) · HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

El artículo 256-Bis del Código Penal para el Distrito-Federal, de reciente creación, publicado mediante la reforma-ocurrída el 21 de Enero de 1991, dispone:

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

[32] Carrancá. Op. Cit. p. 659 y 660.

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

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

Los elementos de este delito son:

- 1.- Asedio con fines lascivos.
- 2.- Posición jerárquica.
- 3.- Relación de trabajo.
- 4.- Subordinación.

Gramaticalmente asedio, significa la acción y efecto de asediar, asediar es en sentido figurativo, importunar a uno sin descanso con pretensiones. [33]

Por lascivo podemos entender como aquella persona que tiene tendencia a los deleites carnales. [34]

La posición Jerárquica, es la categoría que tiene un sujeto respecto a otro.

[33] Diccionario Pequeño Larousse. Ediciones Larousse. México. 1985. Página 128.

[34] Diccionario Pequeño Larousse. Ob. Cit. pág. 470.

La relación de trabajo, es el enlace personal que con motivo de laborar en un mismo sitio se presenta.

La subordinación es la relación de dependencia que da lugar al mando o dominio de uno, por tener ambas categorías diferentes.

A este numeral de nueva creación, el Doctor Carrancá y Rivas, hace el siguiente comentario:

"He preferido hacer una sola nota en vez de intercalar varias en el nuevo texto, según y conforme las críticas del caso. He optado aquí por tal sistema para mantener una unidad de pensamiento. La primera presunta que uno se hace es de orden numérico, de colocación o ubicación del nuevo delito en el Código. ¿Por qué el artículo 259 "Bis"? quiere decir dos veces, duplicado, repetido. ¿Por qué no se incluyó en el Título Decimoquinto que atañe a los delitos sexuales, hoy --- absurdamente llamado de otra manera (v. nota núm. 853 bb)? -- ¿Que tiene que hacer el final de un capítulo, aunque ya derogado, que trata sobre los juegos prohibidos? El legislador --- además, se contradice; no sigue una unidad ideológica ni --- atiende a los principios fundamentales de la doctrina. ¿Por qué se refiere a "fines lascivos", cuando acaba de quitar lo de "intención lasciva" de los atentados al pudor? Ya nos hemos ocupado en otra nota de lo enorme dificultad de definir ---

aquello de "intención lasciva" (da lo mismo, para el caso, -- "fines lascivos"). Si de por sí esta absurda figura de hostigamiento sexual es de suyo incompleta y absurda más lo es al meterle elementos de naturaleza tan confusa. Ahora bien, después de una atenta lectura del nuevo artículo resulta que nada más se puede hostigar si hay una relación de subordinación entre el sujeto activo y el pasivo. ¿Esto significa que el legislador sólo ha querido proteger a la mujer subordinada y no a otra? ¿Por qué esta segregación o diferencia? La verdad es que cualquier mujer, subordinada o no, puede ser hostigada. Claro, el legislador considera como sujeto pasivo a -- persona de cualquier sexo; pero en el fondo, y de acuerdo con los testimonios de las sesiones en la Cámara de Diputados, -- dizque siempre se trató de defender a la mujer de las agresiones sexuales de los hombres (olvidando que en la vida moderna son muchas las mujeres que en este sentido agreden a los varones).

"Pero hay que ir a una crítica vertical y a fondo de -- este nuevo tipo. Objetivamente hablando y a primera vista, -- se puede tratar más bien de un problema estrictamente laboral. El patrón que asedia (para decirlo en términos de ley) a la -- trabajadora doméstica, o a su empleada; o el profesor que ase -- dia a sus alumnos. La rescisión del contrato de trabajo se -- hace aquí evidente, aparte de las sanciones de orden laboral. Sin embargo, si se quiere o pretende que el asunto no sea la-

boral sino penal, he allí otros tipos penales a los cuales se puede recurrir. Si el patrón, por ejemplo, asedia hasta el grado de amenazar no hay duda que se pueden invocar las amenazas; y en algunos casos extremos también se podrían invocar las lesiones. Por otra parte, al legislador se le ha olvidado una hipótesis que no es poco frecuente en la vida real: me refiero a la del subordinado que asedia y ostiga a su superior jerárquico.

"También se pregunta uno qué es en la especie asediar u hostigar.- Primero hay que ver el significado de las palabras. Aquí evoco un pensamiento por demás exacto de Max Weber "Pesar las palabras es tarea central y peculiarísima del abogado". Y para pesarlas, hay que estudiarlas, conocerlas, sentir las. Asediar es en sentido figurado importunar a uno sin descanso, con pretensiones (sic). No se olvide que pretensión equivale al empeño en conseguir algo. Hasta aquí, si bien se ve, no hay delito; salvo que el llamado asedio sexual se concrete con actos específicos, lo que entonces podría ser constitutivo de un delito sexual. Y hostiga, a su vez quiere decir, también en sentido figurado, perseguir, molestar a uno, ya burlándose de él, ya contradiciendo, o de otro modo. tampoco hasta aquí hay delito a la vista; así que no es muy feliz en el caso el empleo de tal palabra. Mejor hubiera sido, en última instancia, sólo referirse al asedio, que se ajusta de manera más convincente a la idea del legislador; acerca de --

esto, que en la primera parte del precepto la ley se refiere al asedio y en la segunda al hostigamiento; identificando -- dos palabras de contenido distinto.

"La ley dice que solamente será punible el hostigamiento sexual cuando se cause un perjuicio o daño ¿Cuál puede ser en la especie tal perjuicio o daño? Si se habla de esto, de daño y de perjuicio, se está hablando de un resultado concreto; resultado que no es compatible con la figura típica de el hostigamiento, la cual sólo se reduce a importunar, a pretender, a perseguir, a burlarse de otro. Lo que viene a demostrar que en el hostigamiento en sí no hay resultado. En ---- otros términos, no hay cambio o peligro de cambio en el mundo exterior. De donde resulta que dicha equívoca figura más se parece a una tentativa que a una consumación. La única verdad es que el legislador ha caído en su propia trampa, puesto que si el agente alcanza el fin lascivo se tratará de un delito sexual ya tipificado en el Código; si no lo alcanza estaremos en presencia, como ya se dijo, de una tentativa.

En suma, si estudiamos con cuidado lo que es el cortejo y el píropo (creo que Eugenio D'Ors decía que es un madrigal dicho de rodillas) veremos que todo hombre corteja y píropea; claro, a su manera y de acuerdo con su educación y cultura ¿Y por esto es ya un delincuente en potencia; o algo peor, un delincuente real? Miles de píropos y de cortejos se porr

drían identificar con asedio y hostigamiento, según el legislador. Y en beneficio suyo, en el de legislador, he de decir que a mi juicio en todo hostigamiento y asedio hay un contenido de piropo y cortejo. Si no se me cree piénsese, entonces, en lo siguiente. Un hombre piropea a una mujer, y lo hace de manera insistente. Esto ya podría ser asedio,, ¿por qué no? Y si insiste y además del piropo le envía flores a su casa, y la llama por teléfono, y la aborda en la calle o en su oficina "con pretenciones", ¿no estará a un paso de ser un delincuente? Yo no niego que la mujer deba de ser defendida, sobre todo en los países de origen latino, como el nuestro (por la sangre española que tenemos) de algunos requerimientos groseros del hombre. Hasta allí. Y para defenderla no hay por qué hacer de los galanteos, requiebros, piropos y cortejos, una nueva especie de delitos. Cuando el hombre se extralimita, desde siempre, ha caído en terreno de la ley; pero advirtiendo que dichas extralimitaciones ya se hallan tipificadas en el Código. Se trata, en el caso, de los delitos sexuales, de las amenazas, de las injurias, de las lesiones, etc., etc. Lo que pasa es que el legislador importó, según una malsana costumbre, figuras penales. Esta del hostigamiento sexual es de factura anglosajona, que no va de acuerdo con nuestra idiosincracia.

Para concluir, el Derecho no debe penetrar en ciertas zonas de la vida de las personas. Al tratar estos temas en

la Facultad de Derecho de la Universidad yo concluí una conferencia con las siguientes palabras. "Dejemos en paz al -- hombre y a la mujer en su órbita de relaciones ya de suyo -- harto complejas. Todos somos, de alguna manera y forma asediados y hostigados todos, igualmente, hostigados y asediados. Es la vida, con sus trampas y espejismos". (35)

Por cuanto se refiere al análisis del delito de hostigamiento sexual consideramos que el legislador tuvo un in discutible acierto al crear el tipo específico descrito por el artículo 259. Bis del Código Penal para el Distrito Federal, toda vez que previó una serie de conductas que desafortunadamente suceden con frecuencia, no obstante pensamos que la penalidad de 40 días; es francamente absurda por lo benévola, porque valga el daño moral que sufre la víctima del delito en aproximadamente 500 mil pesos, ridículo por donde -- quiera que se observe.

Asimismo, es confuso el numeral mencionado, ya que habla de un daño o perjuicio, nosotros consideramos que esta -- conducta siempre causará a la víctima (generalmente mujer) -- daños, quizá irreparables desde el punto de vista psicológico ahora bien, por lo que hace a los daños físicos, de sufrirlos el sujeto pasivo del delito, estaríamos hablando más bien de lesiones.

(35) Carranca. Op. Cit. p. 641 y 642.



## D) ABUSO SEXUAL

El artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal, señala: "Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, efectúa en ella un acto sexual, o la obligue a efectuarlo, 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 aumentarán hasta, en una mitad".

Veamos el análisis de este delito, efectuado por el reconocido autor, Doctor Raúl Carrancá y Rivas:

"El Título Décimo Quinto, ya derogado, se denominaba - así "Delitos Sexuales Capítulo I. Atentados al Pudor, Estupro y Violación". Se trataba de una denominación genérica y, por lo tanto, más amplia. Genérico, como se sabe, es común a muchas especies. Hay un principio universal de Derecho Penal que se puede leer, incluso, en el diccionario cuando éste explica lo que significa la palabra "especificar", a saber, "La Ley no especifica todos los delitos". ¿Por qué restringir, - entonces, o especificar? La nueva denominación me parece críticable. ¿De qué libertad se trata? Eso de "Delitos Contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual", habida cuenta de la sintaxis de la oración, hace suponer que se pudieran

tratar de la libertad psicosexual, cuando lo correcto, a mi juicio es hablar de la libertad sexual, y punto; ya que la libertad psíquica se da por entendida. ¿Pero qué es exactamente el normal desarrollo psicosexual, con qué parámetro se califica? Es evidente que lo que para unos es normal para otros no lo es. El asunto es muy complejo y se corre el riesgo, al querer definirlo o restringirlo, de entregarle al juez una especie de cartabón con que mida, muy a su manera, esa normalidad. Así se llega al desahogo malsano del puritanismo o de los complejos de inferioridad. Yo creo que el legislador, en el caso, mezcla equivocadamente doctrina con ley. La teoría, en efecto, faculta al juez - lo mismo que los artículos 51 y 52 de éste Código - para que indague hasta el fondo físico y psíquico causado por los atentados sexuales; lo que significa que no hay qué meter la doctrina en el contenido de la ley.

Obsérvese, por otra parte, que al juez se le olvidó -- aludir a los atentados al pudor. ¿Porqué? ¿No les da importancia? ¿Cual es la razón por la que no los ha incluido en el Título Décimo Quinto? Uno de los aspectos más criticables de esta reforma, a mi ver, es el siguiente. Se derogan los artículos 267, 268, 270 y a71 (el 269 ya fue derogado por la reforma de 1985), todos ellos relacionados con el rapto; y no hay otra explicación sino la existencia del nuevo artículo -- 365 Bis. Lo que pasa es que aquí se trata, a todas luces, de

una privación de la libertad sexual. ¿Qué hace éste artículo en el Título Vigésimo-primerero del Libro Segundo, intitulado - "Privación ilegal de la Libertad y de otras Garantías" ¿Sobre todo nótese que el artículo 365 se contrae a tipos del delito de violación de la libertad de trabajo. O sea, ¿se sacó éste delito de privación ilegal de la libertad con el propósito específico de realizar un acto sexual, se sacó de su ámbito natural, de la libertad sexual para llevarlo al de la libertad laboral? Aquí el caos sorprende por la evidente falta de lógica legislativa. Se trata o se debería tratar de un asunto de clasificación, de sistematización. Añádase; que los artículos sobre el rapto, ya derogados, poco tienen que ver con la formula del nuevo 365 Bis; es decir, que teniendo unos y otros naturaleza distinta no había razón de fondo para derogar aquellos. Por ejemplo, el artículo 365 Bis se refiere a "realizar un acto sexual", algo muy distinto a la posible satisfacción de "algún deseo erótico sexual o para casarse", en los términos del ya suprimido artículo 267. Yo creo que la diferencia es evidente en la especie; y no se trata, de ninguna manera, de cosa de poca monta. En estas sutilezas, de fondo y forma, descansa mucho del arte de la interpretación de las normas jurídico penales, del que dependen la equidad y la justicia. Realizar un acto sexual stricto sensu es, como dice Manzini y equiparándolo con la cópula, "la introducción del órgano viril de una persona en el cuerpo de otra, de modo que haga posible el coito o un equivalente anormal de éste".-

En cambio, la posible satisfacción de "algún deseo erótico o - para casarse" es otra. Los deseos eróticos sexuales no tienen siempre relación directa con la cópula. Y mucho menos privar a un individuo de su libertad para casarse con él o ella.

"Cuando el sujeto pasivo es una persona púber, debe haber expresa o tácita ausencia de consentimiento. Cuando es impúber la ley considera que en caso de existir, está viciado y no es libre, por el incompleto desarrollo moral del pasivo y - que en consecuencia es inoperante, por lo que se es sujeto pasivo del delito, sea que otorgue el consentimiento o no. El sujeto pasivo es calificado: persona púber o impuber.

"El delito se consuma por la perpetración del hecho en que consiste el acto erótico-sexual. Sólo es punible cuando es consumado (ver artículo 261 Código Penal para el Distrito Federal.), por lo que la tentativa es siempre impune.

"El acto erótico-sexual es un acto diverso del acceso carnal y no consistente en palabras, ejecutado por el sujeto activo con o sobre o en la persona del pasivo, por ésta, con o sobre o en la persona del activo, o por sobre o en ambos sujetos, y "dirigido a excitar e a satisfacer la propia concupiscencia del activo, aunque no se llegue al completo desarrollo de la lujuria". por ejemplo., refregar el órgano sexual de la víctima con el miembro viril, hacerse tocar el miembro vi-

ril, palpar las piernas o los pechos a una mujer o introducir le los dedos en la vagina, besar aplicando labios y lengua -- lúbricamente, etc. Procede la agravación de la pena si el ac to erótico sexual se verifica con empleo de violencia física- o compulsión moral sobre el pasivo, según el párrafo final -- del artículo comentado.

"El dolo específico del delito radica en la voluntad y conciencia del agente de consumir el hecho en que consiste el acto erótico-sexual con el propósito de exitar la propia lasciva y con exclusión del ánimo de violar (caso éste en el que habría tentativa de violación) y el de corromper, de injuriar, etcétera. Desnaturaliza este dolo específico el que el activo se proponga, de modo indirecto y mediato, la verificación del acceso carnal como consecuencia de la excitación de su -- lascivia y de la del pasivo. Tal propósito configuraría tentativa de diverso delito y no el consumado de atentado al pudor; por ejemplo tentativa de estupro (artículo 262 del Código Penal, de violación (artículo 265 del Código Penal)., conforme al artículo 12 del Código Penal.

"Delito de lesión, doloso. Su objeto jurídico: el pudor de las personas o sea "el respeto físico de nosotros mismos", según la definición de Spencer; sentimiento que se concretiza en la honestidad y en el recato, que frenan en las -- personas sus impulsos sexuales, nacientes o adultos.

"La persecución del delito es de oficio. Hubiera sido procedente que lo fuera de querrela necesaria, por la publicidad connatural a procesos de esta especie, lo que puede dañar para siempre la reputación de una mujer.

"El texto derogado decía a la letra: "Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, ejecute en ella un acto erótico-sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se le aplicarán de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos". Y en su segunda parte: "Si se hiciera uso de la violencia física o moral; la pena será de seis meses a cuatro años de prisión y multa de cincuenta a mil pesos".

"A mí me parece absurdo que se hayan quitado los elementos calificados del sujeto pasivo; a saber; "púber" o "impuber"; porque ellos definían con toda claridad la naturaleza de tal sujeto. No es lo mismo, evidentemente, la falta de consentimiento en una persona púber que el consentimiento en una impúber. ¿Por qué lo ha suprimido el legislador. Ahora el juez, frente al vacío de la ley, deberá reflexionar en dichas circunstancias. Por otra parte yo entiendo que la pretensión de la intención lasciva es algo muy difícil de probar, aparte de que la lasciva es consubstancial al acto sexual de que se habla. La primera acepción de la palabra lascivia es-

la de "propensión a los deleites carnales", que evidentemente se halla inmersa en el acto sexual de la especie; lo que significa que es un contrasentido sancionar determinado acto carnal ejecutado con intención lasciva. Luego vienen otras acepciones: una anticuada que tiene que ver con el apetito inmoderado de una cosa y otra que es sinónima y afín de la lujuria, de la impudicia, de la deshonestidad. ¿Cuál acepción se ha referido el legislador del nuevo texto de ley? Lo lógico a mi juicio es suponer que a la primera. Añádase que la palabra lascivia se identifica en su sentido con la sensualidad, por lo que es de preguntarse si el acto sexual de la especie puede ser ajeno a la sensualidad.

"En el texto derogado se habla de "sin el propósito -- directo e inmediato de llegar a la cópula, lo que en el nuevo se suprime. Me parece un desacierto porque la ausencia de -- aquél propósito directo e inmediato desnaturaliza que el activo se proponga el acceso carnal, como consecuencia de la excitación de un libido y de la del pasivo. En otros términos es to último, configuraría tentativa de diverso delito y no el consumado de atentado al pudor. Lo cierto es que en la ejecución del acto sexual a que se contrae el nuevo art. 260 hay, -- quiérase o no, y por lógico mandato de la naturaleza, un propósito, ni importa que diluido o nebuloso; de llegar a la cópula; en virtud de lo cual es tan necesario que dicho propósito sea calificado típicamente de "directo e inmediato"

Pocas cosas hay tan sagradas como la libertad del individuo, de la que es parte preciosa la libertad sexual. Uno se pregunta, al respecto, si ante la ola creciente de atentados sexuales basta y sobra con la penalidad de la nueva ley.- Desde luego se aumentó la pena en relación con el texto derogado, pero en forma tan reducida que se sigue alcanzado el beneficio de la libertad bajo caución. ¿Cual fue, entonces el motivo substancial de la reforma? Desde luego no creemos que las sanciones severas lo resuelvan todo. No obstante, y habida cuenta del ascenso en los delitos sexuales, hubiese sido conveniente que no se alcanzara la libertad caucional.

"En todo lo que concierne al artículo 260 se ha suprimido afortunadamente, aquello de "intención lasciva" que se puso apenas en la reforma de enero de 89.

"Se trata, como se ve (escribo estas líneas en marzo de 1991), de hacer y rehacer, de enmendar y remendar, de mover a veces sin ton ni son la enorme maquinaria constitucional del Poder Legislativo; obedeciendo, sospecha uno, a fluctuaciones caprichosas del momento. Siendo que lo peor, ya lo observaba en su época Dorado Montero, es la moda legislativa que jamás atiende al fondo de la norma jurídico cultural. V la nota 857 en que hago una crítica de aquello de "intención lasciva", pero hay asuntos de fuste a los que no suele atender el legislador. Yo me pregunto si en el caso del artículo



260 no estamos en presencia de una violación en grado de tentativa. "Me parece que si alguien, sin el consentimiento de un tercero y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecuta en éste un acto sexual o bien lo obliga a ejecutarlo, ha realizado así actos encaminados inmediata y directamente a la -- realización de un delito que no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente (me acojo aquí a la fórmula original de la tentativa en el Código del 31, pasando por alto la absurda reforma del 85 al artículo 12; v. nota núm. 40a a dicho artículo 12) . Todo indica, por lo menos en principio que se trata de una violación en grado de tentativa; ¿porque cómo -- averiguar si hubo o no propósito de llegar a la cópula? (yo -- corregiría esta deficiencia típica del vigente artículo 260). Esto me parece un contrasentido , pero aparte de que el legis -- lador condiciona el tipo a la falta de propósito para llegar a la cópula (repito, ¿cómo saberlo?) señala al mismo tiempo -- que el sujeto activo ejecuta en el pasivo un acto sexual. Y -- esto es tentativa, aunque mal explicada o peor legislada".

Por último, y como alguien ya ha observado con sutil -- inteligencia, hay una clara contradicción o anomalía entre la -- primera parte final del artículo que se comenta. En efecto, -- si el agente ejecuta en su víctima un acto sexual, sin el que -- hizo uso de la violencia. ¿Por qué el legislador hace espe-- cial mención de la violencia en la parte final, como si ella-- no se diera también en la parte primera?

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Pero volviendo al punto antes tratado, y habida cuenta de una defectuosa descripción típica, yo no consideraría irracional al agente del Ministerio público o al juez que frente al artículo 260 optará, como ya lo tengo dicho, por invocar - el dispositivo modificador del tipo de la tentativa sosteniendo que el sujeto activo quería violar o estuprar. Y esto último en virtud de que el engaño en el estupro es sin duda una forma o manifestación de la llamada violencia moral" (36)

El delito de abuso sexual, contiene en su descripción típica garrafales errores de técnica legislativa, pues se -- contradice gravemente, ya que no se puede llevar a cabo el acto sexual sin cópula y en dicho artículo (260 del Código Penal para el Distrito Federal) se habla de "la ejecución de - un acto sexual sin el propósito de llegar a la cópula", en el párrafo citado, existe una seria aberración lógico-jurídica; ya que muy a pesar de que no aceptamos más que la cópula, como acto de un hombre y una mujer, suponiendo sin conceder, -- que pudiera hablarse de cópula hombre a mujer, mujer a mujer, antes de que se efectúe el acto sexual, ya hay en principio - una cópula.

(36) Carrancá. Op. Cit. P. 643 a 648.

### CAPITULO III

#### "ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL"

##### 1.- LA DESIGNACION DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO EN GENERAL.

Para denominar el sostén objetivo del delito, se han adoptado diversas connotaciones a saber; hecho, conducta, acto, acción, actividad, etc. Para Jiménez de Asúa se trata de un acto conceptualizado de la siguiente forma: "Manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio - en el mundo exterior, o que por no hacer lo que espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda".

(1)

El autor en cita nos dice que no emplea la palabra hecho porque este es todo acontecimiento de la vida y que puede provenir de la mano del hombre o del mundo natural y que en cambio el acto considera la existencia de un ser dotado - de albedrío que lo realiza.

La opinión de Pavón Vasconcelos en cuanto al elemento objetivo del delito es que se trata de un hecho, admitiendo que en ocasiones debe hablarse de conducta, con referencia a

---

(1) Jiménez de Asúa. op. cit, pág. 210.

aquellos delitos en los cuales no existe, con concreción al tipo, la producción de un resultado de carácter material.

Celestino Porte Petit, acorde a la doctrina Italiana, considera que el elemento objetivo del delito debe titularse conducta en unos casos, y hecho entre otros, según la descripción típica, ya se trate de la acción o de la omisión -- (conducta) o de una conducta más un resultado unidos por un nexo causal (hecho). Consecuentemente afirma el Maestro que la conducta o el hecho son elementos integrantes objetivos del delito, según que éste sea de mera conducta (de simple actividad o inactividad), o bien, de resultado material, de conformidad con las hipótesis contenidas en el tipo relativo.

Aduce el penalista en mención, que si únicamente aceptáramos como elemento objetivo del delito a la conducta dejaríamos fuera todos aquellos casos en que la ley precisa de un resultado material, y de hecho, el vocablo sería excesivo porque abarcaría además de la conducta, el resultado material, consecuencia de aquélla.

El maestro Fernando Castellanos, no se muestra partidario del empleo de los términos conducta y hecho, sino solo del primero, para señalar el elemento objetivo del delito.

Expresa acertadamente a nuestra opinión, que en el --

lenguaje ordinario por hecho, se entiende todo lo que acontece, lo que ocurre, lo que sucede, y por ende, además de comprender también lo que pasa en la naturaleza, se presta a -- confusiones, puesto que, desde otro punto de vista, toda conducta realizada constituye un hecho, el actuar o el abstenerse humanos, por llevarse al cabo en el escenario del mundo, -- son hechos. Por lo mismo emplea la palabra conducta, para denominar el elemento delito, ya se trata que la ley describa un simple actuar u omitir, o también un resultado material.

Por nuestra parte emplearemos también la palabra conducta.

A) LA CONDUCTA, ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

El elemento objetivo del tipo específico del delito de hostigamiento sexual, de conformidad a la conducta desplegada por el agente o sujeto activo esta expresado por las palabras "Asediar con fines lascivos", esto es, con el objeto de satisfacer un deseo sexual, actividad que no precisa de un resultado material y por lo mismo, aún desde el punto de vista de la terminología empleada por el Profesor Porte Pettit, se tratará en todo caso, de una conducta y no de un hecho.

## B) MEDIOS COMISIVOS DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

Es conocido que la conducta delictiva puede manifestarse mediante acciones u omisiones, en la primera opción, - se precisa una actividad o movimiento del organismo humano - capaz de modificar el mundo exterior, en la segunda alternativa se requiere de una abstención, dejar de hacer lo que se tiene obligación de ejecutar.

A su vez, los delitos de omisión se clasifican en delitos de simple omisión y de comisión por omisión, en los de simple omisión, se infringe una ley dispositiva; y en los de comisión por omisión se violan dos normas, una dispositiva y otra prohibitiva, en la simple omisión, el abstenerse a hacer algo constituye el delito; en cambio, en la comisión por omisión, es menester que con el omitir se produzca un resultado prohibido.

Es ya clásico el ejemplo del homicidio cometido por la madre, que, con el deliberado propósito de causar la muerte de su hijo recién nacido, se abstiene de amamantarlo.

Ahora bien en el Hostigamiento sexual, no existe posibilidad de realizar el ilícito por omisión; se trata necesariamente de un delito de acción, de actividad ya que la ley habla: "Al que con fines lascivos asedie reiteradamente", -

por lo que es indispensable un hacer, una actuación en sentido estricto.

C) CLASIFICACION DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN ORDEN A LA CONDUCTA.

Ya expresamos anteriormente, que el delito de investigación, no acepta la forma omisiva, sino impresindiblemente activa, en donde el comportamiento finalístico del agente es el "Asediar con fines lascivos, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia, hostigamiento, viene a ser sinónimo de persecución.

El hostigador conoce y quiere asediar, y lo realiza - en forma reiterada, no es un acontecer causal, es final y repetitivo, por lo que para adecuarse al tipo se requiere que la conducta se repita más de una ocasión.

2.- ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO OBJETIVO EN EL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

Ya antes anotamos que la conducta juntamente con la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, son elementos indispensables del delito. La ausencia de alguno de ellos hará que el ilícito no exista, por ende, si falta la conducta no habrá figura delictiva por eliminación del ele-

mento objetivo, toda vez que el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, es la base del delito, como de todo problema jurídico.

La Contemporánea Dogmática del delito ha señalado como irrefutables casos de ausencia de conducta y la Vis absoluta denominada también, Fuerza Física, violencia, constricción físico o fuerza irresistible y la Vis Mayor.

Nuestro Código represivo en su artículo 15 fracción I, enumera entre las circunstancias excluyentes de responsabilidad a la Vis absoluta, la cual consideramos no puede verificarse en el hostigamiento sexual; porque en esta figura el sujeto no obra propiamente sólo ha servido de medio, impulsado por una fuerza física exterior e irresistible proveniente de otra persona la cual constríñe a hacer algo en contra de su voluntad.

Con razón el Maestro CARRANCA Y TRUJILLO, proclama con acertada nitidez: "El que por virtud de la violencia física que sufre sobre su organismo ejecuta un hecho tipificado por la ley como delito, no es una causa psíquica, sino sólo física; no ha querido el resultado producido, que no puede serle imputado ni a título de dolo ni de culpa; han agit, sed agitur, por cuanto no es el mismo el que obra, sino que obra -- quien ejercita sobre él la fuerza física. Así mirando a los-



criterios clásicos falta la moralidad de la acción; y a los positivistas, es nula la temibilidad del sujeto medio, mientras patente la del sujeto causa. Por ello la acción no --- existe". (2) (a pesar de lo cual la clasifica como causa de inimputabilidad, por impedir la imputación del hecho.)

Es evidente que una persona a quien se le obliga mediante la fuerza a ejecutar en otro individuo un acto ilícito, no realiza propiamente una conducta, por ausencia del -- elemento volutivo, pues la actuación humana como consecuencia de una violencia a la que no se puede resistir, no es -- una acción propia mente; en realidad no existe manifestación de voluntad.

Por lo que se refiere a la Fuerza Mayor, Porte Petit manifiesta: "Existe la Fuerza Mayor o Vis maior, cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad por una fuerza física irresistible, subhumana" .(3)

Es patente que la Vis Mayor no se puede presentar en el delito a desarrollar, porque no es dable que un individuo por una violencia física exterior irresistible proveniente de la naturaleza o de fuerzas subhumanas (Animales, fenómenos na

(2) Carrancá y Trujillo. op. cit. pág. 477.

(3) Porte Petit. op. cit. pág. 324.

turales etc.) pueda asediar a una persona con fines lascivos.

Algunos tratadistas señalan otras causas; así Pavón - Vasconcelos expresa que el sueño, sonambulismo, hipnotismo y los actos reflejos, son aspectos negativos de la conducta.

Hemos anotado, que la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, orientado a la creación de un resultado; por tal, para su configuración se necesitan dos elementos: Uno físico y otro psíquico, el primero estriba en el movimiento o en la actividad, y el segundo, en la voluntad de producir uno u otra.

Es evidente que en los casos señalados, es decir en el sueño, sonambulismo, hipnotismo y Actos reflejos, la voluntad propiamente no existe, pero aún así en el delito de Hostigamiento Sexual no pueden admitirse como aspectos negativos de la conducta los supuestos anteriores señalados, --- pues patentemente un sonámbulo, hipnotizado, etc., no está en condiciones de hostigar sexualmente a alguien.

### 3.- TIPICIDAD EN EL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL

#### A) DISTINCION ENTRE TIPO Y TIPICIDAD.

El tipo es la explicación de una conducta, realizada -

por el Estado, a través de los preceptos penales; en cambio- la tipicidad en concurrencia del comportamiento concreto con el descrito abstractamente por el legislador.

Dicho de otra manera, el tipo es la descripción legal de un delito, la tipicidad es el amoldamiento de la conducta con la fórmula típica. Con tiento el Maestro Porte Petit, - considera a la tipicidad como la educación de la conducta al tipo, que se resume en la frase, "mullum, crimen sine tipo". (4)

La tipicidad es uno de los elementos indispensables - del delito; pues nuestra carta Magna, en su artículo 14 dispone lo siguiente: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". (5)

Por otro lado el artículo número 7 del Código Penal - vigente dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan -- las leyes Penales", de donde se infiere que la ley Penal - aludida, concuerda con la exigencia de nuestra constitución - Política.

(4) Porte Petit. op. cit. pág. 332.

(5) Castellanos: op. cit. pág. 167.

## B) ELEMENTOS DEL TIPO EN EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

El tipo del hostigamiento sexual contemplado en el -- artículo 259 Bis, de nuestro Código represivo, comprende los siguientes elementos:

### 1.- BIEN JURIDICO PROTEGIDO POR LA LEY.

El bien jurídico es "La libertad sexual" la cual se -- vislumbra por la potestad en la libertad de elección, en cuanto a querer o no entablar contactos o relaciones de índole -- sexual con otra persona, un superior jerárquico.

### 2.- SUJETO ACTIVO.

Es un elemento del tipo y sin el cual no se puede conce- ptuar el delito, debido a que interviene directamente en la realización de la figura delictiva, en el hostigamiento --..-- sexual el Sujeto Activo es la persona que posea respecto del- pasivo una relación de jerarquía independientemente de su --- sexo, es decir, se establece una calidad en dicho sujeto, por lo que se trata de un delito con calidad específica, el autor material único, que puede realizar este delito, será el que- se encuentre en un nivel jerárquico superior al del sujeto -- pasivo.

En la figura en estudio también existe una circunstancia que agrava la punibilidad establecida a la figura típica, tal es el caso en que el sujeto que despliega la conducta penada sea servidor público tratándose de un delito especial en sentido amplio.

### 3.- EL SUJETO PASIVO

Es el titular del bien jurídicamente tutelado o protegido por el Derecho, es decir es la persona en la cual recae la conducta contraria a la disposición legal contenida en la ley.

En nuestro estudio es la persona afectada por la conducta típica pudiendo ser hombre o mujer de cualquier edad, - se exige determinada calidad en el sujeto pasivo esto es, debe reunir la calidad de subordinación, por lo que se trata - de un delito personal.

Ahora bien hay el conocimiento del elemento subjetivo del injusto por parte del sujeto activo, o sea de la dañosidad social de un querer y obrar concreto.

### 4.- RESULTADO MATERIAL.

Es el efecto natural de la acción, en el delito en in

investigación se trata de un daño o perjuicio al sujeto pasivo, es menester que la víctima por medio de pruebas fehacientes lo acredite ante el Ministerio Público, cuando el representante social inicie la averiguación previa correspondiente, -- por ejemplo, constancias de despidos laborales injustificados, medidas de apremio que carezcan de fundamento legal, dictámenes psicológicos que demuestren alteraciones emocionales etc.

Cuando en la figura típica concurra la violencia física o moral, se puede presentar el concurso con los delitos de lesiones o amenazas.

El diccionario de la Real Academia Española nos dice que se entiende por Daño y Perjuicio lo siguiente:

**DANO:** "Detrimento o destrucción de los bienes, a diferencia del lucro cesante"

**PERJUICIO:** "Es la ganancia lícita que deja de obtenerse, o -- gastos que se ocasionan por acto u omisión de -- otro, y que éste debe de indemnizar a más del daño o detrimento material causado por modo directo". (6)

(6).- Op. Cit. págs. 247 y 760.

Ahora bien en el hostigamiento sexual nosotros entendemos por daño, el detrimento causado dolosamente a la víctima en forma directa, el cual puede ser material, y/o el daño moral causado, en sus sentimientos, honor y condición social o laboral producido por el hecho dañoso y por perjuicio las ganancias lícitas que deja de percibir el sujeto pasivo, o los deméritos o gastos que se generan por el acto, lo cual debe indemnizarse.

#### 5.- REFERENCIAS DE OCASION.

Son las disposiciones específicas generadoras de riesgo para el bien jurídicamente tutelado, que el agente utiliza para ejecutar la conducta o producir el resultado.

Habrán modalidades típicas en el hostigamiento sexual cuando la conducta típica sea desplegada por un servidor público, el cual tendrá que utilizar los medios o circunstancias que el encargo le proporcione para llevar a cabo el ilícito.

#### C) CLASIFICACION CON REFERENCIA AL TIPO.

En orden al tipo se puede clasificar de la siguiente manera:

1) Por composición el Hostigamiento Sexual es anormal, porque el tipo precisa de un fundamento subjetivo: "LALASCIVA DEL AGENTE".

2) En función de su autonomía o independencia es Autónomo porque tiene vida propia, sin depender de otro tipo.

3) Por su formulación es amplio.

4) Por el daño que causa:

Es de daño o de lesión, porque existe una mengua del bien jurídicamente protegido siendo "La libertad y el normal desarrollo Psicosexual."

#### 4.- ATIPICIDAD Y AUSENCIA DEL TIPO,

El aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la atipicidad, suele reconocerse ante ausencia de tipo y atipicidad.

Existe la atipicidad cuando la conducta realizada por el agente no encuadra en la hipótesis legal, es decir cuando no haya adecuación a lo descrito por el artículo 259 bis del Código Penal vigente, es indudable que toda atipicidad entraña falta de tipo respecto a la conducta específica, por ende



en realidad en la práctica es igual hablar de ausencia de tipo o de Atipicidad, de acuerdo con lo señalado por nuestra - constitución Política, según se ha expresado, no existe posibilidad de imponer pena alguna por simple analogía y aún por mayoría de razón , sino existe una ley exactamente aplicable a la conducta o hecho de que se trate; si falta alguno de -- los requisitos típicos, el delito no podrá configurarse,

#### A) LA ATIPICIDAD EN EL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL,

Con apoyo en las ideas precedentes concluimos en el sentido de que la no integración de los elementos especificados por la ley en el artículo 259 bis, será motivo para la - no configuración del delito por ausencia de tipicidad pudiendo ser las siguientes hipótesis.

- 1.- Cuando haya una ausencia de conducta; es decir, - cuando no exista el fin lascivo ni el asedio reiterado por parte del agente.
  
- 2.- Cuando falte el bien jurídico tutelado por el Derecho: Esto es cuando exista la aceptación a los acercamientos por parte del subordinado a las pretensiones del superior jerárquico.
  
- 3.- Por ausencia del Sujeto Activo: Que el que este-

en un plan de jerarquía perezca o que no exista - tal categoría,

4.- Por falta de sujeto Pasivo.

5.- Cuando falte el objeto material.

6.- Por falta de la referencia de ocasión.

"Puede haber atipicidad en cualquiera de las precedentes posibilidades, pero no por eso no hay delito".

Existiendo la posibilidad de configurarse una translación de tipo, ejemplo: Amenazas, Lesiones.

#### 5.- DE LA ANTIJURIDICIDAD EN GENERAL.

Continuamente hemos afirmado que no toda conducta es delictuosa; para serlo se requiere de determinados elementos; La Tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Jiménez de Asúa manifiesta que no basta que el hecho encaje textualmente en el tipo por la ley previsto, se precisa su contradicción con el Derecho.

Abundando afirma que lo antijurídico es lo contrario-

al Derecho, entraña una tautología del mismo modo que la res puesta dada por el médico cuando se le consulta un dolor de cabeza, y dice: "Es una cefalalgia"; no se ha hecho sino tra ducir al griego lo que el profano dijo en el lenguaje corrien te". (7)

El mismo tratadista, indica que Carlos Binding procuró describir que el delito no es lo contrario a la ley, -- sino el acto ajustado a ella.

En efecto, quien mata a un hombre, no ejecuta un acto contrario al texto del ordenamiento represivo, antes bien su comportamiento está acorde con él.

Para Binding, "el delito no quebrantará la ley, sino la norma".

Max Ernesto Mayer, da un contenido específico, concreto a la antijuricidad, a la que considera como la contradicción de las normas de cultura reconocidas por el Estado.

Por nuestra parte, somos partidarios al criterio de quienes sostienen que la antijuricidad es la oposición objetiva con el Derecho; entraña un juicio de valor entre el comportamiento humano, en su fase externa, y la escala de va (7) Jiménez de Azua, op. cit. pág. 267.

lores estatales.

Por ende no nos inclinamos a las doctrinas de Binding y de Mayer, porque en ocasiones se transgreden las normas -- culturales y la conducta no es antijurídica por ausencia de un precepto específico. Por otro lado es erróneo que la antijuridicidad radique en la oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado; pueden existir actos formalmente antijurídicos por contravenir las leyes, que no infrinjan los valores culturales, simplemente porque la legislación no los ha recogido en sus preceptos.

Es inequívoco que Binding y Mayer, como casi todos -- los expertos, presintieron el doble aspecto de la antijuridicidad; formal y material, al cual con posterioridad abordaremos.

Eugenio Cuello Calón apunta: "La antijuridicidad presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la -- conducta humana y la norma penal, juicio que sólo recae sobre la acción realizada, excluyendo toda valoración de índole subjetiva, por lo cual la antijuridicidad tiene carácter objetivo". (8)

(8) Cuello Calón, op. cit, pág. 362.

De la cita precedente, se deduce que la antijuridicidad opera con la sola contradicción a la ley, con independencia de la infracción a las normas sociales o culturales. -- Con tino Ignacio Villalobos proclama que el Derecho Penal no se limita a imponer penas, como guardián del orden público, menciona los actos que deben reprimirse, y, por ello es indudablemente que lleva implícito en sus preceptos un mandato o una prohibición, que es lo sustancial y lo violado por el delincuente, pues cuando la ley impone una sanción a los homicidas y a los ladrones, debe entenderse, argumenta el mismo penalista mexicano, que prohíbe el homicidio y el robo, resulta sutil y formalista pretender que, quien se apodera de lo ajeno cumple con la ley o se ajusta a ella.

#### A) DOBLE CONTENIDO DE LA ANTIJURIDICIDAD.

La antijuridicidad, según se ha manifestado, implica una oposición subjetiva con el Derecho, mas como éste tiene por misión tutelar determinados valores o intereses, resulta evidente que, en lo general, la oposición a la ley constituye ataques a bienes jurídicamente tutelados, por tal en el elemento del delito en investigación, se advierte un doble aspecto: Formal y Material.

El primero reside en la oposición a la ley; el segundo, en la lesión o en la puesta en peligro de bienes tutela-

dos por el Derecho. Con acierto Franz Von Liszt considera -- como formalmente antijurídica, la acción que infringe una -- norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico y materialmente ilícito el comportamiento vulnerador de -- los intereses sociales.

La materialidad de la antijuricidad se halla concretamente en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de -- que sea lesionado.

Cuello Calón comenta como ambos aspectos pueden con--cordar, pues los hechos que las normas penales prohíben o -- mandan ejecutar, son siempre nocivos o peligrosos socialmen--te, pero aun cuando no lo fueran, por ello no perderían su -- carácter antijurídico, debido a su contraposición a lo pres--crito en una norma. Nos dice que la existencia de hechos dañosos y perjudiciales para la colectividad (antijudicidad material), no prevista por la norma penal sólo puede ser causa para la publicación de una ley que los sancione, y sólo en--tonces serán antijurídicos.

Es menester observar que en realidad, la antijuridicididad material sin la formal, carece de interés en el ámbito -- penal, particularmente en los sistemas liberales como el --- nuestro, en donde rige el principio de estricta legalidad; -- delito y pena deben ser establecidos por una ley.

## B) CONCEPTO DE ANTIJURIDICIDAD.

El insigne Maestro Porte Petit, concibe la antijuridicidad en los siguientes términos: "Una conducta o hecho son antijurídicos cuando siendo típicos no están protegidos por una causa de justificación....., al realizarse una conducta o un hecho adecuados al tipo, se les tendrá como antijurídicos, en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación, hasta hoy día así operan los Códigos Penales, valiéndose de un procedimiento de excepción, es decir, en forma negativa, lo cual quiere decir que para la existencia de la antijuridicidad se requiere una doble condición: Positiva, siendo una adecuación de la conducta o hecho a una norma penal; y negativa otra que no estén amparados por una causa de exclusión del injusto. La conducta o hecho serán antijurídicos si no están protegidos por alguna de las causas que enumera el Código Penal en su propio artículo 15". (9)

Extractando, la antijuridicidad es un juicio de valor resultante de la consideración de dos términos: Por un lado, la conducta en su fase material objetiva y, por otra la escala de valores del Estado. Esto es la antijuridicidad radica en un juicio estimativo (que resulta negativo), entre el comportamiento y el Derecho.

(9) Porte Petit. op. cit. pág. 377.

### C) LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

La conducta desplegada por el sujeto activo en el delito en investigación presenta, consecuentemente, un doble aspecto: Formal y Material. El primero queda establecido cuando el agente transgrede al artículo 259 bis del Código Penal vigente en el Distrito Federal asediando, es decir -- ejecutando en la realidad lo descrito por el precepto referido.

El aspecto material concurre al ser lesionado el bien jurídicamente protegido, por el propio dispositivo que, como se ha manifestado es precisamente la libertad sexual y el -- Asedio con fines lascivos, constituye la antijuridicidad formal, porque se da el comportamiento restringido. El ataque al bien jurídicamente protegido por la norma, entraña la antijuridicidad material.

### 6.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

Si hemos asentado que el delito es una conducta típica, antijurídica no existirá el delito; luego las causas de justificación (También denominadas, justificantes, causas -- eliminatorias de la antijuridicidad, causas de licitud, ex-- cluyentes de responsabilidad Penal, etc.)



Cuya virtud es excluir la antijuridicidad de una conducta típica, representan uno de los aspectos negativos del delito, porque en presencia de ellas, el acto o la omisión, a pesar de las apariencias será lícito, acorde con el Derecho.

Jiménez de Asúa, define a las causas de justificación de la siguiente forma: "Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante del crimen". (10)

El autor en cita nos comenta que las causas de justificación son aquellos actos, verificados acorde al Derecho.

Castellanos Tena estima que las causas de justificación "Son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica". (11)

Celestino Porte Petit, opina que las causas de justificación existen cuando "la conducta o el hecho siendo típi-

(10) Jiménez de Asúa. op. cit. pág. 284.

(11) Castellanos Tena. op. cit. pág. 83.

cos, son permitidos, autorizados o facultados por la ley, en virtud de ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante, es decir aquella especial posición, en la que un hecho que habitualmente está prohibido por la Ley Penal, no constituye delito por la subsistencia de una norma - que lo autoriza o lo impone". (12)

Ya antes manifestamos el doble aspecto de la antijuridicidad de donde debe entenderse que sin una ley, no será posible hablar de acto u omisión injustos, atento el carácter formalista de la antijuridicidad. Por ende, si lo antijurídico es creación de la ley, indudablemente que sólo otra disposición de la misma naturaleza podrá borrar la ilicitud-creada o reconocida por la norma. En tal virtud, las causas de justificación deben estar patentemente determinadas en la ley, y por lo tanto no existe probabilidad de admitir excluyentes de responsabilidad supraleales de naturaleza justificativa, en otros términos no hay causas de justificación --- aparte de las mencionadas limitativamente por la ley; enumerando a la legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, obediencia jerárquica e impedimento legítimo.

(12) Porte Petit. op. cit. pág. 382.

La legítima defensa. Para Jiménez de Asúa, esta justificante puede definirse como: "La repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla". (13)

El Maestro Porte Petit opina que se esta en presencia de la legítima defensa cuando; "Existe un contra ataque o - repulsa necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente, que pone en peligro bienes propios o ajenos adn cuando haya sido provocada insuficientemente". (14)

Estado de necesidad. "Es una situación de peligro -- actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos que sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona". -- (15)

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER: En esta causa de justificación interviene una oposición de dos deberes que se decide - en la supremacía del más categórico y más merecedor de proteger, como es el deber concretamente exigido por la ley, la -

(13) Jiménez, op. cit. pág. 289.

(14) Porte. op. cit. pág. 384.

(15) Cuello. op. cit. pág. 387.

función o el cargo consiste en obrar realizando lo que la -- ley ordena, aún cuando se lesione o se haga peligrar otro -- bien tutelado por la ley.

**EJERCICIO DE UN DERECHO.** Radica en ejercer una facultad legalmente otorgada; en otras palabras, entraña la existencia de un derecho subjetivo, cuyo ejercicio se encuentra en pugna con otro tutelado jurídicamente y su titular resiente las consecuencias del ejercicio de aquella facultad.

**OBEDIENCIA JERARQUICA.** Esta opera como justificante sólo cuando el subordinado se encuentra incondicionalmente obligado a obedecer la orden superior, ya que en otras hipótesis, es decir, cuando el subordinado no está legalmente -- obligado a cumplir un mandato, operará una causa de inculpatibilidad, para algunos o bien alguna excusa absolutoria, o habrá delito según los casos o la obediencia jerárquica adquiere la naturaleza de una causa de justificación cuando se -- equipara al cumplimiento de un deber; por ende, no posee vida autónoma, pues se subsume en la aludida.

**IMPEDIMENTO LEGITIMO.** También es una causa de justificación por lo que excluye la antijuridicidad, nosotros consideramos que existe cuando se deja de realizar la conducta impuesta por la ley por cumplir otra igualmente derivada del orden jurídico.

Esta justificante solo opera como causa de licitud en omisiones, no en acciones.

El ilustre maestro Carranca y Rivas opina lo siguiente al respecto: "El que no ejecuta aquello que la ley ordena, porque lo impide otra disposición superior y más apremiante que la misma ley, no comete delito, lo exime a no dudar de responsabilidad la legitimidad misma que motivó su inacción.

El que no practica el hecho que debiera haber ejecutado, por un obstáculo que no estaba en su mano vencer, tampoco delinque, pues le exime de responsabilidad la imposibilidad de vencer el obstáculo que le impide obrar". (16)

#### 7.- CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD EN EL DELITO DE HOSTIGACION SEXUAL.

- A) El Presupuesto Necesario de la Culpabilidad.
- B) La Inimputabilidad
- C) La Culpabilidad
- D) Formas de Culpabilidad
- E) La Culpabilidad en el Delito de Hostigamiento Sexual
- F) La Inculpabilidad en General.

(16) Carranca. op. cit. pág. 647.

#### A) EL PRESUPUESTO NECESARIO DE LA CULPABILIDAD.

Reiteradamente hemos señalado que una conducta, para ser delictuosa, necesita matizarse de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Más para ser culpable, precisa de la capacidad de querer y de entender. Tal capacidad recibe el nombre de imputabilidad y constituye el sostén esencial del elemento subjetivo del delito, esto es de la culpabilidad. - No ignoramos la diversidad de criterios sobre la imputabilidad.

Algunos autores la consideran como un elemento esencial del delito, otros como presupuesto general del ilícito penal, y, por último, hay quienes estiman que se trata de un antecedente imprescindible de la culpabilidad, este último parece concordar con nuestro punto de vista, pues si la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito, la capacidad de ser culpable deberá estudiarse antes de realizar el análisis de dicho ingrediente interno. Se afirma, es imputable - el que reúne al tiempo de la acción, las condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales que lo capacitan para obrar - en el campo del Derecho Penal.

La imputabilidad se configura por dos elementos: salud y desarrollo mentales. Es decir, sólo el individuo de una psique sana y con cierto desarrollo, puede ser capaz de

entender y de querer. Del mismo modo que en el Derecho Civil, la capacidad es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones, en el Derecho Penal constituye la condición in dispensable para delinquir.

Si ser culpable consiste en querer realizar el acto, distinguiendo lo que se hace, resulta innegable que solamente puede entender y querer quien sea susceptible de ejecutar tales funciones; luego, persistimos, la imputabilidad, capacidad ante el Derecho Penal, es el presupuesto necesario de la culpabilidad y, por tanto, su ausencia hará que el delito no se integre.

De conformidad con nuestro Derecho Positivo, todas -- las personas son imputables, salvo los casos de excepción se ñalados en el artículo 15 fracciones II y VI del Código Penal. Más se advierte que cualquier situación demostrativa -- de la falta de capacidad para querer y entender, evitará la configuración del delito, por ausencia del presupuesto necesario de la culpabilidad, con independencia de que la ley lo manifieste o no en forma expresa.

#### B) LA INIMPUTABILIDAD.

Como ha quedado escrito, si hay ausencia de capacidad en el sujeto, el delito no podrá configurarse, por existir -

la inimputabilidad, la cual es la ineptitud para entender o querer y podrá operar aún cuando la ley no señale expresamente alguna de las causas correspondientes.

De esto se concluye que existen, doctrinariamente al menos, al lado de inimputabilidad legales, las Supra-legales.

El Código Penal vigente en las fracciones II y VI del artículo 15, estatuye las causas de inimputabilidad.

La primera nos dice: "Padecer el inculpado al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente". (17)

Como podemos darnos cuenta la ley en la fracción -- transcrita manifiesta que los trastornados mentales con carácter transitorio o permanente, no incurrn en responsabilidad penal por no ser dueños de sus actos siempre y cuando -- tratándose de los trastornados transitorios, la conducta -- desplegada haya sido en forma accidental o involuntariamente

(17) Carrancá. Op. Cit., pág. 71.



y en el caso de los segundos, autores de conductas flicitas, el Estado tomará las medidas de seguridad precedentes para su curación.

Cabe hacer resaltar que en la fórmula legal mencionada pueden quedar contemplados en los referentes casos, también aquellos sordomudos o ciegos con intelecto retardado, que se les imposibilite entender el carácter ilícito del hecho, o dirigirse de conformidad con esa comprensión, aún cuando no manifiesten un auténtico trastorno mental.

En la fracción VI, alude el miedo grave y al temor -- fundado, expresando:

"VI.- Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente".(18)

En la fracción precedente concurren dos hipótesis: - "Miedo Grave" y "Temor Fundado", el primero constituye una causa de inimputabilidad; el segundo puede suscitar una causa de inculpabilidad.

(18) Carrancá. Op. Cit., pág. 72.

El Doctor Carrancá y Rivas nos dice que "Miedo, de me tus, significa; inquietud, ansiedad; es perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o mal que realmente amenaza o que se finge la imaginación; y temor, de temor, es temor o espanto, pasión del ánimo que hace huir o rehusar las cosas que se consideran dañosas o peligrosas". (19)

De lo anterior se desprende que el miedo grave no se exterioriza en la vida fáctica, sino es un pensamiento perturbador y angustioso de una amenaza que puede ser real o so lo existir en la mente de la persona, en cambio el temor -- fundado es una perturbación en el psique de un individuo por la existencia de una amenaza real ya perteneciente a la realidad fáctica de una amenaza inminente e irresistible y que puede ocasionar un daño.

#### C) LA CULPABILIDAD.

Plasmado el concepto de la imputabilidad, apoyo sobre el cual reposa la culpabilidad, es menester ahora el examen de este elemento, que no es sino la rebeldía del sujeto con el orden jurídico. Con tino Cuello Calón expresa: "Una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica -

(19) Carrancá, Op. Cit., pág. 409.

existente entre ella y su actor puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada".(20)

Indica que además de existir una relación de causalidad que se da entre agente y acción, existe un juicio de reproche de la conducta desplegada por el agente, motivado por su conducta contraria a lo estipulado por la ley, ya que al realizar un hecho prohibido ha quebrantado su deber de obedecerla.

Pavón Vasconcelos define a la culpabilidad como "El conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".(21)

Lo dicho anteriormente es suficiente para observar -- que el elemento subjetivo del delito es conceptuado de diferentes formas, dependiendo la doctrina sobre la que se sustente. Dos corrientes procuran agotar el estudio de la naturaleza jurídica de la culpabilidad siendo a saber: El psicologismo y el normativismo.

#### 1.- TEORIA PSICOLOGISTA.

Para esta corriente lo fundamental de la culpabilidad

(20) Carrancá. Op. Cit., pág. 409.

(21) Cuello. Op. Cit., pág. 403.

esta formado por una relación de carácter psíco entre el individuo imputable y el hecho antijurídico por el realizado. Para esta doctrina la culpabilidad se agota en un hecho de carácter psicológico quedando a la antijuridicidad la valoración jurídica; elemento subjetivo del delito se reduce al -- proceso intelectual-volitivo desarrollando en el autor, pues el análisis de la culpabilidad supone el de psique del individuo, con el fin de investigar cuál ha sido su conducta con relación al resultado objetivamente delictuoso.

El profesor Porte Petit, apunta; "La culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexu psíquico entre el sujeto y el resultado, lo que quiere decir, que contiene dos elementos: Uno volitivo o como lo llama Jiménez de Asúa; emocional, y otro intelectual. El primero indica la suma de -- dos quererres: De la conducta y el resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta". (22)

Por su parte, el penalista mexicano Luis Fernández Doblado, apunta: "A este respecto algunos penalistas como Rossenfeld y Von Hippel, en Alemania, Soler y Núñez en la Argentina, han elaborado una doctrina que es denominada psicológica, atendiendo a la calificación que hacen de la culpabi

(22) Porte Petit. Op. Cit., pág. 49

lidad, como un hecho de carácter puramente psicológico, despojado de toda valoración frente al Derecho, o cuando menos, indiferente a ella en cuanto se refiere a sus características de independencia propia. Su concepto se agota en el proceso intelectual-volitivo que se desarrolla en el autor".(23)

## 2.- TEORIA NORMATIVISTA.

Para los seguidores de esta corriente, la esencia del elemento subjetivo del delito, esta formado por un juicio de reproche.

Señalan que un comportamiento solo puede tildarse de culpable, cuando a un sujeto imputable, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta distinta a la ejecutada. Para la doctrina normativa, la culpabilidad, es decir el juicio de reproche, se apoya en la imperatividad dirigida a los individuos capacitados para obrar según el deber.

En otras palabras, el elemento subjetivo del delito - jamás estará presente sin el poder comportarse de acuerdo -- con la exigibilidad normativa por ausencia del elemento fundamental del juicio de reproche, el cual brota de la compara

(23) Soler. Op. Cit., pág. 235.

ción de dos términos: Por un lado, una conducta dolosa o culpable cuyo autor estuvo en condiciones de evitar, y por otra, un ingrediente normativo que imponía una actuación conforme al Derecho: "El deber Jurídico".

Al respecto, el maestro Pavón Vasconcelos expresa: - "Para la concepción normativa, no consiste en una pura relación psicológica, pues ésta sólo representa el punto de partida teniendo presente un hecho psicológico concreto, deben precisarse los motivos del mismo para ubicar la conducta del sujeto dentro de los ámbitos de dolo o la culpa. Este camino, necesario, no agota la investigación del concepto de culpabilidad pues determinados los motivos deben arribarse a la conclusión de si el hecho es o no reprochable, para lo cual habrá de probarse si teniéndose presentes los motivos y la personalidad del autor le era "exigible" una conducta acorde con el Derecho". (24)

Nosotros estimamos más aceptable la doctrina psicologista de la culpabilidad; en primera instancia, por que al parecer es la acogida por nuestra legislación positiva, y si el Código Penal y las leyes de la misma naturaleza, constituyen verdaderos dogmas para el estudioso, indudablemente deben tenerse como sostén de todo análisis jurídico-penal.

(24) Pavón. Op. Cit., pág. 35.

Además, no existe unidad de criterio entre los defensores de la corriente normativista, referente a la norma que habrá de servir de base al juicio de reproche, ni tampoco -- con relación a la materia de hecho sobre la que dicho juicio ha de recaer. No esta por demás hacer destacar que una conducta se reprocha, necesariamente por ser culpable, mas no - se matiza de culpabilidad porque haya de ser reprochada a su autor. Porque el sujeto ha realizado una conducta típica, - antijurídica y culpable, el Estado no sólo reprocha, sino -- también impone penas, mas el juicio reprobatorio no puede -- formar parte del delito; se dicta cuando se ha realizado el ilícito penal.

El aceptar una u otra doctrina no es una pretensión - meramente especulativa, del aspecto negativo de la culpabilidad.

De acuerdo con el psicologismo, sólo serán causas de inculpabilidad aquellas capaces de eliminar el conocimiento o la voluntad (error y coacción sobre la voluntad); en cam-- bio, de conformidad con la corriente normativista, llenan el campo de las inculpabilidades el error y la no exigibilidad de otra conducta.

#### D) FORMAS DE LA CULPABILIDAD.

Se puede ser culpable en forma dolosa, culposa o preterintencionalmente; dependiendo si el sujeto encamina su voluntad consciente a la ejecución de un hecho típico y antijurídico o que, sin querer la producción del resultado éste se manifieste porque no fueron puestas en juego las precauciones y las cautelas necesarias exigidas por el Derecho para la conservación del orden en la vida gregaria, o bien, el que lleve a cabo un hecho típico violando un deber de cuidado que las condiciones y circunstancias le imponen, siendo el resultado producido mayor al querido o aceptado por lo que creemos que la esencia de la preterintención radica en la producción de un evento mayor al querido y constituye una suma de dolo y culpa.

#### E) LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

En el delito de hostigamiento sexual, necesariamente se da la forma dolosa de la culpabilidad, por así exigirlo, el tipo correspondiente, consideramos que la comisión culposa o imprudencial quedan excluidas y que no pueden presentarse en la figura en estudio.

El precepto relativo del Código Penal requiere, para que se tipifique el delito; la finalidad lasciva y el asedio



reiterado a persona de cualquier sexo, valiendose de su posi  
ción jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docen-  
tes, domésticas o cualquier otra que implique subordinación.

En cuanto a la clasificación de las especies de Dolo  
en el Hostigamiento Sexual; concurren las siguientes:

1) EN CUANTO A LA DIRECCION.

Dolo directo. Ya que el agente encamina su voluntad  
hacia un evento particular, en el hostigamiento sexual el su  
jeto tiene la intención de hostigar, hecho que realiza repe-  
tidamente.

2) EN CUANTO A SU NACIMIENTO.

Dolo inicial o presente. En el delito en investiga--  
ción concurre ya que el agente consciente y voluntariamente  
encamina su voluntad a realizar la figura típica.

3) EN CUANTO A SU EXTENSION.

Dolo determinado. Ya que la intención o la voluntad  
del activo va dirigida directamente a realizar la conducta -  
flicita.

## 4) EN CUANTO A SU INTENSIDAD.

Dolo específico. Porque la finalidad lasciva de acedio reiterado se fija a una persona subordinada.

## 5) EN CUANTO A SU DURACION.

Dolo premeditado. Debido a que el agente decide desplegar la conducta contraria a Derecho y la realiza.

## 6) EN CUANTO A SU CONTENIDO.

Dolo de daño. Ya que sufre un detrimento el bien jurídico tutelado por el derecho, siendo este la libertad sexual del sujeto pasivo, esto sucede cuando el sujeto activo realiza la conducta tipificada por la norma penal.

## F) LA INCULPABILIDAD EN GENERAL.

Para algunos autores, las causas de inculpabilidad -- son el error y la coacción sobre la voluntad, debido a que -- tanto uno como otra eliminan las bases sobre los que descansa el elemento subjetivo del delito. Si la culpabilidad se integra con dos elementos: Conocimiento y voluntad, es palpable que la ausencia de cualquiera de ellos producirá la -- inexistencia de la culpabilidad y, consecuentemente del deli

to, según otros especialistas adheridos al Normativismo, las inculpabilidades están constituidas por el error, que anula el elemento intelectual y la no exigibilidad de otra conducta, eliminadora de la reprochabilidad.

Como nos hemos afiliado a la corriente psicologista, para nosotros las inculpabilidades se agotan con el error y la coacción sobre la voluntad.

El error es un vicio del conocimiento, consiste en la no coincidencia entre las cosas y el concepto que de ellas -- tiene el individuo es decir, hay error cuando se tiene un -- mal conocimiento de la realidad, cuando la concepción sobre algo no corresponda a lo real.

En cambio, la ignorancia, se tiene una laguna del entendimiento, pues nada se conoce. Suele dividirse el error en el hecho y de Derecho.

El primero, a su vez, se clasifica en esencial y accidental y este último en aberratio ictus, aberratio delicti y aberratio in persona.

El error de Derecho no es considerado relevante para borrar la culpabilidad, pues la ignorancia de las leyes a na die beneficia.

El error de hecho, para tener efectos eximentes, debe reunir ciertos requisitos; esto es, tiene que ser esencial e invencible; si el sujeto que cae en el error puede fácilmente salir de él y no lo hace, ello implica, en su caso, un actuar culposo.

El maestro Porte Petit señala que el error esencial es aquél en el cual el sujeto actúa antijurídicamente creyendo obrar jurídicamente, es decir, desconociendo la antijuridicidad de su conducta.

Es accidental, cuando recae sobre circunstancias secundarias del hecho, consideramos que la no exigibilidad de otra conducta no opera como causa de inculpabilidad, porque como enseña Ignacio Villalobos, la actuación de un sujeto ante la mencionada no exigibilidad, debe considerarse con cierto grado de inclinación al hecho prohibido, pues no se pierde la conciencia ni la capacidad de determinación "Por tanto, solo atañe a la equidad o a la conveniencia política y puede motivar un perdón o una excusa, pero no una desintegración - del delito por eliminación de alguno de los elementos". (25) Ahora bien pensamos que no se configura alguna de las causas de inculpabilidad en el tipo a que se refiere el art. 259-bis de nuestro código penal.

(25) Villalobos. Op. Cit., pág. 149.

8.- LA PUNIBILIDAD Y LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN EL DELITO -  
DE ATENTADOS AL PUDOR.

A) DE LA PUNIBILIDAD EN GENERAL.

Se comprende por Punibilidad, la amenaza por parte -- del Estado a través de sus normas, de la imposición de las - penas, si las conductas llenan los presupuestos legales. Se trata de una reacción enérgica por parte del Poder Público y, precisamente, en eso se distingue la sanción penal de la civil o de la administrativa. Mediante la punibilidad se conmina la ejecución de ciertos comportamientos con la amenaza de imposición de las penas.

Ya antes dijimos que la punibilidad no constituye un elemento esencial del delito; precisamente una conducta se - sanciona penalmente por ser delictuosa, más no tiene este ca rácter por merecer las enérgicas reacciones estatales, a pesar de nuestra definición legal del delito: <sup>acto</sup> acto u omisión que sancionan las leyes penales, no todos los delitos se pe- nan, ni se aplican penas únicamente a los delitos; existen - faltas e infracciones disciplinarias que en realidad traen - como consecuencia una multa y hasta la privación de la liber- tad, sin constituir ilícitos penales; por otro lado, hay de- litos no punibles, como trataremos de explicar con posterioridad.

Precisando, para nosotros la punibilidad no forma parte esencial del delito; se traduce en una consecuencia del mismo.

#### B) PUNIBILIDAD EN EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL.

Por lo que respecta al delito a investigación, el Código Penal vigente del Distrito Federal lo sanciona hasta -- con cuarenta días de multa y si el hostigador fuese servidor público y utilizase los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo.

Se advierte, pues, que en realidad la sanción correspondiente al delito, es sumamente benigna seguramente porque el legislador estimó que el tipo respectivo, no es de -- magnitud considerable.

#### C) CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

En otro lugar ha quedado establecido que las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, son situaciones excepcionales exigidas por el legislador para que pueda aplicarse la pena; se trata de algo extraño al delito, por ende no forma parte de su esencia. Si las contiene la descripción legal, constituirán elementos del tipo; si faltan en éste, tendrán la categoría de requisitos accesorios fortuitos. Las -

condiciones objetivas de punibilidad son, pues, meras exigencias ocasionalmente señaladas por la ley para que pueda imponerse la pena al autor del delito.

Dada la redacción del artículo 259-bis, relativo al ilícito a estudio, resulta evidente que concurren dos condiciones objetivas de punibilidad.

1.- "Sólo será punible el hostigamiento sexual cuando se cause un perjuicio o daño".

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

#### D) LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Para Jiménez de Asúa, las excusas absolutorias son -- causas que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública.

En función de una excusa absolutoria, a pesar de permanecer inalterables los elementos del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), se excluye la posibilidad de imposición de las penas.

El maestro Carrancá y Trujillo nos manifiesta que las excusas Absolutorias se pueden clasificar de la siguiente manera:

- 1.- "Excusas en razón de los móviles afectivos revelados.
- 2.- Excusas en razón de la copropiedad familiar (derogadas).
- 3.- Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela (derogadas).
- 4.- Excusas en razón de la maternidad consciente.
- 5.- Excusas en razón del interés social preponderante.
- 6.- Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada". (26)

En el delito al que se han consagrado estas páginas - no opera excusa absolutoria alguna, ya que la ley no la consigna.



#### CAPITULO IV.

#### RAZONES PARA DETERMINAR LA UBICACION DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL COMO DELITO.

A riesgo de ser redundantes, en principio hablaremos - del delito y del Derecho Penal, para establecer el verdadero carácter de lo que hoy conocemos como el delito de hostiga--- miento sexual, a la luz del Código Penal para el Distrito Fe- deral.

"En derecho penal, acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal.

Este concepto del delito como ente jurídico, derivado de los extremos exigidos por la ley para tener una acción u - omisión por criminalmente punible, difiere, por supuesto, del concepto de delito que puedan eventualmente utilizar las cien- cias de la conducta o la sociología. Así, es distinto, por - ejemplo, del implicado al hablarse de lucha contra el delito, en que se alude manifiestamente al fenómeno social de la de-- lincuencia o criminalidad. (1)

---

(1) Carranca y Trujillo Raúl. Derecho Mexicano. Editorial - Porrúa. México, 1976. 10a. Edición. p. 223.

Nada tiene que ver tampoco este concepto jurídico con el de delito natural, elaborado por los positivistas (Garofalo) en un intento de fijar el contenido material del delito en todas las sociedades y en todos los tiempos. Los juristas han seguido tratando, sin embargo, de precisar las características sustanciales que una determinada legislación ha tenido en cuenta para incluir una acción u omisión en el --- elenco de los hechos punibles, esfuerzo que difícilmente puede arrojar resultados claros, debido a que esa selección proviene de un juicio valorativo basado, ora en la naturaleza y entidad del bien jurídico protegido, ora en el carácter -- irreparable de la lesión inferida a él, ora en las características especialmente odiosas de la forma de conducta incriminada, y las más veces, en la concurrencia de más de uno de los factores señalados o de todos ellos. (2)

"De la definición formal ofrecida surgen tanto el núcleo de la infracción como sus caracteres:

a) El mero pensamiento no es susceptible de castigo - (cogitationis poenam nemo patitur). Para que haya delito, es pues, necesario, en primer término, que la voluntad humana se manifieste externamente en una acción o en la omisión de una acción. Es frecuente abrazar la acción y la omisión bajo el

---

(2) Carrancá y Trujillo Raúl, op.cit. p. 225.

común concepto de conducta, base y centro del delito, sin la cuál éste es inconcebible. Aunque esa conducta no puede, en sí misma, ser escindida, aparece en cuanto conducta delictiva, es decir, en cuanto delito, dotada de ciertos caracteres, que, para los efectos del análisis, se estudian por separado. Estos caracteres son la tipicidad, la ilicitud o antijuricidad y la culpabilidad. Antes de hacer referencia a cada uno de ellos, empero, importa tener presente que falta la conducta en la hipótesis de fuerza irresistible y en aquellas en que el acto no es voluntario o se ha ejecutado en estado de supresión de la conciencia por diversas causas.

b) La acción u omisión deben ser típica, ello es conformarse a una descripción de la conducta delictiva hecha previamente por la ley (tipicidad). Esta descripción es el tipo medio de que el derecho se vale, en la parte especial de los códigos penales o en leyes penales independientes, para individualizar las conductas punibles. Los tipos son predominantemente descriptivos, y comprenden en sus descripciones contenidas tanto objetivos como subjetivos.

La tipicidad de la acción u omisión no se da cuenta en el hecho acaecido falta alguno de los elementos objetivos del tipo o todos ellos, cuando por error de tipo desaparece el dolo sin dejar un remanente culposo y cuando está ausente alguno de los demás elementos subjetivos requeridos por el tipo,

en su caso.

c) Las acciones u omisiones típicas deben, en seguida, para constituir delito, ser antijurídicas, esto es, hallarse en contradicción con el derecho. Tal ocurre cuando no existen en el ordenamiento jurídico, tomando en conjunto, preceptos que autoricen o permitan la conducta de que se trata, autorizaciones o permisos que reciben el nombre de causas de -- justificación. Entre éstas cuentanse la defensa legítima, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber, y de el ejercicio legítimo de un derecho.

d) Las acciones y omisiones típicas y antijurídicas de ben, finalmente, para constituir delito, ser culpables, es de cir, deben poder reprocharse personalmente a quien las ha e-- fectado. Para que ese reproche tenga lugar debe el sujeto a quien se dirige ser imputable, haberse hallado en la posibili dad de comprender el carácter ilícito de su acto y haber obra do en circunstancias que hayan hecho exigible una conducta -- conforme a derecho". (3)

"La culpabilidad se excluye, por tanto, por inimputabi li dad del sujeto o por haber obrado éste en virtud de error - de prohibición, o en condiciones de no poder exigírsele otra

---

(3) Carrancá y Trujillo Raúl. op.cit. p. 226.

conducta adecuada a derecho.

De lo dicho aparece, pues, que la culpabilidad presupone, la antijuridicidad del hecho y que ésta, a su vez, implica la tipicidad del mismo. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad don, así caracteres ineludibles de todo delito.

El delito doloso puede ser tentado o consumado. Legalmente se dice que hay tentativa en el comienzo de ejecución de un delito que no llega, sin embargo, a consumarse por causas ejanas a la voluntad del agente. El delito se entiende formalmente consumado en el momento en que concurren todos los elementos que integran su descripción legal.

Salvo el caso en que el tipo o figura de delito implique la necesaria concurrencia de más de un agente, como por ejemplo, en el delito de adulterio, el delito doloso puede cometerse por una persona, o en general, por varias personas eventualmente. En este concurso no necesario sino eventual de varios sujetos, alguno o algunos de ellos pueden tener intervención directiva o ejecutoria y otros las de instigación o auxilio.

Aparte la concurrencia o concurso de varias personas en un delito puede darse el concurso de varios delitos cometidos por un mismo sujeto. Este concurso puede ser real o mate

rial, o bien , concurso ideal. El primero, que el Código Penal llama acumulación, se produce cuando se juzga al sujeto -- por varias acciones delictivas independientes, y el segundo -- cuando un sólo acto viola simultáneamente varias disposiciones penales." (4)

"Los delitos se agrupan en la parte especial de los códigos penales de acuerdo al bien jurídico que ofenden, esto, es al correspondiente interés de la vida colectiva protegido por la ley penal. El libro II del Código Penal procede de ese modo, pero aunque los bienes jurídicos de naturaleza social quedan allí antepuestos a los de alcance individual ello no significa ninguna jerarquía preordenada de valores ni expresa en forma necesaria una política criminal determinada. Ese orden comprende los delitos contra la seguridad de la nación (título 1o) el derecho internacional (título 2o.), la humanidad (título 3o) la seguridad pública (título 4o) las vías de comunicación y correspondencia (título 5o.) la autoridad (título 6o.), la salud (título 7o.) la moral pública y las buenas costumbres (título 8o.) los delitos de revelación de secretos (título 9o.), los de los funcionarios públicos (título 10o.), los delitos contra la administración de justicia (título 11o), los cometidos en el ámbito de la responsabilidad profesional (título 12o.), los de --

---

(4) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Teoría del Delito. Editorial --- Ediar. Buenos Aires Argentina, 1974. p. 184.

litos de falsedad (título 13o.), los delitos contra la economía pública (título 14o.), los delitos sexuales (título 15o.) los delitos contra el estado civil (título 16o.), los delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones (título 17.,) los - delitos contra la paz y seguridad de las personas (título 18o.) los delitos contra la vida y la integridad corporal (título -- 19o.), los delitos contra el honor (título 20o.) los que importan privación ilegal de la libertad y de otras garantías (título 21o.), los delitos contra el patrimonio (título 22o.), y el delito de encubrimiento (título 23o.).

Tras esta clasificación de las infracciones de acuerdo al bien jurídico contra el cual se dirigen, mencionaremos las más importantes clasificaciones de los tipos, hechas de acuerdo a diferentes puntos de vista". (5)

"Aparte la distinción entre delitos de acción y de omisión y entre tipos dolosos y tipos culposos, cabe diferenciar los delitos de daño o lesión de los delitos de peligro, según que el hecho delictuoso importe, en seguida una efectiva lesión del bien jurídico (homicidio, lesiones, violación, etc.) o su mera exposición a peligro (asociaciones delictuosas, armas prohibidas, y otros). Esta clasificación no debe confundirse con la que distingue, luego, entre delitos de resultado, en -

---

(5) Castellanos Tena. op. cit. p. 223.

que el tipo respectivo lo requiere para conformar el hecho de delictuoso, y delitos de mera conducta (mal llamados formales), en que ese resultado no es necesario en la configuración del tipo." (6)

Se habla, desde otro punto de vista, de delitos básicos y de delitos calificados o privilegiados. En los primeros el tipo establece el concepto fundamental de la conducta que se sanciona, del cual los calificados acuan una modalidad más grave y los privilegiados una más leve.

"Habida cuenta, todavía, de la forma de consumación, se hace diferencia entre delitos instantáneos; que se consuman en un solo momento, como el de la muerte en el homicidio, y - delitos permanentes, que el Código Penal llama continuos a su artículo 19, caracterizándolos como aquellos "en que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o - la omisión que los constituyen". Esta distinción es de importancia para apreciar la actualidad de la agresión en la defensa legítima, para dar comienzo al cómputo del plazo en la --- prescripción y para ciertos fines procesales. El delito permanente (o continuo) no debe confundirse con el continuado, En que una serie de conductas configuran una consumación." (7)

(6) Castellanos Tena. op.cit.p. 219.

(7) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal. Editorial Porrúa. México, 1960. 4a. Edición. p. 127.



Finalmente, cabe mencionar aquí la distinción entre delitos comunes, cuyo sujeto activo posible es todo el mundo, y delitos especiales o propios, en que esa posibilidad está reservada sólo a un círculo determinado de personas, como es el caso de la traición a la patria, que sólo puede cometerla el mexicano. También es esta distinción jurídicamente significativa ello en diversos aspectos, sobre todo en materia de participación.

Una vez analizado el concepto de delito, ahora hablaremos de lo que se debe entender por Derecho Penal.

"También llamado derecho criminal, derecho punitivo o derecho de castigar, es el conjunto de normas jurídicas del Estado que versan sobre el delito y las consecuencias que éste acarrea, ello, es la pena y las medidas de seguridad. También suele designarse así la ciencia que tiene por objeto las expresadas normas constitutivas del derecho penal objetivo. Aquí nos ocuparemos sólo del derecho penal en la primera acepción indicada.

Sobre la base del principio constitucional de que no hay delito ni pena sin ley previa, el derecho penal describe las diversas especies de delito, señala las características de toda infracción penal y determina la naturaleza de las penas y medidas de seguridad y las bases de su magnitud y dura-

ción. Delito, pena y medida de seguridad son pues, los conceptos esenciales del derecho penal." (8)

Lo anterior vale para lo que se conviene en llamar de recho penal material o substantivo, que es el derecho penal propiamente dicho. En una acepción más amplia cabría también el derecho procesal penal, cuyos preceptos regulan la aplicación de las consecuencias previstas en el derecho penal substantivo, y el derecho de ejecución penal, relativo a la ejecución y control de las penas, medidas y consecuencias accesorias impuestas por sentencias ejecutoriada. Parte de este último es el derecho penitenciario.

"El derecho penal es una rama del derecho público interno, pues la potestad punitiva (jus puniedi) compete exclusivamente al Estado. Se conviene en que el ejercicio de esta potestad representa la última ratio en la defensa de bienes jurídicos tenidos por fundamentales, que el delito lesiona de modo intolerable. Entre ellos se cuentan la vida la integridad corporal, la libertad, el patrimonio, la incorruptibilidad de la función pública, la seguridad estatal interna, y extema, y muchos otros. Cuando el atentado a esos bienes jurídicos se verifica a través de acciones que, por su especial odiosidad, han sido acuñadas por la ley en figuras

---

(8) Villalobos, Ignacio, op.cit. p. 130.

o tipos de delito, el derecho punitivo reacciona enérgicamente de manera primordial a través de las penas, y también a través de las medidas de seguridad.

El derecho penal moderno, surgió esencialmente del Iluminismo, reposa, desde luego, en el principio de culpabilidad, conforme al cual sólo puede imponerse una pena criminal por un hecho, cuando éste puede serle reprochado a su autor. Ello -- significa la exclusión de la responsabilidad por el solo resultado y apareja el imperativo de que la pena no sobrepase la medida de la culpabilidad. Reposo, en seguida en grado mayor que ninguna otra rama del derecho, en el principio de legalidad consagrado constitucionalmente, y conforme al cual sólo -- puede castigarse por un hecho ya previsto con anterioridad como punible por la ley, formulación que, por una parte, excluye de inmediato la retroactividad de la ley penal menos benigna, y que, por otra, proscrib[e] absolutamente la incriminación de un hecho por analogía con otro legalmente previsto como delito. -- Es en virtud de este mismo principio de legalidad que se limita el libre arbitrio judicial en la aplicación de la pena por marcos legales relativamente estrictos, y que las penas del derecho criminal, a diferencia, por ejemplo, de las sanciones administrativas, deben necesariamente imponerse, tras el juicio correspondiente, por un juez independiente del poder ejecutivo".(9)

---

(9) Franco Sodi, Carlos. Nociones de Derecho Penal. Ediciones - Botas. México, 1950, p. 214.

"En nuestro tiempo se fortalece la tendencia a reconocer al derecho penal una función más preventiva que retributiva. Se entiende que él persigue menos un ideal moral absoluto a través de la justicia terrena que el propósito de evitar la comisión de nuevos delitos, tanto por la generalidad de los súbditos del orden jurídico, como por parte del autor del hecho ilícito.

Se habla, así de una función de prevención general y de una de prevención especial. La primera se ejerce, a modo de advertencia, a través de las conminaciones penales de la ley, que por ello deben constar en preceptos claros, susceptibles de ser comprendidos por el común de los hombres, y a través de la ejecución pronta, efectiva y justa de las mismas, en caso de haberse producido la infracción no obstante la amenaza formulada. La segunda se hace efectiva en las modalidades de individualización de la pena en la sentencia que la aplica y en las modalidades de ejecución de ella por los órganos administrativos correspondientes, de modo que resulte idónea para crear en el sujeto las condiciones que lo conduzcan a abstenerse de la comisión de nuevos delitos en el futuro. Para esto último, muchos estiman especialmente apta la pena privativa de libertad, no obstante el escepticismo de otros respecto de su utilidad readaptadora. Las medidas de

seguridad, por su parte, obedecen esencialmente a la idea de prevención especial". (10)

Analizando el concepto de delito, el hostigamiento sexual es una acción ilícita descrita por la ley, en el artículo 259 bis del Código Penal para el Distrito Federal.

El mero Pensamiento no delinque es una máxima jurídica, aplicable al delito objeto de este trabajo, ya que la conducta consiste en asediar reiteradamente con fines lascivos a persona de cualquier sexo.

La conducta es antijurídica, porque la misma atenta contra la libertad sexual del sujeto pasivo.

La especie de culpabilidad existe es el dolo, toda vez que la conducta consistente en asediar reiteradamente con fines lascivos al sujeto pasivo, nos habla de una clara intención delictiva.

No se puede hablar de una falta de acción, es decir - que el delito por omisión en el caso del hostigamiento sexual no es posible que exista.

---

(10) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. Mexicano. Editorial Porrúa. México 1978. p. 79.

Igualmente no es posible hablar de una causa de justificación o de una excusa absolutoria en el hostigamiento sexual.

Lo anterior es desde el punto de vista de la teoría del delito, no obstante, la práctica nos demuestra que el acoso sexual se presenta en diferentes hipótesis y pensamos que el legislador se olvidó de que el hombre o la mujer puede hostigar sexualmente a otro sin haber relación laboral de por medio y ello lo observamos cotidianamente en la calle; por otro lado, también puede haber hostigamiento sexual de subalterno hacia el jefe y esto se presenta con mucha frecuencia para obtener por ese medio un ascenso en el trabajo.

El reconocido maestro, Doctor Raúl Carrancá y Rivas, en la edición del año de 1991 de su trascendente Código Penal anotado, menciona, que la ley dice que solamente será punible el hostigamiento sexual cuando se cause un daño y pregunta el maestro: ¿Cuál puede ser en la especie tal perjuicio o daño? Si se habla de esto, de daño y de perjuicio, se está hablando de un resultado concreto: resultado que no es compatible con la figura típica del hostigamiento, la cual sólo se reduce a importunar, a pretender a perseguir, a burlarse de otro. Lo que viene a demostrar que en el hostigamiento en sí, no hay resultado. De donde resulta que no hay cambio o peligro de cambio en el mundo exterior, por lo que dicha figura más se pare-

ce a una tentativa que a una consumación." (11)

En realidad esta disertación efectuada por el distinguido maestro, nos motivó para efectuar este trabajo recepcional y para concluirlo diremos que nos parece que el hostigamiento sexual NO es un delito y parafraseando al Doctor - Carrancá y Rivas..." Todos somos de alguna manera y forma, asediados y hostigados, igualmente hostigamos y asediamos".(12)

- 
- (11) Carrancá y Trujillo, Raúl. Carrancá y Rivas Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa, México 1991, 16a. Edición p. 641.
- (12) Carrancá y Trujillo, Raúl. Carrancá y Rivas Raúl. op.-- cit. p. 642.

## CONCLUSIONES

- PRIMERA.- El hostigamiento sexual no debe considerarse un delito en virtud de que el asedio, aun con fines lascivos, debe entenderse como connatural al hombre mismo.
- SEGUNDA.- El hostigamiento sexual es una figura jurídica alejada de nuestra realidad, en virtud de que nuestro espíritu es tendiente a la conquista entre el sexo opuesto y ese fin no debe considerarse delictivo.
- TERCERA.- El legislador olvidó una situación muy importante y es la siguiente, que el hostigamiento sexual se presenta en todas partes y no únicamente en el centro de trabajo como lo previó.
- CUARTA.- Es indiscutible que el hostigamiento sexual también se puede presentar en escala ascendente y en sentido inverso a lo previsto, es decir de subordinado a superior, en algunos casos para obtener ascensos en el trabajo.



QUINTA.- La sanción impuesta al hostigador sexual nos da una clara idea de que el hostigamiento sexual ni en el legislador adquirió raigambre.

SEXTA.- El hostigamiento sexual, cuando pasa de la especulación a los hechos, entonces se convierte en delito, ya sea violación o estupro, por ello consideramos que en todo caso el hostigamiento sexual es el medio para llegar a los ilícitos señalados.

## BIBLIOGRAFIA

- Arenas, Antonio Vicente. Delitos Contra la Vida e Integridad Personal. Editorial Temis. Bogotá Colombia, 1965.
- Cardona Arizmendi, Enrique. Apuntamientos de Derecho Penal. Cardenas Editores. México 1980.
- Carrancá y Trujillo, Raúl - Carrancá y Rivas Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa. México, 1991.
- Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Cap. V. Editorial Temis. Bogotá Colombia, 1957.
- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México 1992.
- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Editorial Bosch. - Barcelona España, 1975.
- Dibray Garcia Cabrera José. Apuntes del Curso de Derecho Procesal Penal. ENEP Acatlán, Estado de México 1991.
- Franco Gúzman, Ricardo. Apuntes del Curso de Derecho Penal. Facultad de Derecho UNAM. México 1983.

- Franco Sodi, Carlos. Derecho Penal. Editorial Botas. México 1954.
- González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1992.
- Hernández Silva, Pedro. Apuntes del Curso de Derecho Procesal Penal. Facultad de Derecho UNAM. México 1980.
- Jiménez de Azúa, Luis. La Ley y el Delito. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, Argentina 1979.
- Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano. Vol. III Editorial Porrúa, México 1984.
- Levene, Ricardo. El Delito de Homicidio y el Vínculo. -- Ediciones Dipalma. Buenos Aires, Argentina 1990.
- Márquez Piñero, Luis. Derecho Penal. Editorial Trillas. México 1992.
- Ochoa Buenrostro, Miguel. Curso de Clínica Procesal de Derecho Penal. Facultad de Derecho UNAM. México 1991.
- Solano Sánchez Gavito, Antonio. Apuntes del Curso de Derecho Penal. ENEP Acatlán, Estado de México 1990.

- Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Editorial - Lozada, Buenos Aires Argentina, 1956.
- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal. Editorial Porrúa.- México 1960.
- Villarreal Moro, Eduardo. Curso de Derecho Penal. Facultad de Derecho UNAM. México 1971.

#### LEGISLACION

- Código Penal para el Distrito Federal.