

321309

12
209

UNIVERSIDAD del TEPEYAC A.C.

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213 CON FECHA 16-X-1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

PARA EL DESARROLLO TOTAL



ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
OSCAR RICARDO OREA OCHOA
ASESOR DE TESIS:
LIC. PEDRO HERNANDEZ OROZCO
CEDULA PROFESIONAL 743062

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**
MEXICO,D.F.

1994



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.

DEDICATORIA

A Dios, por ser bondadoso conmigo.

A mi mamá, por haberme dado la vida, porque gracias a su apoyo y consejos he llegado a realizar una de mis más grandes metas, la cual constituye la herencia más valiosa que pudiera recibir (Q. E. P. D.).

A mi papá, que gracias a sus consejos ha hecho en mí reflexionar y seguir adelante, ante todo con honestidad.

A mi hermano Omar Fco., por sus consejos e inculcarme que lo más valioso es la familia (Q. E. P. D.)

A mi asesor y amigo Lic. Pedro Hernández Orozco, que gracias a su colaboración hizo posible este trabajo.

A mi hermana, Sara Patricia por ser un ejemplo y ser mi guía.

A mis hermanos, Rayito, Gerardo, Mariana y Enrique, que a pesar de la adversidad, nos mantenemos unidos, brindándome todo su apoyo.

A mis abuelitas Yaya y Nico, por su cariño y comprensión que formaron en mí, carácter para seguir adelante.

A mis padrinos Seferina y Blas, por todo su cariño recibido.

A mi tío Guillermo, porque gracias a sus consejos y apoyo me impulsó a la superación.

A mis tías y tíos, por tener siempre presente a dios y mantener unida a la familia.

A mis cuñados Sara, Verónica y José Antonio por ser tolerantes conmigo.

A mis sobrinas Oryza y Cynthia por ser lindísimas personas.

A la Profra. Rocío Eguren, que gracias a su capacidad y apoyo pude realizarme tanto personal como profesionalmente.

A mis amigos, Manuel Guerrero, Flint Mackay, Ma. Luisa Hernández, Silvia García, José Luis Santana, Rafael Armenta, Guillermina Jiménez, que por su apoyo y consejos me impulsaron a la superación.

A la Universidad del Tepeyac con todo mi cariño y respeto por haberme brindado la oportunidad de pertenecer a esta Institución.

... La ley es la conciencia de la humanidad.

INDICE

INTRODUCCION		II
CAPITULO I	EVOLUCION DEL DERECHO PENAL	
1.1	El Derecho Penal Antiguo	2
1.2	El Derecho Penal de las Culturas Lejanas	4
1.3	El Pensamiento Penal en Latinoamérica	28
1.4	El Derecho Positivo Mexicano	29
1.5	Control Social, Sistema Penal y Derecho Penal	40
1.6	Sistema Penal y Derecho Penal	50
CAPITULO II	LA SEGURIDAD JURIDICA	
2.1	La Seguridad Jurídica para Carlos Cossio	62
2.2	La Seguridad Jurídica para Heinrich Henkel	65
2.3	La seguridad Jurídica para García Máynez	67
2.4	Opinión del autor	70
CAPITULO III	PRINCIPIO DE LEGALIDAD	
3.1	Legalidad Formal	80
3.2	Legalidad Material	81
3.3	Principios del <u>Ius Puniendi</u>	86
CAPITULO IV	CONDUCTA Y TIPO	
4.1	Definición de Conducta	91
4.2	Teoría Causal de la Acción	93
4.3	Teoría Final de la Acción	94
4.4	Teoría Social de la Acción	95
4.5	Tipo y Tipicidad	97

4.6	El Tipo. definición. Características. Subconjuntos	100
4.7	Tipos Legales y tipos Judiciales	102
4.8	Tipos Abiertos y Tipos Cerrados	103
4.9	La Importancia del Bien Jurídico	106
4.10	Estructura del Tipo Doloso	107

**CAPITULO V ANALISIS DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO
SEXUAL**

5.1	Análisis Dogmático de la Estructura del Delito de Hostigamiento sexual	117
5.2	Crítica	124

CONCLUSIONES	131
---------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	136
---------------------	------------

INTRODUCCION

El objeto de esta investigación parte del trabajo al estudio dogmático del delito de Hostigamiento Sexual, para el efecto de analizar si su adición reciente al Ordenamiento Punitivo, cumple cabalmente con los postulados que rigen nuestra Carta Magna, porque precisamente, si el Derecho Penal, es considerado como un instrumento de control social, y debido a que sus consecuencias son drásticas ya que generalmente emplea la privación de la libertad del individuo que se le somete a un enjuiciamiento penal, luego entonces queda de manifiesto que el ius puniendi del que goza el Estado, debe estar plenamente justificado, siguiendo como principios sustentadores de su actuación la mínima del Estado, así como las máximas reconocidas universalmente, como Principio de Seguridad Jurídica y de Legalidad, y por ello es menester que el Estado limite su intervención, pues tratándose del Derecho Penal sólo debe punir aquellas conductas que de no sancionarlas harían imposible la vida en sociedad; por ende es necesario analizar a la luz de la Constitución y la dogmática penal el delito de Hostigamiento Sexual, para descubrir si en este caso se justifica la intervención del Estado por medio del Derecho Penal, y si por el contrario existen otras instancias para solucionar, el conflicto real que puede surgir en una relación laboral.

Resulta indiscutible, que toda norma emana del Poder Legislativo, y que es precisamente esta autoridad la que representa al pueblo, por lo que los actos que realiza van encaminados al bienestar de la sociedad.

En materia penal, no hay duda que las conductas que el Legislador recoge en dispositivos legales, tiende a lograr la paz y el bienestar de la colectividad poniendo aquellos actos que pongan en peligro la supervivencia social, visto

desde este punto de vista, pensaríamos que uno de los principios y a la vez limitantes del Derecho Penal, radica en que el Estado, por conducto del Legislativo sólo puede sancionar aquellas conductas que de no prohibirlas toman la vida imposible, a esto último se le denomina de ultima ratio de la reacción estatal ¿pero ciertamente en el catálogo de delitos que se definen en la parte segunda del Código Penal se cumple con este principio?

Partiendo de lo anterior, es decir, sustentándose entre otros en este principio, este trabajo se encamina al estudio dogmático del delito de Hostigamiento Sexual, adicionado al Código Penal el 21 de enero de 1991 y que entró en vigor un día después de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, tras una larga discusión entre los congresistas, porque es innegable que la seguridad jurídica debe ser observada en el proceso legislativo, de ahí que el principio de seguridad jurídica es un tema de interés en todo tiempo, y por ello al estudiar concretamente el delito de Hostigamiento Sexual y al analizarlo a la luz de la seguridad jurídica, es trascendente y de actualidad, ya que el trabajo se encaminará a descubrir, si el legislador al adicionar este delito en el Código sustantivo, y considerarlo con relevancia para el Derecho Penal, observó la amplitud y relevancia de la seguridad jurídica; por ende este trabajo está encaminado concretamente al Poder Legislativo, a efecto de proponer en su caso la derogación del artículo 259-bis, ello si en el desarrollo del tema se llega a determinar que el delito de Hostigamiento Sexual no cumple cabalmente con el principio de seguridad jurídica.

CAPITULO I

EVOLUCION DEL DERECHO PENAL

1.1 El Derecho Penal Antiguo

Objeto del estudio de la evolución legislativa. No siempre la ley penal tuvo el contenido y la forma que hoy asignamos a la misma. Lo que en otras épocas se conoció como derecho y objeto del estudio de la ciencia jurídica, frecuentemente hoy no se considera tal. No puede ser de otro modo, porque nuestra ciencia - como todas- ha tenido horizontes de proyección diferentes, que le han señalado distintos límites a su dominio y que fueron sustentados por ideologías acuñadas por otras estructuras sociales y otras formas de control social.

Todas las instituciones pretéritas del derecho penal y del derecho procesal penal, aun las más remotas, que Ladislao Thot calificó como <arqueología criminal>, tienen siempre una finalidad "consciente que puede considerarse con todo derecho de origen político-criminal". "y precisa que: el estudio de todas estas instituciones pretéritas se llega a la conclusión de que la arqueología criminal es una parte complementaria de la política criminal histórica, cuyo conocimiento es indispensable para una exacta y cabal comprensión de la política criminal propiamente dicha" (Thot).¹

Si bien no puede hablarse de una continuidad histórica en el derecho penal, puede reconocerse en la historia del derecho penal una lucha de la que va surgiendo arduamente la concepción del hombre como persona, esto es, como un ser dotado de autonomía moral. Este concepto no surge de un solo golpe y

¹ Apud, Eugenio Raúl Zaffaroni, Manual al Derecho Penal. Parte General, p. 245.

tampoco en forma progresiva e ininterrumpida, sino que se gesta en una sucesión de marchas y contramarchas, cuyo origen se pierde en el terreno de la paleontología y de la antropología cultural, y cuyo desarrollo continúa hasta nuestros días, en que la lucha sigue quizá más encarnizada que nunca. Da la impresión de que el hombre se ha ido reconociendo, en una permanente pugna consigo mismo, con quienes quieren que el proceso de reconocimiento se detenga o se revierta. No haremos aquí un intento de establecer leyes en este proceso, puesto que eso sería hacer filosofía de la historia, pero bueno es advertir y señalar que el despliegue que nos muestra la panorámica histórica de la ley penal, es uno de los aspectos más sangrientos de la historia, que muy probablemente haya costado a la humanidad más vidas que todas las guerras y que es susceptible de herir más profundamente nuestra sensibilidad actual que el mismo fenómeno de la guerra, si por tal entendemos la guerra tradicional, puesto que ésta, por lo general, no responde a la tremenda frialdad, premeditación y racionalización que caracteriza a las crueldades y aberraciones registradas en la historia de la legislación penal.

Todas las sistematizaciones simplificadoras de las etapas de la legislación penal en el mundo, se pliegan a teorías de la historia que, pese a su multiplicidad, pueden dividirse en cíclicas y progresivas, siendo las primeras más propias de la antigüedad y las últimas del siglo XVIII. En las exposiciones de la evolución legislativa penal ha prevalecido la adopción de la teoría progresiva. Así, una de las más comunes distinciones que se formulan, trata de la venganza privada como período primitivo, la venganza pública cuando el Estado toma a su cargo la pena, la humanización de la pena a partir del siglo XVIII, y el período actual, en cada autor da como triunfantes sus propias ideas. Los asesinatos políticos con auspicio

oficial, el proceso Mindzenty, los tribunales especiales, la reclusión manicomial de disidentes, el derecho penal nazi, el escuadrón de la muerte, y otros ejemplos, sirven para demostrar que el camino en el plano de lo real no es tan lineal ni evolutivo, sino una lucha permanente y constante, y que venganza pública y tendencias humanitarias, son términos que hallamos en todas las épocas.

Es necesario formular una aclaración: si bien no debe confundirse la historia de la legislación penal con la historia de las ideas penales, puede parecer arbitrario separar su estudio. Sin embargo, creemos que es conveniente hacerlo, puesto que la historia de las ideas penales no siempre coinciden exactamente con la de la legislación y porque, por regla general, ésta recoge de los ideólogos lo que conviene a la estructura de poder en que se inserta. Las legislaciones penales, en su mayoría, han pasado, en tanto que las ideologías, por lejanas que sean, contienen componentes que conservan vigencia y que es necesario reconocer.

1.2 El Derecho Penal de las Culturas Lejanas

Si por cultura entendemos aproximativamente algo así como un <armazón> de pautas de conducta, es decir, una cierta estructura normativa (ética, jurídica, religiosa, etc.), hay culturas que se hallan lejanas entre sí en lo tiempo-espacial, y también lejanas de la nuestra, pero que son históricas. Del derecho penal de las mismas nos ocuparemos brevemente. Renunciamos a considerar los estratos prehistóricos, es decir, los que corresponden a culturas que no conocen la escritura, y qué suelen tenerse como regulaciones muy simples del comportamiento, lo que

se ha revelado como una falsa suposición sin ningún fundamento serio, particularmente a través de las investigaciones que en nuestros <contemporáneos primitivos> han realizado los antropólogos, como Margaret Mead o Bronislaw Malinowsky. Estos estudios, que son interesantes y fecundas porque nos muestran caminos no transitados e insospechados para nuestra óptica cultural, revelándonos el carácter puramente cultural de muchos fenómenos que nuestra perspectiva nos hace considerar de carácter <natural>, no pertenecen a la historia de la legislación penal, sino a la antropología cultural o comparada.

En China, la historia más remota se confunde con la leyenda. En los principios históricos comprobados se conocieron las llamadas <cinco penas>: el homicidio penado con la muerte, el hurto y las lesiones con la amputación de uno o ambos pies, el estrupo con castración, la estafa con amputación de la nariz y los delitos menores con marca en la frente. Con posterioridad se conocieron penas más crueles, tales como abrazar una columna de hierro candente, descuartizamiento, cocimiento, azotes, bastón, distintas formas de pena de muerte, picamiento de los ojos con hierro candente y, especialmente, la extensión del castigo a la familia del autor. A lo largo de los siglos el sistema se fue haciendo más humano. En el siglo VII d.C. se suprimió la extensión de la pena a los parientes, reduciéndose las penas nuevamente a cinco: muerte, deportación, destierro, bastón y azotes. En el siglo VII y durante poco tiempo se abolió la pena de muerte. En el siglo X se dispuso que en ninguna provincia podía ejecutarse la pena de muerte, sin el <cumplase> del emperador. En el año de 1389 se sancionó el Código Penal de la dinastía Min, que distinguía cinco categorías de infracciones en orden a la gravedad, manteniendo, con algunas variantes, el sistema de las cinco penas. Este texto fue modificado varias veces hasta que en 1647 se sancionó el código

de la dinastía Ching, que mantenía las cinco penas y que quedó vigente hasta la República en 1912.

Las leyes, libro o Código de Manú, es el texto penal más elaborado de la India, que data de fecha sumamente controvertida, que algunos sitúan en el siglo XIII a.C. y otros en el siglo V a.C. Para este Código, la pena cumplía una función eminentemente moral, porque purificaba al que la soportaba. Este texto daba adecuada importancia a los motivos y distinguía nítidamente el dolo de la culpa y el caso fortuito.

La facultad de penar era divina y la ejercía la autoridad terrena por delegación de Brahma, con lo que el texto legal era puntal de la sociedad hindú fuertemente estratificada del brahmanismo. De allí que su sistema de penas presentase una característica especial, frecuentemente en las legislaciones antiguas: la multa aumentaba con la jerarquía social de la persona, al tiempo que a las personas de jerarquía que se las eximía de ciertas penas corporales. El límite entre el crimen y el pecado desaparece, hasta el punto de que el hombre de casta superior, es decir, el brahman, que conociese de memoria el texto sagrado, podía cometer impunemente cualquier hecho.

En Egipto, el Estado fue también una organización teocrática y, por ende, las conductas que afectaban a la religión o al faraón eran penadas con muerte, que podía ser simple o calificada (con tortura), por horca, crucifixión, decapitación, etc., corriendo igual suerte los padres, hijos y hermanos. Además se aplicaban

penas mutilantes, destierro, confiscación y esclavitud, como también el trabajo forzado en las minas. La falsificación se penaba con la amputación de las manos, la violación con la castración, el perjurio con la muerte, la revelación de secretos con la amputación de la lengua, etc. Más tarde se reemplazó la pena de muerte en la mayoría de los delitos, por la amputación de la nariz. Luego se introdujo la relegación.

Los fragmentos de escritura cuneiforme Caldea indican que su derecho penal tenía un neto corte ético-religioso, puesto que las más graves penas eran las de maldición, consistentes en invocaciones a los distintos dioses, que descargaban las más graves calamidades sobre el ofensor. Uno de los delitos peores era la negación de los vínculos de sangre. Como pena menor conocían la multa. La eficacia preventiva de la maldición es explicable por profunda convicción mágica religiosa.

De Babilonia procede el más antiguo derecho penal conocido, a través del célebre código del rey Hammurabi, del siglo XXIII a.C. (entre el 2285 y el 2242 a.C.), que contiene disposiciones civiles y penales. Este texto distinguía entre hombres libres y esclavos y establecía pena para varios delitos. La composición, devolviendo el triple de lo tomado, se admitía para el caso de algunos delitos meramente patrimoniales.

Los esclavos y los niños se consideraban cosas, pudiendo ser objeto de hurto. Establecía penas drásticas y de aplicación inmediata: el ladrón que era

sorprendido cometiendo efracción de muros era muerto y emparedado, el que cometía hurto calamitoso aprovechando el incendio era echado a las llamas, la que cometía adulterio era arrojada al río con las manos atadas. El principio talional campeaba en toda esta legislación: se devolvía, por lesión y muerte por muerte.

El Código de Hammurabi se encuentra esculpido en un cilindro negro de dorita .de más de dos metros de altura en unas 3,500 líneas.

El derecho penal hebreo tuvo también como características más salientes el talión. Según algunos juristas y teólogos medievales y posteriores, el talión habría tenido un puro sentido metafórico, indicando la proporcionalidad de la pena, en tanto que para otros, el "ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre" habría tenido sentido literal y así se habría aplicado entre hebreos.

Considerando a los Diez Mandamientos como fuente del derecho, sobre su base se elaboraron los preceptos jurídico-penales y a ese derecho se conoce como <derecho penal mosaico> (originado en la ley de Moisés).

La pena de muerte reconoció varias formas: horca, cruz, sierra, fuego, lapidación, espada, ahogamiento, rueda, descuartizamiento, fieras, flecha, martirio con espinas, pisoteo de bestias, despeñamiento, etc. Se conocían otras penas como prisión, excomunión, privación de sepultura y multa y, en algunos

casos no graves, se permitía la composición, que requería la completa reparación del daño y un sacrificio religioso. Reconoció el asilo, que podía amparar a los autores de homicidio culposo, y para ello señalaba <ciudades de asilo>.

La legislación penal mosaica, armada en torno de los mandamientos, se fue modificando luego por obra de varias escuelas de derecho, dirigidas por los fariseos, quienes sostenían que Dios había dado a Moisés una ley oral junto a la ley escrita, la que se había perdido, exigiéndose de la sabiduría la deducción de las consecuencias a partir de la ley escrita. Estos juristas tomaron el título de Rabbi y fueron legisladores de los hebreos. Por el 240 de nuestra era se forma una repetición de las leyes (Michna). Con los comentarios, adiciones y anexos a la repetición se formó en el siglo V d.C. el estudio o Talmud, que revela la legítima defensa, la culpa, la reincidencia, la preterintención y el error. Establecía penas de muerte, corporales y pecuniarias.

Las disposiciones del "Antiguo Testamento" con relevancia penal son muchísimas e importantes. En torno de los primeros mandamientos se elaboraron los delitos contra la religión, que comprenden la idolatría y la blasfemia, la hechicería, la falsa profecía, el acceso carnal con mujer durante el período menstrual, etc. En cuanto a los mandamientos de guardar el sábado y de honrar a los padres, su violación fue penada con muerte. El talión se hacía presente una vez más en el homicidio, como violación del quinto mandamiento. No obstante, la Sagrada Biblia distingue claramente los casos de dolo, culpa, riña y caso fortuito (Exodo 21). En torno de los mandamientos sexto y noveno se edificaron los delitos contra las costumbres, condenándose la seducción y la violación y

haciendo varios distingos, según que la víctima fuese virgen, no desposada, desposada o prometida. El adulterio se penaba con la muerte, al igual que el incesto. El hurto era penado fundamentalmente con restitución, que a veces se multiplicaba. El que se introducía en heredad ajena podía ser legitimamente rechazado y muerto. A partir del octavo mandamiento se erigen los delitos de falso testimonio y perjurio, que se penaban talionamente, haciendo sufrir al autor la pena que debía haber sufrido la víctima.

Si de estas culturas lejanas pasamos a otras, como fueron las culturas <decapitadas> de nuestra América, veremos que había dos culturas altamente desarrolladas a la llegada del europeo: la azteca y la inca. La ley penal azteca era sumamente dura, sancionando una ética inflexible. Se habla del código de Netzahualcóyotl, que contenía penas severísimas, caracterizándose por la venganza y el talión. Las penas conocidas eran la muerte -ejecutada por lapidación, estrangulación y decapitación- esclavitud, destierro, confiscación, destitución de empleo y prisión, que también podía ser domiciliaria. Su rigor con los prisioneros de guerra era grande, lo que llevó a afirmar la existencia de sacrificios humanos, cosa no probada al tiempo de la llegada del europeo.

La organización social del incanato tenía una base teocrática, de modo que los más graves delitos eran los que afectaban la intangibilidad del Inca, las relaciones con su mujer se penaban arrasando también el pueblo al que pertenecía el autor. La severidad de su ley penal se deriva también de su carácter imperialista, es decir, guerrero. La ley penal distinguía entre nobles y plebeyos, siendo más benigna para los primeros. Dado que no usaban la escritura, su derecho se

transmitía oralmente en base a sentencias concretas. Las penas pecuniarias no tuvieron gran desarrollo, debido a su organización estatal, fuertemente socialista con base teocrática.

El derecho penal greco-romano como punto de laicización de la legislación penal. Se conservan sólo fragmentos de la legislación penal griega en obras que tratan otras materias. Por medio de esos fragmentos filosóficos y literarios sabemos que en Atenas la pena había perdido la crueldad que caracterizaba a las penas antiguas. Como consecuencia de la base política de la polis (ciudad-estado griega), su ley penal no tenía base teocrática: los griegos no juzgaban en nombre de los dioses. Aunque las legislaciones de Atenas y de Esparta diferían notablemente, no cabe duda que tanto una como otra estaban bien alejadas de la concepción teocrática del Estado. Con Grecia y Roma se laiciza, se mundaniza marcadamente el derecho penal. No será esto un logro definitivo en la historia del hombre, porque, como habremos de ver, hay un largo camino de marchas y contramarchas, pero, de cualquier manera, es cuando en la antigüedad se alcanza el mayor grado de laicización. El genio griego no mostró predilección por lo jurídico, pero sentó las bases por las que circularían las primeras escuelas jurídicas romanas. En Roma ya podemos hablar de una verdadera ciencia del derecho penal y seguir el curso de una legislación a través de trece siglos que van desde el VIII a.C. con la monarquía, hasta el VI de la era cristiana con el Digesto, y aún casi nueve siglos más bajo el imperio de Oriente. Si bien los romanos no alcanzaron en el derecho penal el brillo que lograron en el civil, no cabe duda de que en el legislativo su papel ha sido importantísimo, como no podía ser menos en un imperio que cubrió tan dilatado período de la historia humana y del que deriva en forma directa nuestra cultura.

De cualquier modo, y dado que las instituciones teocráticas del derecho penal no han desaparecido de un golpe, es bueno que nos detengamos en el sentido de algunas de ellas, aunque más no sea que para demostrar que lo creemos <superado> frecuentemente sólo se transmuta o cambia su apariencia, pero permanece su sentido político-penal. Esta es la enseñanza que nos avisaba Thot que debíamos obtener de la <arqueología jurídica>. Corresponde formular estas reflexiones antes de comenzar a dar noticias del derecho penal de culturas que nos están más próximas.

a) El estado oriental buscaba la coerción social a través de una ética social universal y severa. La ley penal sirvió para fortalecer esa ética; la derivación de la ética social y de la ley penal de la autoridad divina y la consideración del gobernante terreno como representante de esa autoridad, servían para apuntalar al máximo los valores de esas sociedades. Estas eran formas de solidificar fuertes estructuras sociales estratificadas y al mismo tiempo una vía para huir de cualquier responsabilidad social, pues el orden dado no provenía de ningún ser humano. La ley se hacía intangible por divina. No sólo la autoridad terrena estaba exenta de responsabilidad por la ley, sino también por su aplicación concreta, pues la prueba de los hechos se hacía derivar del propio Dios, que intervenía en el proceso en forma directa, mediante las <ordaldas> o <pruebas de Dios>; se colocaba una cruz y un cuchillo y el procesado, con los ojos vendados elegía, si la cruz inocente, si el cuchillo culpable; se le arrojaba en un saco cerrado a las aguas, si sobrevivía inocente; si pasaba la mano en aceite hirviendo o caminaba sobre carbones sin quemarse, era inocente; etc. Si Dios daba la ley aplicable, y dirimía la cuestión de hecho en el proceso, ninguna responsabilidad por la sentencia incumbía a quien aplicaba la ley en la tierra. Siglos después los jueces

tratarán de huir nuevamente de cualquier responsabilidad mediante la interpretación exegética, el más crudo positivismo jurídico, la prueba tasada, la concepción formal del derecho, etc.

b) La ética férrea se fortalece cuando, junto al delincuente, se sanciona a la familia y al grupo. Cada individuo del grupo social se convierte en un agente de policía de seguridad; de este modo la llamada <corrupción de la sangre>, es decir, la pena que alcanza a la familia y al grupo, es un inmenso medio de volver a él siempre que una legislación pretenda ejercer un control social a toda costa (sanciones indirectas son, en este sentido, la pérdida de prestigio social, la pérdida del empleo, la afectación económica de la familia del autor, etc.). Los Estados policíacos contemporáneos suelen apelar al terror de las familias como forma de control.

c) Las diferencias de penas entre las castas, es decir que unas penas se aplican a los elegidos por la divinidad y otras a los que no gozan de semejante elección, son la violación del principio de igualdad ante la ley, que persiste en la selectividad de los sistemas penales que no hace vulnerables a los miembros de los sectores privilegiados.

d) Las sanciones a cosas y animales tienen por objeto fortalecer la ética social hasta el límite de convencer a la población de que nadie, ni siquiera las cosas y los animales, ni tampoco los muertos, escapan a la sanción penal, que responden

a la misma ley penal que todo lo gobierna. Este género de sanciones suelen reaparecer en nuestros días con la ley de Lynch y con legislaciones vindicativas.

e) Las penas mutilantes, que tienen por fin dejar una marca indeleble en el cuerpo de la víctima, como también las marcaciones a fuego, son medios de fortalecer la ética social, similares a las penas que <escarmientan> o <ejemplarizan>. Los registros de antecedentes y el <fichaje> de criminalización y prostitutas, en nuestros días, al par que auxilian a la justicia, en manos inescrupulosas que venden esa información a particulares (generalmente llamadas <agencias de informaciones>), cumplen la misma función. Más crudamente sobreviven en ciertas formas de delincuencia: el barbijo o sregio.

f) Las penas mutilantes incapacitantes son un mero impedimento físico para la comisión de delitos. Hoy se encuentran fuera del concepto de pena, aunque surgen en algunas vendettas de los maffiosi. No obstante, cuando las penas privativas de libertad no cumplen su objetivo de resocialización, quedan también ellas convertidas en meros impedimentos físicos.

Basten estos ejemplos para demostrar que, pese a la laicización del derecho penal, la desaparición de las formas tan brutales no implica la desaparición de las tendencias político-penales que les han dado origen, que aún subsisten en otras formas diferentes. Es importantísimo el conocimiento de estas instituciones, porque no se trata sólo de eliminarlas, sino de eliminar también las tendencias

político-penales a que responden, que son las que alejan a cualquier legislación penal de una adecuada fundamentación antropológica.

El derecho penal romano. La famosa afirmación de Carrara, según la cual los romanos fueron gigantes en derecho civil y pigmeos en derecho penal, ha desatado una larga polémica que oscurece el estudio objetivo del derecho penal romano.

En los comienzos de Roma -como en los de cualquier pueblo primitivo-, el derecho penal tuvo un origen sacro. No obstante, a partir de la ley de las XII tablas (siglo V a.C.) el derecho se encuentra laicizado y se establece la diferencia entre delitos públicos y delitos privados. Los delitos públicos eran perseguidos por los representantes del Estado en el interés del mismo, en tanto que los delitos privados eran perseguidos por los particulares en su propio interés. No obstante, no debe pensarse que en los delitos públicos se incorporaban sólo delitos contra el Estado. Los delitos públicos se formaban en torno de dos grandes delitos: el de perduellio y el parricidium. Estos delitos son los padres de los dos grandes grupos de delitos: delitos contra el Estado y delitos contra los particulares. Recuérdese que el parricidium no es la muerte del padre, sino del pater, es decir, del jefe de la gens, del que era considerado hombre libre. De allí que los delitos públicos eran tanto los delitos contra los hombres libres (pero en los que el Estado tenía interés en su persecución) y los delitos contra el Estado mismo.

Con posterioridad, los mismos delitos privados, es decir, los cometidos contra los hombres libres, y en los que el Estado originariamente no tenía interés en perseguir, pasan a ser perseguidos por el Estado y sometidos a penas públicas por medio del llamado procedimiento extraordinario, que termina convirtiéndose en ordinario. Así fue como el derecho penal se afirma en su carácter público. Este cambio tiene lugar con el advenimiento del imperio. Durante la república, el pueblo romano había sido simultáneamente legislador y juez, quedando como delitos privados (librados a arreglos entre las partes) sólo los más leves.

Paulatinamente se fue entregando la facultad de juzgar a las Quaestiones, que lo hacían por <exigencias de la majestad del pueblo romano> y de <la salud de la cosa pública>, lo que estaba bien distante de la concepción teocrática oriental. El derecho penal romano se fundaba así, en el interés del Estado.

Sobrevenido el imperio, se afirma la publicidad del derecho penal mediante el procedimiento extraordinario, constituido por tribunales que actuaban por delegación del emperador. El imperio fue corrompiendo las instituciones republicanas y el procedimiento extraordinario se convirtió en jurisdicción ordinaria, en razón de que el ámbito de los crímenes majestatis (crímenes contra la majestad, contra la soberanía del emperador) se fue ampliando cada vez más.

Este es un fenómeno que se puede observar en casi toda la historia posterior de la legislación penal: en tanto que con la afirmación del carácter público del derecho penal no se dice nada acerca de la naturaleza de los bienes jurídicos

tutelados, cuando sobreviene un período imperialista, no sólo se hace pública la tutela de los bienes, sino también los bienes mismos. Ya no se trata de bienes jurídicos de particulares que son tutelados por el Estado, sino que se pasa a considerar que los bienes pertenecen al Estado. El derecho penal no es más que un instrumento al servicio de los intereses del Estado. Ya no habrán intereses particulares tutelados públicamente, sino que todos serán intereses públicos. En el caso de Roma, puede concluirse que el derecho penal de Justiniano es "la expresión del principio de que la conservación del Estado es el fundamento de la punición" (Pessina).

El concepto de crimen contra el Estado (crimen majestatis) llegó a límites tan absurdos en el imperio, que se consideraba tal desnudarse ante una estatua del emperador, vender su estatua consagrada, llevar una medalla o moneda con su imagen a un lupanar, hacer vestidos o telas púrpura (considerado color imperial), tener relaciones con princesa imperial, dudar del acierto del emperador en la elección de funcionarios y, en general, cualquier clase de crítica.

El derecho penal romano imperial es el triunfo del senado sobre los comicios, del imperio sobre la república. En síntesis, el derecho penal romano muestra una lucha que seguirá a lo largo de toda la historia de nuestra legislación: el derecho penal republicano contra el derecho penal imperialista o viceversa.

Los germanos. El predominio germánico se extiende desde el siglo V al XI d.C. El derecho germánico evolucionó durante esos siglos, como resultado del

reforzamiento de su carácter estatal. La pena más grave que conocía el derecho penal germánico fue la <pérdida de la paz> (Friedlosigkeit), que consistía en reiterarle al penado la tutela social, con lo que cualquiera podía darle muerte impunemente. En los delitos privados se producía la faida o enemistad contra el infractor y su familia. La faida podía terminar con la composición (Wertgeld), consistente en una suma de dinero que se pagaba al ofendido o a su familia, o también mediante el combate judicial, que era una ordalía, es decir, un juicio de Dios. Las ordalías eran muy comunes entre germanos. Todo su derecho penal tenía un carácter marcadamente individualista.

Esta característica privatista de los germanos se fue perdiendo a lo largo de los siglos, en que el derecho penal también entre ellos se fue haciendo público. Su carácter privatista e individualista provenía de su naturaleza de pueblo guerrero, en que la paz era vista como el derecho y el orden. Precisamente era la paz lo que perdía el que le declaraba la guerra a la sociedad (Friedlosigkeit) o a un particular (faida), y que podía recuperar por la Wertgeld o composición, salvo en ciertos delitos, como la traición al rey, en que no se admitía. El Estado de Faida era socialmente nocivo porque generaba para la familia del ofendido el deber de llevar adelante la <venganza de la sangre> (Blutrache)² contra el ofensor y su familia, la faida se fue limitando por vía de la composición, que de optativa pasó a ser obligatoria.

La importancia del derecho penal germánico ha sido puesta de relieve en el último tiempo, destacando justamente su tendencia al restablecimiento de la paz

² Apud. Ibd., p. 189.

social por vía de la reparación y, por ende, su función verdaderamente reparadora del bien jurídico frente a la tendencia estatista del derecho romano, que es la que pasa a la legislación penal posterior y predomina hasta nuestros días. Los actuales planteamientos abolicionistas insisten en esta experiencia histórica individualista y observan que si a nosotros nos parece inamovible la actual configuración del sistema penal, ello no se funda en razones históricas, puesto que hasta el siglo XIII la influencia germánica se imponía con este género de sanciones más reparatorias que punitivas.

El derecho penal canónico. El derecho penal canónico se formó a través de varias fuentes tratando de sintetizar el concepto público de pena de los romanos y el privado de los germanos. Aparece recopilado en el siglo XV en el Codex Juris Canonici.

Tuvo la virtud de reivindicar el elemento subjetivo del delito en mucho mayor medida que el derecho germánico. Su concepto penitido tutelar que, extremado, desemboca en el procedimiento inquisitorial. Los peligros de la exageración de la tutela se revelan aquí en toda su magnitud y nos previenen sobre las legislaciones penales que siguen esta senda. Tuvo el mérito de introducir la prisión mediante la reclusión en celdas monásticas, y de allí proviene el nombre de <penitenciaría>, usado hasta hoy.

El derecho penal canónico puso límite a la venganza de la sangre de los germanos mediante el instituto del asilo en los templos. Se mostró igualmente

contrario a los medios procesales mágicos -ordallas- y particularmente a la ordalla del combate o lance individual.

El derecho penal canónico distinguió entre delitos eclesiásticos, en los que era exclusivamente competente, delitos seculares y delitos mixtos, que afectaban tanto al poder divino como al humano. Tomando en cuenta esta distinción, algunos autores afirman que el derecho penal canónico distinguió nítidamente entre delito y pecado, en tanto que otros niegan esta distinción, afirmando que contribuyó a confundir ambos conceptos.

El derecho penal árabe. El derecho penal de los árabes anteriores a Mahoma se caracterizaba por elementos que había tomado de otras culturas, particularmente de los judíos, tales como el talión. Castigaba el perjurio con relativa benignidad y prohibía los estrangulamientos, la lapidación, etc.

El Corán suavizó este estado de cosas, introduciendo grandes reformas en la legislación penal.

Mahoma trató de suavizar la antigua ley que obligaba a tomar venganza en caso de homicidio matando por medio más cruel, limitando la venganza a la misma forma de muerte. Además El Corán deja abierta la posibilidad de la composición, evitando de este modo el talión. Castigaba el perjurio con relativa benignidad y prohibía los juegos de azar. El Corán distingue claramente el

homicidio doloso del culposo: "Si la muerte es involuntaria, el matador está obligado a redimir un esclavo creyente y pagar el precio de la sangre a la familia del muerto, a menos que ésta lo condone" (IV, 91). Al igual que en el antiguo derecho árabe, El Corán dispone la lapidación para el adulterio y la amputación de la mano para el hurto.

La Carolina. Después de los llamados <libros de derecho> alemanes, de los que fueron los más importantes el Espejo de Sajonia y el Espejo de Suavia, ambos del siglo XIII, el acontecimiento más importante en la legislación penal germana fue Constitutio criminalis Bambergensis de 1507, legislación penal que se debe al duque de Schwarzenberg y Hohenlandsberg. En base a esta <constitución> se elaboró otra sancionada en 1532 por Carlos V, que fue la Constitutio Criminalis Carolina u Ordenanza de Justicia Penal (Peinliche Gerichtsordnung). Si bien la Carolina no podía ser impuesta por el Emperador a los señores en sus Estados, lo cierto es que prácticamente fue la base del derecho penal común alemán que de alguna manera rigió hasta el triunfo del movimiento codificador. Pese que su contenido era preferentemente procesal, legislaba el derecho penal de fondo a partir del art. 140 (se componía de 219 artículos).

Se ocupaba de la blasfemia, el perjuicio, la hechicería, la difamación, falsificaciones y falsedades, estafa, prevaricato, sodomía, incesto, seducción, violación, bigamia, lenocinio, traición, robo, sedición, violencia privada, etc. El homicidio era tratado en detalle, incluyendo en él los problemas de legítima defensa y participación. "En cuanto a las penas, están en relación con

las costumbres y el espíritu de los tiempos. El fuego, la espada, el descuartizamiento, la rueda, la horca, la muerte por asfixia, el enterramiento del cuerpo vivo, el hierro candente, el destierro, la flagelación; he ahí los medios por los cuales en el siglo XVI se quería demostrar el amor a la justicia, inspirar miedo: en una palabra, hacer triunfar el interés general".

La legislación penal en España. Pese a que nuestra legislación penal señala un corte respecto de la española, la influencia de los autores españoles y el tiempo durante el que la misma rigió en nuestro territorio meritan que señalemos los principales cuerpos legales que marcaron líneas político-criminales dentro de la misma.

Dejando de lado el Código de Eurico y el Breviario de Alarico (o Lex Romana Wisigothorum), el más importante cuerpo del período visigodo es el llamado Fuero Juzgo (originalmente llamado Libro de los Jueces, Liber Judiciorum). Este texto receta una serie de instituciones de arqueología penal, provenientes del derecho germano primitivo, tales como las terribles penas corporales, las diferencias entre nobles y plebeyos, la composición, el talión, etc. Parece receptor el elemento subjetivo del delito en mayor medida que el derecho penal germánico, aunque no tanto como frecuentemente se pretende, puesto que pena la tentativa, de homicidio como delito autónomo. De cualquier manera, distingue el dolo de la culpa, admite la legítima defensa y la necesidad, pero desconoce toda relevancia al error y a la ignorancia del derecho. El Fuero Juzgo fue severamente criticado por Montesquieu, pero, en verdad, no merece más críticas que las que pueden formularsele al derecho penal germano en general.

Entre los llamados <fueros locales> se destaca el Fuero Viejo de Castilla, formado en el curso de algunos siglos, habiendo sido probablemente su primer legislador Sancho García, conde de Castilla. Se conoce la redacción que en forma definitiva le dio el Rey Pedro en 1356. Las disposiciones penales se hallan en el Libro II, dividido en cinco títulos: "De las muertes, e de los encartados, e de las heridas e denuestos"; "De los que fuerzan las mujeres"; "De los hurtos que se ficiere en Castilla"; los delitos públicos, que deben ser perseguidos por la justicia del rey; los daños que debían ser pagados en su valor duplicado, estableciendo una minuciosa tasación de cosas.

El Fuero Real fue ordenado en 1255 por Alfonso IX y las disposiciones penales se hallan en el Libro IV, donde trata de los que dejan la fe católica, de los judíos, de los desnudos y deshonoras, de las fuerzas y de los daños y de las penas. En el título V establece que las penas se aplicarán según que el autor sea libre o siervo al tiempo del hecho. Se prohíbe la pena de muerte a la mujer encinta y se tasan las heridas. El robo se penaba con el doble de lo robado. Se establecía el principio de intrascendencia de la pena.

El ordenamiento de Alcalá de Alfonso XI en las Cortes de Alcalá de Henares en 1348 contiene disposiciones penales, entre las que cabe mencionar las destinadas a los funcionarios judiciales que reciban donaciones y a los custodios de presos que los liberen o descuiden, como también las severísimas penas a los tutores de resistencia a la autoridad. Pena también el adulterio, las fornicaciones, los homicidios y la usura. El ordenamiento extiende la pena de muerte al instigador de homicidio y aún al que mata en pelea.

Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio datan del año 1263 y se ocupa de nuestra materia la Partida Séptima, que se inspira en el "cuerpo del derecho de justiniano, por lo que respecta a los delitos comunes, el decreto y decretales por lo que se refiere a moros, judíos y herejes, y las costumbres y fueron antiguos para los rieptos, lides, desafiamientos, treguas y seguranzas". Se hace en esta partida un acabado tratamiento de la materia penal. Como suele suceder cuando valorar un cuerpo tan acabado se trata, de legislación alfonsina tuvo apasionados apologistas y acervos críticos. Creemos que resulta equilibrada la posición que destaca que "los siglos medios no eran a propósito para prestarse al desarrollo de doctrinas que repugnaban a su carácter grosero y sanguinario: la obra de don Alfonso debía por lo tanto resentirse de los defectos que su época no podía menos que imprimirle. Pero debe decirse de los que la compusieron, que frecuentemente procuraron desterrar al bárbaro horror de algunos suplicios, e introducir penas menos repugnantes que las usadas hasta entonces" (Gómez de la Serna). Cabe deplorar que no hubiese consecuencia en este propósito, y que en el mismo precepto en que se proscribe la lapidación, la crucifixión o el despeñamiento, se autorice la quema o el abandono a las bestias, o bien se ordenase la lapidación del moro que mantuviese relaciones con cristiana, o bien que por una ley se prohibiese penar con la marca en el rostro, cortar la nariz o arrancar los ojos y por otra se condenase a esa pena la blasfemia e incluso se autorizase el corte de lengua. Estas ambigüedades son explicables porque los autores de las Partidas luchaban "entre su razón que les marcaba una senda más humana, y la fiereza bárbara de la época que les impulsaba a seguir las ideas sanguinarias que dominaban" (Gómez de la Serna).³

³ Apud. Ibid., p. 278.

Puesto que las partidas no alcanzaron absoluta vigencia y se produjo una confusión. Alfonso Díaz de Montalvo, por encargo de los Reyes Católicos, preparó las Ordenanzas Reales de Castilla, publicadas en 1485. Establecida la monarquía absoluta -que termina en España con la convivencia de cristianos, moros y judíos- se encuentra en esta legislación un particular rigorismo hacia los moros y judíos, que constara con la tolerancia anterior. En 1567 se publicó la Nueva Recopilación, ordenada por Felipe II, que trata la materia penal en el Libro VIII. En 1805 aparece la Novísima recopilación texto anacrónico, que contenía muchas disposiciones de la Nueva Recopilación, y que rigió hasta 1848.

La génesis de la legislación contemporánea.

La Codificación del siglo XIX. Prácticamente toda Europa y América se dieron códigos penales en el siglo XIX. No es del caso historiar en detalle estas legislaciones. No obstante resulta importante destacar los textos penales que más influencia han ejercido, apareciendo como modelos para otras legislaciones.

Ante todo, el Código Napoleón de 1810, que sirvió parcialmente de modelo, entre otras, a las legislaciones de España (1822) y Prusia, dando lugar a lo que sería hasta recientemente el código penal alemán (1871). Si bien es cierto que el Código de Napoleón conserva una serie de principios racionales provenientes del pensamiento de la época receptado por la revolución, no era el código de la Revolución Francesa, sino el Código penal estatista de un imperio. De "código de Napoleón y no de Código de Francia" se le ha calificado (Pellegrino Rossi). Las

penas son severísimas y se establece el ergástulo, aunque al mismo tiempo introduce cierta flexibilidad en su aplicación. Pero resulta claro que el Código Napoleón procura ante todo la protección del Estado, centrado en la persona del emperador. Dios había sido reemplazado por el Estado y los delitos contra el Estado encabezan la tabulación de su parte especial. La vieja idea de la legislación penal de Justiniano, que es "la expresión del principio de que la conservación del Estado es el fundamento de la punición", resucita en el Código Napoleón y engazarà en Alemania con fundamentos hegelianos. La influencia de Bentham sobre los redactores del código francés evitó que el mismo cayese en las exageraciones en que había incurrido el derecho penal del Imperio romano. El mismo Target, en la presentación del proyecto, sostenía que es la necesidad de la pena lo que la hace legítima, lo que consagra una solución pragmática que evitó mayores desviaciones. No obstante, en su estructura queda, claramente trazada la línea político-penal imperialista, que sirvió de modelo a otros muchos textos enrolados en la misma corriente.

Si bien el Código Napoleón había tenido su contrario en la misma Francia, en el código revolucionario de 1791, este último no era de elevada calidad técnica. El texto que en la legislación penal comparada se contraponen al Código Napoleón, pudiéndosele parangonar técnicamente -y también superarlo- y que señala la auténtica línea literal de la legislación penal, es el Código de Baviera de 1813, redactado por Johann Paul Alesm Ritter von Feuerbach. El texto plasma las ideas del autor, particularmente en cuanto a la pena. Se trata de un texto con lenguaje extraordinariamente pulido y técnico para su época, con conceptos bien ceñidos, que reducen la arbitrariedad judicial, altamente racional, y demarcatorio de una línea político-penal en que el hombre se halla en primer término, lo que se

evidencia en la misma tabulación de infracciones por bienes jurídicos, que comienzan con los delitos contra las personas. Este texto tiene para nosotros una gran importancia, puesto que fue la fuente de inspiración de nuestra legislación penal.

Gran importancia tuvo el Código del Brasil de 1830, elaborado fundamentalmente por José Clemente Pereira y Bernardo Vasconcelos. Era un Código con influencia de Livingstone y de Bentham, con penas fijas, que debían tener en cuenta la <sensibilidad> de la víctima, elemento característico del tallón kantiano. Fue de transcendencia superlativa para América Latina, porque sirvió de modelo al código español de 1848. El Código Español fue reformado en detalle en 1850 y en 1870, y estos sucesivos códigos españoles (particularmente el de 1870) fueron seguidos por la mayoría de los códigos latinoamericanos del siglo pasado.

España había sancionado su primer Código Penal en 1822, muy influido por el Código de Napoleón. Tuvo muy poca vigencia, sirvió de modelo al Código de Bolivia de 1831 (Código Santa Cruz), que con reformas conservó vigencia hasta 1973; también fue sancionado en 1835 el primer código penal mexicano.

En 1825 el político y jurista norteamericano Edward Livigstone proyectó para Lousiana una legislación penal, procesal y penitenciaria que luego adaptó en un proyecto de Código Federal para los Estados Unidos. Sus teorías se hallaban próximas a Bentham y su obra fue la primera que dedicó un amplio tratamiento a

la ejecución penal. El proyecto no fue sancionado, pero tuvo marcada importancia por su influencia posterior.

En la segunda mitad del siglo pasado fueron de importancia los códigos belga de 1867 y holandés de 1881, que reemplazaron en los respectivos países al rígido Código de Napoleón. El código belga sirvió de modelo al código ecuatoriano. No obstante, el texto más importante de este período, especialmente por la frecuencia con que lo citaban quienes participaron en la tarea de nuestra elaboración legislativa, fue el código penal italiano de 1888, conocido como Código Zanardelli. Se trata de un texto altamente racional, construido sobre la admisión expresa del libre albedrío (el agente debía tener <consciencia> y <libertad> de sus actos). Conforme a esta posición, resultaba ser un texto en todo conforme a los principios de la llamada escuela clásica. Fue el primer código penal que rigió en toda Italia después de la unificación y, en cuanto fue sancionado, lo atacó Lombroso en un opúsculo llamado Demasiado pronto. Por la solidez de su estructura ejerció gran influencia en otros textos. Su parte especial se tabula de acuerdo con el modelo napoleónico.

1.3 El Pensamiento Penal Actual en Latinoamérica

El peligrosismo en Latinoamérica. El peligrosismo, como hijo del positivismo, fue la ideología de las élites latinoamericanas y sigue siéndolo. No en vano ha sido ideología del llamado <grupo de los científicos>, que con la idea del <buen dictador> de Sierra en México, configuró el entorno intelectual de la dictadura de

Profirio Díaz, que acaba en la Revolución mexicana, como también la de los grupos reaccionarios y racistas del Brasil, justamente ridiculizados en lo literario por Jorge Amado en la "Tenda dos Milagres". Fue en la Argentina la ideología de los sectores intelectuales próximos a los gobiernos de <orden>. Quizá halla sido el único desarrollo ideológico coherente conforme a las estructuras socio-económicas de la época, puesto que los modelos tomados como textos legales y que se apartan de él no han podido realizarse en la práctica; lo que ha llevado a que el distanciamiento entre la ideología práctica y teórica del sistema penal sea abismal en muchos países.

1.4 El Derecho Positivo Mexicano

Concepto del Derecho. La palabra proviene del vocablo latino directum, que significa no apartarse del buen camino, seguir el sendero señalado por la ley, lo que se dirige o es bien dirigido. En general se entiende por Derecho el conjunto de normas jurídicas, creadas por el Estado para regular la conducta externa de los hombres y en caso de incumplimiento está provisto de una sanción judicial.

Además de regular la conducta humana, el Derecho establece los órganos del Estado, así como los servidores públicos.

Derecho Positivo. Está constituido por el conjunto de normas jurídicas que realmente se observan en una época determinada, aún en el caso de que hayan

dejado de estar vigentes. Dicho de otro modo el Derecho Positivo es el conjunto de normas jurídicas que forman las reglas que ha establecido el legislador, así como aquellas que han dejado de estar vigentes por haber sido derogadas o abrogadas, quedando por tanto convertidas en el Derecho histórico de un pueblo.

Frecuentemente se suelen confundir los términos de Derecho Positivo y Derecho Vigente, tal confusión es indebida. El Derecho Vigente es aquél que realmente rige en un momento determinado al grupo social y que no ha sido derogado ni abrogado, es decir, que es un Derecho actual. De lo anterior se afirma que no todo Derecho Positivo es Vigente, en cambio todo el Vigente es Positivo.

Procesos de formación del Derecho.

Concepto de Fuente del Derecho. La expresión fuente del Derecho, se usa para designar el origen del Derecho, es decir, la manera como el orden jurídico brota para su observancia.

Existen tres clases de fuentes del Derecho: reales, formales e históricas.

Las fuentes reales son aquellos elementos que determinan el contenido de las normas jurídicas, son pues, todos aquellos fenómenos sociales que contribuyen a la formación del Derecho.

Las fuentes formales son los procesos de creación de las normas jurídicas, es decir, los hechos que dan a una norma el carácter de Derecho: la ley, la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia, etc.

Las fuentes históricas están integradas por todos aquellos documentos del pasado que contienen el texto de una ley.

Las fuentes formales. Como principales fuentes formales del Derecho tenemos: la Ley, la Costumbre, la Jurisprudencia, la Doctrina y los Principios Generales del Derecho.

La ley. Es una norma jurídica que ha emanado del Poder Legislativo para regular la conducta de los hombres. La Ley es una regla que regula todos los casos o circunstancias que reúnan las condiciones previstas por ella para su aplicación.

Las características de la ley son: generalidad, obligatoriedad e irretroactividad en perjuicio de las personas.

Las normas jurídicas son generales, es decir, que se aplican a todas aquellas personas que se encuentran en un hecho determinado; deben aplicarse sin excepción arbitraria, siempre que la conducta se adecue al texto legal.

La obligatoriedad de la ley consiste en que ésta necesariamente debe ser cumplida, para tal caso, existen órganos judiciales que obligan a la observancia de la misma imponiendo sanciones a los infractores.

Las normas jurídicas se elaboran para el futuro, de manera que una ley será retroactiva cuando se aplica a hechos que ocurrieron cuando regía otra disposición anterior. El artículo 14 de la Constitución establece que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. De lo anterior se desprende que la ley puede aplicarse retroactivamente en los casos en que no perjudica a nadie.

Creación de la Ley. La actividad encaminada a la elaboración de las leyes, recibe el nombre de proceso legislativo, y corre a cargo de los diputados y senadores.

El proceso legislativo pasa por las siguientes fases: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la vigencia.

a) **Iniciativa.** Es la facultad de presentar ante el H. Congreso de la Unión un proyecto de ley. De acuerdo con lo establecido en la Constitución federal, compete: I. al Presidente de la República; II. a los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, y III. a las legislaturas de los Estados. Las iniciativas presentadas por el Presidente de la República, por las legislaturas de los estados,

o por las diputaciones de los mismos, pasarán desde luego a comisión. Las que presenten los diputados o los senadores se sujetarán a los trámites que designe el Reglamento de Debates.

Sin embargo, aun cuando sólo las autoridades mencionadas antes tienen facultad constitucional para iniciar leyes, el Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso dispone que las peticiones de particulares, corporaciones o autoridades que no tengan derecho a iniciativa, se mandarán pasar directamente por el Presidente de la Cámara a la Comisión que corresponda, según la naturaleza del asunto de que se trate. Las comisiones dictaminarán si son de tomarse o no en consideración estas peticiones.

La formulación de las leyes pueden comenzarse indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras, con excepción de los proyectos que versen sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamientos de tropas, todas las cuales deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados.

b) **Discusión.** Es el acto por el cual las Cámaras deliberan acerca de las iniciativas, para determinar si son o no aprobadas.

Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, haciéndose primero en lo general, o sea en su conjunto, y después en lo particular cada uno de sus artículos; cuando conste de un solo artículo será discutido una sola vez.

A la Cámara donde inicialmente se discute un proyecto de ley se le llama Cámara de Origen, a la otra se le denomina Revisora.

c) Aprobación. Es el acto por el cual las Cámaras aceptan un proyecto de ley.

Cuando se aprueba un proyecto en la Cámara de Origen, se envía para que se discuta a la otra, la cual, si está de acuerdo, lo envía al Ejecutivo.

d) Sanción. Es la aceptación de un proyecto hecho por el Poder Ejecutivo. Desde luego, esta acto debe ser posterior a la aprobación que hacen las Cámaras. Puede suceder que el Presidente de la República no esté de acuerdo con el proyecto aprobado por el Congreso, entonces puede hacer las observaciones que se estime necesarias para que el Congreso lo discuta nuevamente. El proyecto de ley o decreto, desechado todo o en parte por el Ejecutivo, será devuelto con sus observaciones a la Cámara de Origen. Deberá ser discutido de nuevo por ésta, y si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la Cámara Revisadora. Si por ésta fuese sancionada por la misma mayoría, el proyecto será ley o decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación.

Se reputará aprobado por el Ejecutivo todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen dentro de los diez días hábiles; a no ser que, corriendo este término haya el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones,

en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso esté reunido.

Este derecho que tiene el Ejecutivo de hacer observaciones a los proyectos de ley se llama Derecho de Veto.

e) Publicación. Las leyes para que surtan sus efectos tienen que ser dadas a conocer a quienes deben cumplirlas; para tal efecto las disposiciones del Congreso para que se conviertan en obligatorias es necesario que se publiquen en el periódico oficial del Estado, llamado Diario Oficial de la Federación. Además de este órgano de difusión legislativa, existen en los Estados los diarios o gacetas oficiales, en que se publican las disposiciones legislativas locales.

f) Iniciación de la Vigencia. Es cuando entra en vigor una ley con toda su fuerza obligatoria.

Dos sistemas existen para que las leyes inicien su vigencia: sucesivo y sincrónico.

El sucesivo está regulado en el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de la siguiente manera: "Las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia

general, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el periódico oficial. En los lugares distintos a los que se publiquen el periódico oficial, para que las leyes, reglamentos, etc., se reputen publicadas y sean obligatorias, se necesita además del plazo que fija el párrafo anterior, transcurra un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad".⁴

El tiempo que existe entre el momento de la publicación de la ley y aquél en que comienza su vigencia se denomina vacatio legis.

El sistema sincrónico se encuentra contenido en el propio Código Civil en los siguientes términos: " Si la ley, reglamento, circular o disposición de observancia general fija el día en que debe comenzar a regir, obliga desde ese día con tal de que se publicación haya sido anterior".⁵

La Costumbre. Es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio, podemos decir también que es un uso existente en un grupo social que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo. Las comunidades sociales, en el devenir histórico han observado algunas reglas de manera uniforme y constante por medio de las cuales resolvían situaciones jurídicas.

⁴ Secretaría de Gobernación, Diario Oficial de la Federación, México, 28 de marzo de 1928, p. 41.

⁵ *Ibid.*, p. 42.

Como elementos de la costumbre encontramos la repetición más o menos constante y prolongada de ciertas reglas, así como el hecho de que la agrupación social les reconozca cierta obligatoriedad.

De lo anterior se desprende que la costumbre es una forma arcaica de cómo se manifestó el Derecho Consuetudinario.

La Jurisprudencia. Se ha utilizado esta palabra tradicionalmente para designar la Ciencia del Derecho.

Además puede considerarse la jurisprudencia como la interpretación jurisdiccional del Derecho Positivo y está constituida por el conjunto de decisiones judiciales y en ocasiones administrativas, dictadas sobre una misma cuestión y en especies análogas.

En nuestro Derecho, sólo los tribunales federales pueden establecer jurisprudencia.

La Ley de Amparo establece como jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia las ejecutorias de la misma, funcionando en pleno siempre que lo resuelto en ellas se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros.

La jurisprudencia de la Corte puede interrumpirse o modificarse por resoluciones del mismo tribunal. Para que tal modificación surta efectos de jurisprudencia, se requiere que se expresen las razones que se tuvieron presentes para establecer la jurisprudencia que se modifica.

La jurisprudencia de la Suprema Corte, en nuestro país, se convierte obligatoria para todos los tribunales, los que deberán acatarlas y cumplirla.

La Doctrina. Con la palabra doctrina comprendemos la opinión de uno o varios autores en cualquier materia del Derecho. Es la teoría u opinión sustentada por los tratadistas respecto a las cuestiones del mundo jurídico.

La doctrina no representa ningún valor jurídico, sino un mero valor intelectual auxiliar en la aplicación e interpretación de las normas. Los autores no tienen ninguna autoridad para elaborar el Derecho. Ellos no hacen más que comprobar el estado del Derecho Positivo y ponerlo bajo una forma didáctica.

Las leyes no están siempre redactadas de manera clara y precisa y no han podido prever todas las situaciones que se presentan en la práctica. De ahí resulta que hay para el jurista, muchos puntos oscuros controvertidos. Los autores tienen entonces por misión la de proponer soluciones para esas dificultades.

Es una cuestión de confianza personal y el valor de la doctrina es puramente moral. Un simple texto legal destruye cualquier argumentación por sabia que pueda presentarse.

Los Principios Generales del Derecho. Estos principios son producto de una actividad intelectual, subjetiva, que emplea principalmente el método inductivo para encontrar en una afanosa búsqueda los principios esenciales del ordenamiento jurídico.

Son los Principios Generales del Derecho, criterios o ideas fundamentales de un sistema jurídico determinado que se presentan en la forma concreta del aforismo y cuya eficacia como norma supletoria de la ley depende del reconocimiento expreso del legislador.

De lo anterior podemos concretar que dichos principios son la materia, el contenido de que se vale el legislador para la elaboración de las leyes. Estos principios aparecen, según el maestro de Pina⁶, como el complejo de ideas y creencias que forman el pensamiento jurídico de un pueblo en un momento determinado de su historia. No hay Derecho sin principios. Se puede decir que los principios generales del derecho son las direcciones o líneas matrices según las cuales se desarrollan las instituciones jurídicas.

⁶ *Apud. Ibid.*, p. 52.

De acuerdo con los lineamientos contenidos en el artículo 14 constitucional en relación con el artículo 19 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, los principios generales del derecho son aun fuente del Derecho, cuando un negocio no pueda resolverse por la interpretación de la ley.

1.5 Control Social, Sistema Penal y Derecho Penal

El delito como <construcción> y como <realidad>. Si prescindimos del código y de las leyes penales y lanzamos una pregunta indiscreta a la realidad social, no necesitamos muchas penetración para percatamos de que entre la conducta de quien libra un cheque sin provisión de fondos y la de quien golpea a una mujer y la viola, no hay nada en común, es decir, que se trata de dos acciones con significado social completamente distinto.

Lo único entre esas conductas es que ambas están previstas en la ley penal, amenazadas legalmente con una pena, sometidas a un proceso de verificación previo, institucionalizado a través de funcionarios públicos, conforme al cual sus autores pueden ser privados de su libertad en una cárcel. Esto basta para demostrarnos que <el delito> sociológicamente no existe si prescindimos de la solución institucional común. En la realidad social existen conductas, acciones, comportamientos, que importan conflictos que se resuelven de un modo común institucionalizado, pero que aisladamente consideramos tienen significado completamente diferentes.

No sólo eso es lo que observamos, sino que, en cuanto a las mismas conductas que generan conflictos con soluciones institucionales idénticas, vemos que las instituciones operan de un modo diferente: la violación o el homicidio suelen publicarse en los diarios; los libramientos de cheques sin fondos no, como tampoco los robos. Además, lo curioso es que en la inmensa mayoría de los casos la solución común institucional no tiene lugar: el receptor del cheque quiere cobrarlo y si lo logra da por terminado el problema; la víctima del robo quiere recuperar la cosa o parte de ella y puede omitir la denuncia que perjudique ese objetivo; la víctima de violación puede no querer denunciar para no someterse a vergüenza pública. En realidad, si cada ciudadano practicara un somero examen de conciencia, comprobaría que varias veces en su vida infringió las normas penales: se quedó con el libro prestado, se llevó la toalla del hotel, se quedó con un objeto perdido, etc. En conciencia, cada uno de nosotros tiene un <voluminoso prontuario>. Los jueces nacionales lo incrementan diariamente, al suscribir falsamente declaraciones como prestadas en su presencia y en las cuales jamás están presentes. Los secretarios judiciales certifican diariamente varias de estas falsedades ideológicas.

Concepto y formas del control social. El hombre siempre aparece en sociedad, interaccionando estrechísimamente con otros hombres. Se agrupan dentro de la sociedad en grupos permanente alternativa o eventualmente coincidentes o antagónicos en sus intereses y expectativas. Los conflictos entre grupos se resuelven en forma que, si bien siempre es dinámica, logra una cierta estabilización que va configurando la estructura de poder de una sociedad, que en parte es institucionalizada y en parte difusa.

Lo cierto es que toda sociedad presenta una estructura de poder, con grupos que dominan y grupos que son dominados, con sectores más cercanos o más lejanos a los centros de decisión. Conforme a esta estructura, se controla socialmente la conducta de los hombres, control que no sólo se ejerce sobre los grupos más alejados del centro del poder, sino también sobre los grupos más cercanos al mismo, a los que se les impone controlar su propia conducta para no debilitarse.

De este modo, toda sociedad tiene una estructura de poder (político y económico) con grupos más cercanos al poder y grupos más marginados del poder, en lo cual, lógicamente, pueden distinguirse grados de centralización y de marginación. Hay sociedades con centralización y marginación extremas, y otras en que el fenómeno se presenta más adecuadamente, pero en toda sociedad hay centralización y marginación del poder.

Esta centralización-marginación teje una maraña de múltiples y proteicas formas de control social (influencia de la sociedad delimitadora del ámbito de conducta del individuo). Investigando la estructura de poder nos explicamos el control social e, inversamente, analizando éste, se nos esclarece la naturaleza de la primera.

El ámbito del control social es amplísimo y, dada su proteica configuración y la inmersión del investigador en el mismo, no siempre es evidente. Este fenómeno de ocultamiento de control social es más pronunciado en los países centrales que

en los periféricos, donde los conflictos son más manifiestos. De cualquier modo, incluso en los países periféricos, el control social tiende a ser más anestésico entre las capas sociales más privilegiadas y que adoptan las pautas de consumo de los países centrales.

Así por ejemplo, los medios masivos de comunicación social, inducen pautas de conducta sin que la población, en general, perciba eso como control social, sino como formas de recreación. Cualquier institución social tiene una parte de control social que es inherente a su esencia, aunque también puede ser instrumentada mucho más allá de lo que corresponde a esa esencia. El control social se ejerce, pues, a través de la familia, de la educación, de la medicina, de la religión, de los partidos políticos, de los medios masivos, de la actividad artística, de la investigación, etc.

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

La enorme extensión y complejidad del fenómeno del control social demuestra que una sociedad es más o menos autoritaria o más o menos democrática, según se oriente en uno u otro sentido la totalidad del fenómeno y no únicamente la parte del control social institucionalizado o explícito.

Así, para valorar el control social en un determinado contexto, no debe detenerse el observador en el sistema penal, y menos aún en la mera letra de la ley penal, sino que le es menester analizar la estructura familiar (autoritaria o no), la educación (la escuela, los métodos pedagógicos, el control ideológico de los textos, la universidad, la libertad de cátedra, etc.), la medicina (la orientación anestésica o puramente organicista o más antropológica de su ideología y práctica) y muchos otros aspectos que hacen al complicadísimo tejido social. Quien pretenda formarse una idea del modelo de sociedad con que se enfrenta olvidando esta pluridimensionalidad del fenómeno del control, caerá en un simplismo ilusorio.

Saber y control social (saber y poder). Tradicionalmente se repite el principio positivista según el cual cuando mayor es el saber, mayor es el poder, lo cual se nos ha vuelto <lógico>. Parecía una verdad incontrovertible que el hombre con más conocimientos científicos tenía más poder, sobre todo teniendo en cuenta los logros tecnológicos de nuestra civilización industrial. Sin embargo, a estas alturas de la historia, lo que parece incuestionable es lo contrario: el poder es el que condiciona el saber.

Las estructuras del poder mundial, tanto en el mundo mal llamado occidental (capitalista o de economía descentralizada) como en el mal llamado oriental (comunista o de economía centralizada) reconocen países centrales y países periféricos.

El control social, en cada uno de esos países, ha de ser diferente, según se trate de un país central o periférico y, a su vez, según se trate de países de economía descentralizada (capitalistas) o estatal o centralizada, y aun, entre los periféricos, según su grado y momento de desarrollo (economía rural, en vías de industrialización, etc.).

En cada uno de ellos, el poder generará, condicionará, fomentará o será proclive a explicaciones o versiones de la realidad que, en forma de ideologías abarcarán también las ideologías científicas. Toda ciencia es ideológica y el poder, en cada caso, la manipulará según convenga a su conservación, privilegiando una ideología y desechando las que considere peligrosas o negativas para ésta.

Latinoamérica se haya entre los países periféricos, o sea que, en la injusticia social que se genera a nivel internacional, como resultado de la división internacional del trabajo, nuestras sociedades presentan características particulares que se revelan en su control social y en sus sistemas penales. No obstante, al explicar nuestro derecho penal -como parte del control social se pasan por alto estas características, tratando de importar ideologías masivamente. Por otra parte, la misma posición periférica nos ha impedido elaborar un desarrollo ideológico propio, lo cual nos mantiene en posición tributaria de las ideologías de los países centrales.

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

Los Derechos Humanos y el Control Social. A lo largo de la historia siempre ha habido una o varias ideologías encargadas de explicar y justificar cada una de las atrocidades cometidas. Así, el genocidio indígena americano o el tráfico de millones de hombres africanos tuvieron sus ideologías de justificación, como también lo tuvo el colonialismo más cruel y explotador. Cuando ya no pudo someterse a un pueblo afirmando la superioridad del conquistador o del colonizador sobre la base religiosa, se <inventó> la antropología, para reafirmar que las sociedades colonialistas eran más <evolucionadas> que las colonizadas, argumento con el que se encubrieron todas las empresas de explotación colonial del siglo pasado.

Lo cierto es que entre 1939 y 1945 se desató el más cruento y generalizado conflicto bélico entre las potencias mundiales, con un saldo de millones de muertos y las peores atrocidades cometidas. Elementos ideológicos arañados del

biologismo dieron el discurso de justificación al hitlerismo; la dictadura del proletariado marxista y la utopía de la sociedad sin clases o comunismo, brindaron los instrumentos ideológicos de justificación del stalinismo; el liberalismo del siglo XVIII y comienzos del XIX fue junto con la teoría de la necesidad, la ideología de justificación del aniquilamiento nuclear de las poblaciones civiles de Hiroshima y Nagasaki.

Cada atrocidad se cometió en nombre de la <humanidad> y de la <justicia>. Cada uno decía que quería <liberar> al hombre (al <super-hombre> creador del <mito democrático> o a todos los hombres de la explotación del capital o del Estado). Cada ideología tenía <su> idea del hombre y, en la medida en que la realizaba, todo estaba justificado por la necesidad. De allí que ninguna de ellas pudiera detenerse en obstáculos formales y se orientase por su propio <derecho natural>.

Al culminar la parte aguda del horror bélico, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea de las Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Ciudadano, "como ideal común a ser alcanzado por todos los pueblos y todos los hombres"⁷. La Declaración importa un coto o límite a los <derechos naturales>. No en vano se había señalado que debía plasmar una <ideología práctica>. Desde entonces la Declaración y todo el andamiaje en plena construcción de un sistema internacional de garantías a los Derechos Humanos, van configurando el límite positivizado que la conciencia jurídica

⁷ Apud. ibid., p. 295.

universal pretende imponer a las ideologías que rigen el control social en todas las naciones.

Puede alegarse que las violaciones de derechos humanos son múltiples y terribles, lo cual es indiscutible, pero lo cierto es que hoy el poder debe cometerlas más abiertamente, pues ya no hay ideólogos serios que se atrevan a postular un <derecho natural> que las implique sin sonrojarse. Es absurdo que una ley o límite legal detenga, por efecto mágico, al poder. Pero mucho más absurdo sería negar que ese límite ha servido y sirve para desenmascararlo más fácilmente. No podemos negar que hoy también hay ideologías genocidas como la que pretende imponer el control de la natalidad al tercer y al <cuarto mundo> bajo amenaza de interrumpir toda ayuda de alimentos, o la misma ideología del equilibrio por el terror, pero no es posible negar su evidente aberración.

La declaración universal se complementa con otros instrumentos internacionales que contribuyen a perfeccionar su función de límite ideológico: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966 (en vigencia desde el 23 de marzo de 1976), la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados del 12 de diciembre de 1974, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de Bogotá, 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica de 1969, etc. Estos instrumentos deben tomarse en cuenta en cualquier interpretación que se haga del derecho penal positivo interno, que no puede entrar en contradicción con ellos.

La importancia del control social institucionalizado o formalizado. Es lógico aspirar a que todo el control social respete los derechos humanos, pero, cabe preguntarnos cuál es la importancia que tiene el sistema penal en el control social.

Hemos visto la enorme amplitud que tiene el control social, que puede ser difuso (medios masivos, familias, rumores, prejuicios, modas, etc.) o institucionalizado (escuela, universidad, psiquiátrico, policía, tribunales, etc.). Dentro del control social institucionalizado hay una forma punitiva que no se reduce a lo formalmente punitivo (sistema penal), sino que abarca cualquier otro control social cuando en la práctica, pese al discurso no punitivo, opera punitivamente. Tal es lo que frecuentemente sucede con la psiquiatría o con la institucionalización del anciano: entre instrumentos eléctricos de tortura y electrochoques no suele haber mucha diferencia; la institucionalización del anciano puede ser una amenaza punitiva contra su falta de productividad. Aunque son muchas las posibles formas de control social punitivo (realmente punitivo) con discurso no punitivo (formalmente no punitivo), cabe tener presente que siempre que el control social opera por medio de institucionalización de personas (manicomios, asilos, orfanatos), se revela una seria posibilidad de punición real que es menester investigar.

El sistema penal es la parte del control social que resulta institucionalizado en forma punitiva y con discurso punitivo (pese a que frecuentemente incluso en este ámbito se ha tratado de encubrir tal discurso, aunque en forma burda, dado lo incuestionable de la realidad punitiva). Dentro del sistema penal, el derecho

penal ocupa sólo un lugar limitado, de modo que su importancia, pese a ser innegable, no es tan absoluta como a veces se pretende, especialmente cuando dimensionamos el enorme campo de control social que cae fuera de sus estrechos límites. Para evitar los engaños omnipotentes que llevan a la producción de efectos paradójales por vía de ficciones, es indispensable tener presente en todo momento estos límites y este panorama.

1.6 Sistema Penal y Derecho Penal

Concepto de sistema penal. Llamamos sistema penal al control social punitivo institucionalizado, que en la práctica abarca desde que se detecta o supone que se detecta una sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta una pena, presuponiendo una actividad normativizadora que genera la ley que institucionaliza el procedimiento, la actuación de los funcionarios y señala los casos y condiciones para actuar. Esta es la general idea de sistema penal en un sentido limitado, abarcante de la actividad del legislador, del público, de la policía, de los jueces y funcionarios y de la ejecución penal.

En un sentido más amplio, entendiéndose por sistema penal al control social punitivo institucionalizado, caben en él acciones controladoras y represores que aparentemente nada tienen que ver con el sistema penal.

Punición es una acción y efecto sancionatorio que pretende responder a otra conducta, aunque no siempre la conducta a la que responde es una conducta prevista en la ley penal, sino que pueden ser acciones que denoten calidades personales, puesto que el sistema penal, dada su selectividad, parece indicar más calidades personales que acciones, porque la acción filtradora lo lleva a funcionar de esa manera. En la realidad, pese al discurso jurídico, el sistema penal se dirige casi siempre contra ciertas personas más que contra ciertas acciones.

No puede ignorarse que forman parte del sistema penal -incluso en sentido limitado los procedimientos contravencionales de control de sectores marginados de la población, las facultades sancionatorias policiales arbitrarias, las penas sin proceso, las ejecuciones sin procesos, etc. Ya en un sentido más amplio, pueden tener contenido sancionatorio acciones que se encubren en discursos de tipo terapéutico o asistencial, como los que se encubren bajo la ideología psiquiátrica o la institucionalización del psiquiatrizado puede responder a que reacciona contra normas en forma que subvierte la lógica de productividad y consumo dominante; la institucionalización del anciano puede ser la sanción por su falta de productividad.

Los discursos del sistema penal. Cuando se analizan los discursos o argumentos con que cada uno de los sectores convergentes en el sistema penal trata de explicar y justificar su participación, vemos que no hay una única ideología del sistema penal, sino una pluralidad de ideologías que se traduce en la multiplicidad de los discursos. El discurso jurídico o judicial, por regla general es garantizador, basado en el retribucionismo o en la resocialización; el discurso

policial es predominantemente moralizante; el discurso penitenciario es predominantemente terapéutico o de tratamiento. El discurso judicial desarrolla su propia cultura: pragmática, legalista, reglamentarista, de mero análisis de la letra de la ley, con clara tendencia a la burocratización. Las expresiones moralizantes policiales y pedagógicas penitenciarias no ocultan tampoco su tendencia burocratizante. En general, hay una manifiesta separación de funciones con contradicción de discursos y actitudes, lo que da por resultado una compartimentalización del sistema penal: la policía actúa ignorando el discurso judicial y la actividad que justifica el mismo; la instrucción cuando es judicial, ignora el discurso y la actividad sentenciadora; la segunda instancia ignora las consideraciones de la primera que no coinciden con su propio discurso de mayor aislamiento; el discurso penitenciario ignora todo el resto. Cada uno de los segmentos parece pretender apropiarse de una parte mayor del sistema, menos el judicial, que ve retaceadas sus funciones sin mayor alarma.

Los discursos externos son explicaciones por lo general al público o a las autoridades. Hay considerables complementaciones y rectificaciones que se operan en los discursos de justificación interna, o sea, los que se dirigen al propio grupo o sub-grupo y que rara vez trascienden los estrechos límites de los partícipes del mismo.

En modo alguno está probado que el sistema penal prevenga conductas criminales por parte de los que no han delinquido, porque es claro que los criminalizados aumentan o disminuyen con independencia de las variantes del sistema. Por otra parte, la estadística criminal no puede ilustrarnos a este

respecto, porque no puede sostenerse seriamente que la estadística sirva para indicar el número de delitos cometidos (criminalidad real), dato que es inalcanzable, circunstancia que no se oculta con la invención del término <cifra negra>, porque ésta es tan <negra> que nadie puede calcularla nunca. Los cálculos que se han hecho son impresionantes: en Estados Unidos se ha calculado que en una ciudad de medio millón de habitantes, el número anual de hurtos en tiendas sería de 150.000, lo que habla de la imposibilidad de conocer la criminalidad real. En cuanto al resto, la estadística es importante, pero como dato de criminalización, es decir, de la forma en que opera el sistema penal, pero no de la criminalidad, ya que el funcionamiento del sistema es más o menos represivo respecto de ciertas personas o acciones por circunstancias estructurales o accidentales imponderables (puede ser incluso por el cambio de un jefe de policía o por la tónica dada por un discurso presidencial o por una campaña periodística).

En cuanto a la resocialización, especialmente mediante <tratamiento> en las llamadas <instituciones totales> (instituciones en las que el sujeto desarrolla toda su vida: manicomios, prisiones, asilos, internados, etc.). En los últimos años se ha estudiado el efecto de estas instituciones sobre la personalidad y se ha insistido en el inevitable deterioro psíquico -a veces irreversible- que acarrea una prolongada privación de libertad, lo que ha contribuido a dejar al descubierto la sospecha de que el <tratamiento> era un producto de justificación ideológica, lo que se ha reforzado con la acción directa de los mismos prisioneros denunciando su situación y sus técnicas de supervivencia. Esto ha llevado a que hoy se habla abiertamente en el mundo del fracaso de la prisión y de la franca crisis de la ideología del tratamiento, que se bate en abierta retirada incluso en los países en

los que realmente quiso realizársela. Con mucha mayor razón es absurdo hablar de la misma en Latinoamérica, donde es imposible proporcionar un verdadero <tratamiento> a veinte o treinta mil personas privadas de libertad y donde la realidad muestra, que es mayor el número de personas dedicadas a la seguridad que el número de prisioneros.

El sistema penal y la ley penal. La ley penal señala un ámbito dentro del cual el sistema penal del que forma parte puede seleccionar y criminalizar personas. Sin embargo, el sistema penal se excede del marco de ese ámbito en la realidad social, lo cual hace con otros pretextos que pretenden ser "no penales" y también se abstiene de abarcarlo. La ley penal debe señalar un ámbito orientador, pero el sistema opera en gran parte con una orientación que le es propia y diferente, excediendo la orientación en un sentido y desentendiéndose del espacio señalado en otro, reprimiendo lo que el derecho penal no le autoriza y dejando de reprimir lo que el derecho penal le ordena.

De allí que en la realidad, tenga más importancia selectiva la función de la actividad policial que la del legislador penal. En general, pues, la criminalización que produce el funcionamiento del sistema penal nunca coincide con la orientación y medida que señala abstractamente la ley penal, al punto de que ni siquiera sabemos si es que así fuera, porque de haber una perfecta armonía, casi nadie dejaría de ser criminalizado, aunque fuere por hechos secundarios o de escasa importancia.

El Derecho Penal no puede interpretarse como un objeto que se agota en sí mismo, sino como un objeto que se realiza, con carácter programático. De allí que no podamos caer en el pensamiento mágico de afirmar que la simple institucionalización formal realiza el programa, cuando simplemente lo enuncia.

Hay varias soluciones propuestas, que dependen en gran parte de la posición política adoptada o asumida por el postulante. Hay quienes frente a la configuración real del sistema penal y ante la comprobación de que la misma se halla íntimamente vinculada a la estructura social del poder, postulan la impotencia del saber y la necesidad de una acción que aniquile la estructura de poder y la reemplace por una estructura no marginalizante (crítica social extrema o revolución radical).

En el otro extremo están quienes reconocen la ineficacia preventiva del sistema penal y postulan su transformación en un sistema realmente preventivo por el terror, la eliminación y la segregación definitiva. Tal es la otra posición extrema de la <seguridad nacional>, más depurada por la <nueva derecha> en los países centrales (el nuevo realismo criminológico de la ultra-derecha norteamericana). En el medio se hallan quienes postulan una parcialización total del conocimiento y afirman que estas comprobaciones no corresponden ni tienen influencia alguna sobre el derecho penal, cuyo saber es independiente de las mismas, que no necesita incorporar ningún dato de realidad, porque se maneja a nivel puramente normativo, que el estudio de estas cuestiones corresponde a la sociología o a la criminología o a la política y que el saber penal sólo lo debe tomar en cuenta cuando el legislador ya valoró información y la pasó a ley.

Frente a estas tres actitudes, nos hallamos quienes suponemos que es posible alguna otra, más esperanzada. La primera postula un quietismo jurídico y una actividad política aniquilante del sistema, en pos de una sociedad organizada en forma diferente a todo lo conocido hasta este momento, es decir, sobre una estructura no marginalizante. Denota en gran parte una aspiración utópica propia del siglo pasado y muy especialmente del romanticismo penal. Tiene el grave inconveniente de sacrificar las relativas libertades y derechos presentes en pos de una libertad absoluta colocada en el futuro, lo que de alguna manera remeda el gastado argumento del bien absoluto en la <otra vida> como premio al sufrimiento y miseria presentes. La segunda posición extrema arrasa los derechos humanos y desemboca en el genocidio. La tercera lleva a un cómodo expediente de <no compromiso> con la situación, demasiado frecuentemente usado en nuestra Latinoamérica para sobrevivir a los cambios políticos y encubridor del compromiso con el status quo.

La cuarta alternativa es la que postulamos y nos lleva a reconocer la necesidad de una crítica permanente en confrontación con la realidad y la capacidad del derecho penal para realizar los derechos humanos. Las soluciones interpretativas concretas no pueden quedar fuera del contexto total del sistema y deben tender a hacer del saber penal un instrumento de integración y no de marginación. Responde a la confianza en la posibilidad de una organización social que no sea ideal, pero que haga descender los niveles de marginación mediante una integración comunitaria de los sectores marginados y de la consiguiente disminución de los niveles de injusticia en las estructuras del poder. Hace del saber penal un saber comprometido con los derechos humanos y, por ende, un saber no aséptico, sino ideológicamente vinculado al aumento del espacio social

de todos los partícipes de la sociedad latinoamericana y mundial. Para ello se hace necesario reconocer que el derecho penal siempre aspira, tiende, procura, pero no realiza mágicamente, sino que esa realización debe ser alcanzada mediante la interpretación adecuada que, unida del dato real, proponga a la jurisprudencia las soluciones concretas y coherentes con el marco general de los objetivos del Derecho Penal.

CAPITULO II
LA SEGURIDAD JURIDICA

Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, se asegura que el derecho es un fenómeno de tipo espiritual, es decir está determinado desde el punto de vista de las ideas, para que quede explicado este concepto es menester definir lo que significa objeto ideal, así como objeto real, éste último tomado como contraste del objeto ideal:

Objeto ideal.- Se entiende: "Como forma del ser, de unas ciertas entidades, se usa para adjetivizar unos determinados objetos, entre los cuales suelen encontrarse las entidades matemáticas y lógicas. Se ha dicho con frecuencia, que las determinaciones de tales objetos, son principalmente negativas: Intemporalidad, inespecialidad, ausencia de interacción causal."⁸

Objeto Real.- "Herbart, denomina objeto real a las entidades simples, indestructibles, lo que está absolutamente exento de contradicciones. Los objetos reales no cambian, ni se transforman."⁹

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

⁸ José Ferrater Mora, *Diccionario Filosófico*, p.673.

⁹ *Ibid.*, p.1138.

realidades físicas, si pensamos en un círculo puede ser trazado o no en la realidad, pero en todo caso existe como abstracción.

Junto a los objetos ideales, encontramos a los objetos reales, los que si bien es cierto, se encuentran en el mundo de las ideas, constituyen una cierta dimensión, que se estructura en el ser real; veamos; dos más dos nos dan un resultado de cuatro objeto ideal; pero ello puede ser representado en la realidad: dos manzanas más dos manzanas, nos dan un resultado de cuatro manzanas; esto constituiría la existencia de los objetos reales.

Ahora bien, una vez quedado el concepto de objeto ideal, y puedo asegurar que el Derecho representa un objeto ideal, y así tenemos que para algunos autores, entre ellos el autor alemán Heinrich Henkel, la conformación del Derecho tiene que buscarse desde los fundamentos del ser, afirma Henkel que el Derecho para poder regular relaciones humanas necesita cumplir con dos premisas¹⁰:

A partir de <datos previos>, que nacen del <ser> y de la <naturaleza de las cosas>, es decir, tomando en cuenta la realidad.

Dirigirse hacia una <idea>, denominada <Idea del Derecho>.

El Derecho cumple con ciertos valores, que se encuentran más allá de un simple momento ordenador. Tiene que llegar a algo más; es decir, a un <fin>.

¹⁰ Heinrich, Henkel, Introducción a la Filosofía del Derecho, p. 248.

para que pueda ser completa la tarea del Derecho, este fin puede denominarse valor.

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

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

El afán del presente trabajo, no reside en llevar a cabo un estudio axiológico de los fundamentos e ideales que pretende alcanzar el Derecho, es decir el análisis no se centra en un estudio de estimativa jurídica por que ello sale de la esfera de esta tesis; sin embargo es indispensable analizar uno de esos principios rectores denominado seguridad jurídica, pues es indiscutible que el Derecho se fundamenta entre otros valores en ésta, porque este principio afecta directamente al hombre, ya que él es el protagonista directo, el destinatario de las normas jurídicas, y estas normas jurídicas van encaminadas hacia valores; por ende, como el análisis de la problemática, sobre la constitucionalidad del delito de hostigamiento sexual, parte sobre el planteamiento de que si esta norma, es o no segura para los justiciables, es por ello que este trabajo se inicia con los conceptos, que sobre el particular esgrimen diversos tratadistas, para

posteriormente opinar críticamente, de qué es y qué debe entenderse por seguridad jurídica.

2.1 La Seguridad Jurídica para Carlos Cossío

Para Cossío: El Derecho se fundamenta en acciones, como consecuencia de ello "El Derecho es un fenómeno de la realidad humana".¹¹ Pero sólo es concebido como conducta que se basa en principios lógicos, y como tal tiene que estar sustentado en una doctrina que le dé validez, es decir, su objeto es estudiar la relación de la realidad social - conductas- y los valores que son engendrados por ella; esto se da a razón de que sólo podrá integrarse una Institución con la actuación del hombre.

Así, nos dice este autor que el mundo está determinado por circunstancias, que preocupan algunas veces a los seres humanos, parte de esa condicionalidad, la integran los prejuicios de los seres humanos que nos rodean y con los cuales forzosamente nos toca convivir. El contacto con el mundo es lo más firme que trata de mostrar el ser humano objetivándolo.

"La seguridad nos presenta la idea de protección",¹² y ésta aparece como una circunstancia, con ello se afirma que la seguridad es un valor fundante; por que el

¹¹ Carlos Cossío, Teoría Epistemológica del Derecho y el Concepto Jurídico de la Libertad, p. 582.

¹² Ibid., p. 588.

amparo es necesario, la seguridad aparece como señorío jurídico ya que denominan las circunstancias adversas de desamparo.

La seguridad es un valor jurídico autónomo personal y necesario, Cossio considera que el desvalor de la seguridad, nace siempre que disminuya, jamás como consecuencia de un aumento de la misma, ya que la protección superior a la mínima que requiere, podrá ser innecesaria, pero nunca desvaliosa. La inseguridad surge cuando la seguridad no alcanza una escala precisa y se torna hostilidad, la inseguridad aparece entonces de la autonomía que tiene mi prójimo en cuanto circunstancia.

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

Para poder superar la inestabilidad de la autonomía de mi prójimo, se necesita la firmeza de la seguridad, con esto se supera el riesgo existencial, limitando las posibilidades que prevengan la secuencia de acciones. El orden nace como valor positivo del Derecho ya que recae sobre el proyecto que se coloca simétricamente llamado prevención. Este proyecto, al riesgo -inseguridad- podrá esquivarlo, con el fin de superar la deficiencia del valor de la seguridad; el orden hace mover las situaciones de manera que queden en el punto de partida, con un camino que está dado anticipadamente frente al riesgo con el fin de saltarlo.

El <orden>, aunque unas ocasiones priva de elasticidad a la seguridad le da firmeza a la misma. El orden es un valor heterónimo que junto con la seguridad se objetivizan en el mundo con meras circunstancias, que se cuantifican en el mundo material; el orden es un valor propio que no puede ser confundido, ya que es una de las dimensiones del Derecho, el orden asegura la eficacia de una defensa, aparece como el más elemental y primario de los valores jurídicos ya que posibilita la seguridad cuando ésta se derrumba. Además el orden tiene dos desvalores, mientras que la seguridad sólo se enfrenta al de su propia polaridad, que es la inseguridad, el orden, en cambio, por un lado se enfrenta a un desvalor intrínseco, que no surge de su propia polaridad, sino de su crecimiento excesivo, que es el <ritualismo o formulismo>, este desvalor nace como circunstancia que es dañada por su misma naturaleza heterónoma.

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

El orden es una plenitud de movimiento que reclama un respuesta inmediata a un riesgo, si el plan que se prevee logra saltar los obstáculos de la inseguridad, entonces el orden tiene valor.

La axiología jurídica tiene un fin primordial, enseñar la amplitud de la libertad, por tal motivo, lo único que interesa mostrar es la adecuación del plan de esquivar el riesgo que produce la autonomía de los seres que nos rodean.¹³

2.2 La Seguridad Jurídica para Heinrich Henkel

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

"Es necesario a la seguridad jurídica como una exigencia objetivo-material; la polaridad de la Seguridad Jurídica se encuentra como oposición a la arbitrariedad y el desamparo de una situación jurídica concreta".¹⁴

La seguridad jurídica cuenta con dos tendencias; por una parte nos encontramos con que la seguridad jurídica, es una referencia a las normas establecidas; y por otra parte, es una exigencia dirigida a los actos de realización del Derecho.

¹³ *Ibid.*, pp. 565-577.

¹⁴ *Ibid.*, p. 390.

A continuación se presentan los aspectos positivos de la seguridad jurídica:

La Positivación del Derecho. Se establecen las normas según consideraciones de <valor> y <fin>; la positivación crea lo que observa Radbruch: " En la misma medida en que es tarea de Derecho Positivo el ser correcto en su contenido, en la misma medida pertenece al contenido del Derecho Correcto el ser positivo " .¹⁵ La Seguridad Jurídica como primer fin persigue establecer lo que es el Derecho.

La Certidumbre Jurídica. Este aspecto se entiende como claridad y univoquidad, que puede ser traducido como certidumbre o seguridad de orientación. Todo sujeto necesita saber qué hechos y qué obligaciones existen para él y con qué consecuencias jurídicas puede contar; este aspecto favorece la observación de las normas jurídicas, su tarea es para quien aplica el Derecho, éste tiene que disponer de medios para alcanzar la certidumbre jurídica; por tal motivo necesita de un conjunto de normas, las cuales deben de ser claras en su contenido, sencillas y que abarquen el conjunto.

En cuanto a lo que se refiere a la aplicación individual al caso concreto cumplir con la exigencia de la certidumbre del hecho, así como la consecuencia jurídica; un ejemplo de ello lo representa el principio Nullum crimen, nulla poena, sine lege, dicho principio, nacido de la Revolución francesa, como respuesta, por la serie de abusos y arbitrariedades cometidas por el Estado monárquico, pretende

¹⁵ Apud, Daniel Kurt Breaña, Los Fines del Derecho, p. 69.

alcanzar la certidumbre jurídica mediante requisitos formales, ya que de esta forma el ciudadano sabe a qué <atenerse> frente a los órganos del Estado.

La Seguridad de la Verificación del Derecho. En este sentido actúan, primeramente, la estructura judicial, es decir, los órganos que se van a encargar de aplicar el Derecho, en cuanto a su actividad, competencia y atribuciones de asuntos jurídicos; así mismo este aspecto concede, que las posiciones jurídicas y procesales sean firmes en posibilidad de realización del Derecho.

La Estabilidad en el Derecho. El <ser> del Derecho, se encuentra en un ciclo constante de transformación, por tal motivo la estabilidad excluye que los cambios sean bruscos. Para que el Derecho se encamine a este aspecto, necesita de la confianza de los sujetos, basándose en la permanencia del Derecho, es decir, que una vez establecidas las normas, persistan las situaciones de fuerza, en este aspecto, puede ejemplificarse el Principio de Irretroactividad de la ley.

2.3 La Seguridad Jurídica para García Máynez

Término seguridad jurídica, al cual Máynez, da referencias como de creación reciente, ya que según, el mencionado autor, nace en el siglo XIX en Alemania. Parte para el estudio de sus tesis, de las referencias elaboradas por el sociólogo Teodoro Geiner y afirma que existen dos dimensiones de la seguridad jurídica:

1a. La Seguridad de Orientación o Certeza en el Orden. Esto se refiere, a cuánto los destinatarios de las normas jurídicas conocen los contenidos de las normas y por tal motivo, conducen sus actividades como lo determinan las primeras. La seguridad en este caso se rompe por:

a) Cuando el poder es débil.

b) Cuando las normas son modificadas constantemente y la comunidad no ha logrado conocerlas y no sabe qué conducta tomar con precisión.

c) Cuando las autoridades judiciales, funcionan con un margen amplio de discrecionalidad.

2a. Seguridad de Realización o Confianza en el Orden. Esta se determina en razón de que las normas impuestas sean confiables, siempre y cuando el sistema sea eficaz, se obtiene por medio de las actividades: Legislativas, la cual debe ser clara y precisa y congruente con dicha actividad, confiando en la inteligencia de aquellas personas encargadas para ello. Esta dimensión requiere no sólo del cumplimiento de las normas, sino la correcta aplicación por los órganos jurisdiccionales, y se condiciona a los actos de obediencia y aplicación.

La eficacia, es una característica de un sistema, en que lo más importante, es la realización de valores para cuyo fin fue creado, tomando como patrón el valor <justicia>. La seguridad jurídica es traducida entonces, como <eficacia>, ya que,

si las reglas son emanadas de un poder público justo, se encamina hacia el bien común; en este momento, continúa Máynez, el valor seguridad aparece como sentimiento de confianza, es decir, se dan las dos dimensiones de las que habla Geiner.

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

Máynez nos dice, que: "El orden es valioso cuando realiza eficazmente los valores que le dan sentido".¹⁶ La Seguridad debe de servir a la justicia; porque si bien es cierto, el Derecho es un orden primario y obligatorio, éste se encamina hacia un valor de mayor rango axiológico, es por lo que la Seguridad debe servir a la justicia, ya que no debe de confiarse en un orden legal, por el simple hecho de ser confiable y eficaz.¹⁷ es decir, para García Máynez, la seguridad debe ser el instrumento del Derecho, que ayude al aseguramiento de las normas, pero éstas deben de tener contenidos justos, para llegar así al bien común.

Por otra parte considera al concepto como <funcional>, por nacer el objeto del mismo, en un sistema normativo que busca eficacia.¹⁸ Por tal, el objeto se

¹⁶ Eduardo García Máynez, Filosofía del Derecho, p. 436.

¹⁷ Ibid., p. 480.

¹⁸ Idem.

encamina a asegurar, en términos jurídicos, asegurar, significa: el acatamiento de normas jurídicas ya sea para particulares o para los órganos del poder público,¹⁹ la seguridad es un valor positivo, ya que garantiza la eficacia.

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

2.4 Opinión del Autor

Es indiscutible que lo que el hombre crea, necesita un sentido (valor) que lo <sumibiliza>, ante sus ojos; esta verdad sería aberrante si considerásemos también, situaciones reales o simplistas; en verdad el Derecho no estaría justificado, sino en la medida que encarne valores, y si bien es cierto, el Derecho no surgió con la necesidad de hacer un monumento a la justicia, debe admitirse, que nació con el deseo ineludible de urgencia, seguridad y certeza en la vida social.

Recasen Siches, nos dice lo siguiente: "Imaginemos al hombre primitivo aterrado ante el espectáculo de la naturaleza; presenciando un conjunto de

¹⁹ ibid., p. 481.

hechos de fatal sucesión, cuyos <secretos> ignora, y crea la magia, para tratar de explicar lo que no sabe cómo sucede. Esto le da una seguridad relativa en el mundo en que vive; pero conjuntamente, no sólo experimenta miedo a la conducta de los seres que le rodean, y siente la urgencia de saber a qué atenerse en la relación con los demás; de saber, cómo se comportaran ellos con él; y qué es lo que él debe de hacer frente a ellos, precisa de certeza sobre las relaciones sociales; pero además de la seguridad que la regla se cumplirá, de que estará poderosamente garantizada".²⁰

Realmente es así como nace el Derecho, como instancia determinante de aquello a lo cual el hombre debe atenerse en sus relaciones con los demás teórica y prácticamente, ya que el Derecho no es sólo una máxima, sino que debe ser cierta y de cumplimiento seguro imposición inexorable.

El Derecho es seguridad, de aquello que el hombre le importa garantizar en una época determinada, de aquí el contenido variable y el proceso dinámico del Derecho.

El temor, lo desconocido es la motivación primaria del Derecho, pero su más honda raíz es la vida humana. La seguridad jurídica, por sí misma no basta, debe de estar contenida en normas justas, constituyéndose en el sentido formal de la función del Derecho. La tarea de la seguridad es lo jurídico, ya que sin seguridad no hay Derecho, sin seguridad se negaría al Derecho: "La injusticia se opone a la

²⁰ Luis Recasens Siches, *Filosofía del Derecho*, p. 224.

justicia, el error en determinados fines se opone a la utilidad común; pero en cambio la ausencia de seguridad niega la esencia misma de lo jurídico".²¹

La seguridad jurídica es la razón, el centro del Derecho, y si bien es cierto, es un valor inferior, posibilita la realización de los valores superiores. En términos absolutos debe de considerarse, que la seguridad jurídica:

1º. Debe estar cimentada en la vida humana, con matices de cambio, de mejora y progreso para la vida humana.

2º. Plasmarse en normas de imposición inexorable; pero en pautas de justicia.

La seguridad perfecta, no debe de ser nuestra meta, ya que esto nos llevaría a un estado de completa inmovilidad. La vida humana no puede, ni debe ser invariable; por lo tanto el Derecho y la seguridad jurídica deben de ir cambiando a medida que las circunstancias y necesidades sociales lo requieran.

La seguridad debe ser firmeza, en sentido general, la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos, o que si estos llegaran a producirse le serán asegurados

²¹ Idem.

por la sociedad, protegiéndolos, reparándolos, es decir, que tiene la garantía de que su situación no será modificada sino por procedimientos establecidos y por consecuencias regulares conforme a la ley.

La seguridad en el sentido amplio, es un elemento del bien comun. El derecho como desarrollo espiritual requiere de un orden, porque no puede actuarse sólo con la voluntad arbitraria, sino orientados a ideas de protección de los intereses comunitarios.

CAPITULO III
PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Es innegable que la seguridad jurídica, según se desprende del capítulo que precede esta ligado íntimamente al Principio de Legalidad, tema que en el presente apartado trataremos, por lo cual ar el elocuente enunciado del Conde de Beccaria, en su magistral obra El Tratado de los Delitos y de las Penas:

¿ Cuántas veces vemos los mismos delitos diversamente castigados por los mismos tribunales en diversos-tiempos, por haber consultado, no lo constante y fija voz de la ley, sino la errante inestabilidad de las -interpretaciones? ²²

Asegura el mismo autor que.

Las leyes son las condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad." ²³

Los anteriores presupuestos, en opinión del suscrito, están Indudablemente ligados y son la base del principio de legalidad que encarna la seguridad jurídica, pues efectivamente al instituirse el Derecho dentro de la sociedad se pretendió como fin primario elaborar normas seguras, que rigieran para todos y de

²² César de Beccaria, Tratado de los Delitos y de las Penas, p. 17.
²³ Ibid., p. 7.

cumplimiento inexorable, pero todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad para la conservación de la propia colectividad, es tiránico, pero al implementarse la norma no cabe, que el encargado de aplicarla, se aleje del espíritu del legislador y obre en cada caso que conoce como si se tratan de un delito diverso, ya que ello rompe con el principio de seguridad jurídica, pues en este caso como acertadamente lo precisa Beccaria:

"El espíritu de la ley sería, pues, la resulta de la buena o mala lógica de un Juez, de su buena o mala digestión: dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviese con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo flotante del hombre".²⁴

Ahora bien, como mencionamos anteriormente, el principio de legalidad es un presupuesto de la seguridad jurídica, en nuestro sistema de Derecho Positivo, estas máximas se elevan a la categoría de constitucionales, de forma más precisa en el artículo 14 del Pacto Federal, y así tenemos que el precepto innovado establece textualmente:

Art. 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

²⁴ *Idem.*

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

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.²⁵

Por ende, es menester, antes de entrar al eje central de esta tesis, analizar los fundamentos del principio de legalidad y los fines que pretende, pues con estos conceptos, estaremos en aptitud de llevar a cabo el análisis constitucional del delito de hostigamiento sexual; en tal virtud debemos de partir de que el principio de legalidad no podrá cumplir con su misión sin el mandato de certeza: nullum crimen sine lege certa.²⁶

Se puede afirmar que las prohibiciones de aplicar la analogía y costumbre in malam partem resultaría totalmente inútiles si los preceptos penales no permitieran conocer qué conductas humanas quedan abarcados en ellos.

²⁵ Emilio Rabasa y Gloria Caballero, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, p. 45.

²⁶ Francisco Muñoz Conde y Diego Manuel Luzón Peña, Iniciación al Derecho Penal de Hoy, pp.105 a 114.

Claus Roxin enuncia cuatro consecuencias prácticas del principio de legalidad: la prohibición de la analogía; la prohibición de retroactividad; la prohibición de fundamentar la irresponsabilidad penal a través del derecho consuetudinario, y el mandato de certeza principios que están implícitos en el artículo 14 constitucional, así pues, el principio de legalidad resulta negatorio si los textos legales no permiten identificar, sin duda alguna, cuáles son las conductas vedadas penalmente.

La dificultad de redactar tipos penales con precisión, en los que se eviten los conceptos indeterminados se impongan consecuencias jurídicas inequívocas y se contengan marcos legales de extensión limitada, radica en una deficiente técnica legislativa y constituye un problema de comunicación.²⁷ Si la figura delictiva no es perfectamente inteligible, se pueden ampliar las dimensiones del jus puniendi tornándose más densa la red penal. Elaborar una ley cierta equivale principalmente a identificar con precisión el evento punible. Ahora bien, toda figura típica es, fundamentalmente (aunque no sólo) descripción de una conducta considerada antisocial (dentro de determinadas circunstancias).

Tanto en los delitos dolosos como en los culposos, en los activos como en los omisivos, lo que la ley prohíbe (en los tipos) es una conducta final. ²⁸

²⁷ Susan Stebbing, Introducción Moderna a la Lógica, p. 32.

²⁸ Raúl Eugenio Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General, t. III, p. 83.

En México, las figuras de disolución social, que sancionaban al que <en forma hablada o escrita o en cualquier otra forma, realice propaganda política difundiendo ideas, programas o normas de acción de cualquier gobierno extranjero>, son ejemplos límite de indeterminación, dada la amplitud de los términos usados por el legislador, que no precisan el contenido de todos y cada uno de los elementos del tipo, lo que motivaba que fuera el juez quien tuviera que determinar ese contenido, a que esas figuras se aplicaran a individuos o grupos que hicieran política de oposición dentro de cauces pacíficos, o, en otras palabras, a que se penaran, como sucedió realmente, discrepancias ideológicas con el grupo gobernante.²⁹

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

En un sistema político-democrático y representativo, sustentado en la soberanía del pueblo, todo acto del poder público constituido tiene que ser necesariamente benéfico para la sociedad; en consecuencia, debe ser, en términos absolutos, respetuoso de los derechos humanos.

²⁹ Luis de la Barreda Solórzano, Principio de Legalidad y Mandato de Certeza, p. 324.

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

Por cuanto a los actos provenientes de la potestad punitiva del Edo. Mexicano, éstos se manifiestan en las tres instancias de poder público: Legislativo, Judicial y Ejecutivo y, al igual que cualquier acto de autoridad, deben ceñirse a la legalidad.

3.1 Legalidad Formal

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

El órgano competente para crear la norma penal general y abstracta es el Poder Legislativo.

Únicamente de él puede emanar la ley expresiva de aquélla. En cuanto a las formalidades que se deben satisfacer en el ejercicio de la facultad legislativa, se encuentran perfectamente definidas en los textos constitucionales.

En la siguiente instancia el órgano facultado para producir la norma penal individual y concreta (surgida en la sentencia), es el Poder Judicial. Este órgano debe cumplir con todas las formalidades del enjuiciamiento penal que están previstas en las normas constitucionales y en las leyes secundarias, formalidades que van desde la denuncia o la querrela hasta la sentencia penal.

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

3.2 Legalidad Material

La legalidad material incluye dos niveles conceptuales: a) el de la elaboración (por el legislador) de las normas penales generales y abstractas, y creación (por el juez) de las normas penales individuales y concretas, y b) el de la aplicación judicial de las normas penales generales y abstractas, y ejecución de las normas individuales y concretas.

Legalidad material legislativa

En atención a la legalidad material (principio de legalidad), el legislador debe acatar la exigencia de que toda norma penal general y abstracta debe ser previa, escrita, estricta y legítima.

Por norma penal, debe entenderse una estructura conceptual general y abstracta, cuyo contenido describe, en forma necesaria y suficiente, una

determinada clase de eventos antisociales y la correspondiente posibilidad de privación o restricción de bienes del sujeto que realice un evento de la clase descrita.

Los textos legales están contenidos no sólo en la llamada <Parte Especial> (reservada a los contenidos diferenciadores) del Código Penal, sino también en la denominada <Parte General> (reservada a los contenidos comunes) e incluso en otros ordenamientos legales distintos del Código penal.

Las normas penales han de ser previas a la realización del delito o del hecho típico injustificado y peligroso. Sólo así se satisfará la garantía de seguridad jurídica consistente en que: 1) ninguna conducta puede ser considerada delictiva si no está previamente establecida como tal en una norma penal, y 2) nadie puede ser sometido a una pena que no esté previamente dispuesta en una norma penal.

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

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

Las normas penales, además de previas, han de ser escritas, por ende, no son aceptables como normas penales las normas de origen consuetudinario. La costumbre, se ha dicho, no fundamenta delitos ni penas.

Las normas penales deben ser escritas y, por lo mismo, no deben propiciar ni la analogía ni la mayoría de razón desfavorables; serán estrictas sólo si satisfacen los principios de generalización y diferenciación. La generalización postula que toda norma penal sea lo suficientemente amplia para que ninguna particular y concreta acción u omisión antisocial de la clase descrita, quede excluida. A su vez, la diferenciación exige que toda norma penal sea lo suficientemente clara y precisa para que ninguna particular y concreta acción u omisión que no pertenece a esa clase, quede incluida.

En atención a la legitimidad, requerida por la legalidad material, se puede afirmar lo siguiente:

El legislador, para poder ejercer el ius puniendi en beneficio de la comunidad, debe estar legitimado en dos sentidos: 1) en cuanto al contenido de la norma, y 2) en cuanto a la decisión política de elaborar la norma. En el primer caso está legitimado cuando existe la necesidad social derivada de la comisión de conductas antisociales; y, en el segundo, cuando después de ponderar toda constelación de variables en pro y en contra, encuentra que la nueva norma no traerá consecuencias contraproducentes en la realidad social. Si el legislador carece de legitimación en cualquiera de los dos sentidos apuntados, no debe elaborar la norma.

Ahora bien, el legislador está legitimado para prohibir penalmente lo antisocial y no lo está para prohibir lo que no es antisocial. En consecuencia, está legitimado para conminar penalmente los eventos dolosos y los culposos, más no está legitimado para conminar lo fortuito; está legitimado para penalizar las conductas que lesionan o ponen en peligro intereses de índole social, pero no lo está en relación a las conductas inocuas que ni lesionan ni ponen en peligro intereses; está legitimado para prohibir penalmente las conductas que se realizan sin necesidad, y no lo está para prohibir lo que se realiza por necesidad. Esto significa que el legislador no debe sobrepasar los límites que le marca la necesidad social.

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

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

Como colorarlo de todo lo anotado, es válido afirmar que el principio Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et legitima incluye los cuatro postulados siguientes: 1) No hay delito sin tipo, 2) No hay hecho típico

injustificado y peligroso sin tipo; 3) No hay punición ni pena sin punibilidad y 4) No hay aplicación ni ejecución de medidas de seguridad sin medidas de seguridad legisladas.

Legalidad material judicial.

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

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

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

La norma penal individualizada, emergente de la sentencia penal, también debe ser escrita. Por lo que respecta a la legitimación en el ámbito judicial, ésta se encuentra determinada por la necesidad social, que, en el caso concreto, surge de la comisión de un delito plenamente probado.

Legalidad material ejecutiva.

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

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

3.3. Principios que rigen en materia penal y su relación con el ius puniendi. Principio de Legitimación, Racionalidad, Ponderación, Legalidad y Certidumbre.

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

legitimación, principio de racionalidad, principio de ponderación, principio de legalidad y principio de certidumbre.

a) Principio de legitimación. Demanda, como condición ineludible para la creación (en la instancia legislativa) de una norma penal general y abstracta, la necesidad social de una conminación penal derivada de la comisión de acciones u omisiones antisociales. Exige también, como requisito indispensable para la elaboración (en la instancia judicial) de una norma penal individual y concreta (sentencia de condena), la comisión de un delito plenamente probado en el correspondiente juicio. Exige, además, para la ejecución (en la instancia ejecutiva) de la norma penal individual y concreta, la subsistencia de la prueba plena del delito.

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

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

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

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

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

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

CAPITULO IV
CONDUCTA Y TIPO

Como ha quedado de manifiesto en los capítulos que precede, la seguridad jurídica y el principio de legalidad están unidos íntimamente, y son los fines que el Derecho Positivo pretende alcanzar, también se ha destacado el importantísimo papel a nivel legislativo para la creación de una norma jurídica y que sólo con base ésta se justifica la intervención del Estado y su ius puniendi o derecho de penar, pero ahora tendremos que preguntarnos ¿qué es el delito?, para así adentrarnos en la problemática del presente trabajo; por ende, si queremos saber qué es el delito indiscutiblemente nos dirigimos a buscar la pregunta en el Código Penal, para el Distrito Federal en materia común, y, para toda la República en materia Federal³⁰, siendo así que el ordenamiento sustantivo que nos rige en su artículo 7o. define.

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

Evidentemente este concepto nos descubre que los delitos no son otra cosa que conductas humanas y nos parecería absurdo determinar que hay un delito sin actividad; pero definitivamente la respuesta de que el delito es una conducta, no satisface, pues la vida del hombre se desarrolla en una serie de actividades o conductas, y por ello se podría considerar que esas conductas son delitos, consecuentemente tenemos que distinguir cuáles conductas son delitos; concretamente la parte segunda del ordenamiento represivo que nos rige precisa una serie de dispositivos legales que describen las conductas prohibidas a las que se asocia una pena como consecuencia y remitiéndonos al capítulo anterior

³⁰ Ibid., p. 7.

se afirma que no hay delito, cuando la conducta del hombre no se adecua a uno de los dispositivos legales.

Ahora bien, queda de manifiesto que el delito es una conducta, pero cabe preguntarnos ¿Qué es conducta?, y ¿cuándo el Estado recoge esa conducta para penarla?

En el Capítulo II del presente trabajo se menciona que el Derecho no pretende otra cosa que ser un orden regulador de la conducta del hombre, pues a éste por ser protagonista directo de la vida en sociedad le interesa vivir tranquilo y seguro con relación a su prójimo, y es por ello que por conducto del Derecho escoge aquellas conductas que de no prohibirlas haría imposible la vida en sociedad, con este argumento debe justificarse la intervención del Estado, ya que si tomamos en cuenta, que en lo que concierne al Derecho penal la reacción del Estado se encamina a la privación de la libertad, libertad que es considerado axiológicamente como el segundo valor más importante después de la vida, consecuentemente, sólo ciertas conductas deben quedar impresas en el Código penal.

4.1 Definición de Conducta

La norma jurídica penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta humana que pretende regular. Para ello tiene que partir de la

conducta humana tal como aparece en la realidad. De toda la gama de comportamientos humanos que se dan en la realidad, la norma selecciona una parte que valora negativamente y conmina con una pena. Es, pues, la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico-penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), que convierten esa conducta humana en delito. Nuestro Derecho penal es un Derecho penal de acto y no de autor.

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

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

De la concepción del Derecho penal como derecho penal de acto se deduce que no pueden constituir nunca delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la resolución de delinquir, en tanto no se traduzca en actos externos, así, hasta la fecha se conocen tres teorías, la teoría causalista, la teoría finalista y la teoría social de la acción, que intentan describir lo que es conducta:

4.2 Teoría Causal de la Acción

Para esta teoría la acción es una conducta humana voluntaria, prescinde del contenido de la voluntad, es decir del fin. Según esta teoría lo importante para establecer el concepto de acción es que el sujeto haya actuado voluntariamente. Lo que este sujeto haya querido, es decir, el contenido de su voluntad, sólo interesa el marco de la culpabilidad. La teoría causal reduce, pues, el concepto de acción a un proceso causal prescindiendo, por completo, de la vertiente de la finalidad. Con ello desconoce la realidad de las acciones humanas, que no son simples procesos causales, sino procesos causales dirigidos a un fin.

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

Los partidarios de la teoría causal se conforman, en el ámbito de la acción, con la comprobación <de que> quien actúa es voluntariamente activo <lo que> ha

querido y se ha propuesto con ello, debe ser examinado en el ámbito de la culpabilidad.³¹

4.3 Teoría Final de la Acción

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

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

La finalidad de la acción se basa en la circunstancia de que el hombre puede preveer, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse fines de diversa índole y dirigir su conducta con arreglo a un plan tendiente a la obtención de esos fines. De esta manera, la acción finalista es un obrar dirigido conscientemente desde el fin: la voluntad que guía el suceso causal constituye la "espiná dorsal de la acción finalista".³²

³¹ Hanz Weizel, La Nueva Imagen del Sistema del Derecho Penal, p. 3.

³² Ibid. p. 8.

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

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

b) Fase externa. Una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo; pone en marcha, conforme a un plan, el proceso causal, dominado por la finalidad, y procura alcanzar la meta propuesta.

4.4 Teoría Social de la Acción

Esta teoría pretendió ser un puente o posición intermedia entre las teorías causal y final. Se basa en la afirmación de que no cualquier acción puede ser materia

prohibida por el derecho penal, sino soló aquellas que tienen sentido social, es decir, que trascienden a terceros, formando parte del interaccionar humano, soló las acciones que forman parte de esta interacción pueden interesar al derecho penal, y no aquellas que no trascienden el ámbito individual.

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

Para Wessels según esta teoría, acción es, en sentido penal, la conducta socialmente relevante dominada por la voluntad humana o que ésta puede dominar. Este concepto de acción se refiere, en la voluntad de actuar y en su realización, a la estructura personal y, en consecuencia, a las realidades ontológicas.

Capaz de actuar es, en sentido penal, toda persona física sin que se tomen en cuenta su edad y su estado psíquico, o sea, incluso el alienado.

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

4.5 Tipo y Tipicidad

Así podemos definir que el tipo penal es.

Un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas).³³

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

a) El tipo pertenece a la ley. Es en la ley donde hallamos los tipos penales: en la parte especial del Código penal y en las leyes especiales. <Tipos> son las fórmulas legales mismas que nos sirven para individualizar las conductas que la ley penal prohíben.

b) El tipo es lógicamente necesario, porque sin tipo no hay delito pues su principal legalidad es nulium crimen sine lege.

³³ Raúl Eugenio Zaffaroni, op. cit., p. 325.

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

d) La función de los tipos es la individualización de las conductas que son penalmente prohibidas. De esta función depende la necesidad lógica del tipo.

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

Para Zaffaroni la tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal.³⁴

Tipo es la fórmula legal que dice <el que priva de la vida a otro> (está en el Código penal); Tipicidad es la característica de adecuar al tipo la conducta que realiza un sujeto al disparar un arma de fuego en contra de otra persona la que muere. La conducta de disparar que presenta la característica de tipicidad, decimos que es una conducta <típica>.

³⁴ *Ibid.*, 327.

a) Típica es la conducta que presenta la característica específica de tipicidad (atípica la que no lo presenta); b) tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo; c) tipo es la fórmula legal que permite averiguar la tipicidad de la conducta.

Como hemos visto, la tipicidad es la primera y más relevante consecuencia jurídico-penal, después se encuentra la antijuricidad y luego la culpabilidad. Por imperativo del principio de legalidad en su vertiente del nullum crimen sine lege, sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tal.

Ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si al mismo tiempo no es típico, es decir, no corresponde a la descripción contenida en una norma penal.

Tipo es, por tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal. Tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal.

El tipo tiene en derecho penal una triple función:

Una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes.

Una función de garantía, es la medida que sólo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente.

4.6 El tipo. Definición, Características, Subconjuntos

La doctrina tradicional excluye al tipo, injustificadamente, del capítulo dedicado al estudio de la ley penal. Sólo situando al tipo adecuadamente en la ley penal - , puede comprenderse el importantísimo papel que juega con relación al principio de legalidad. El tipo:

Es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos³⁵.

Olga Islas y Elpidio Ramírez enumeran las características del tipo:

a) el tipo es una mera descripción general y abstracta; b) su elaboración corresponde exclusivamente al legislador; c) el tipo regula tan sólo, eventos que tiene la propiedad de ser antisociales; d) el tipo determina que un evento antisocial adquiera relevancia penal; e) para cada clase de eventos antisociales hay un, y sólo un, tipo legal; f) cada tipo legal describe una, y sólo una, clase de eventos antisociales; g) la necesidad y la suficiencia especifican la clase de eventos antisociales descrita; h) el tipo delimita, con toda precisión, el ámbito de

³⁵ Olga Islas y Elpidio Ramírez, Nullum crimen, nulla poena sine lege, p. 279.

lo punible y, como consecuencia, permite conocer, con toda certeza, lo que no es punible; i) el tipo tiene como función la protección de uno o más bienes jurídicos³⁶. Olga Islas agrega "Sin la existencia previa de un tipo, no hay delito".³⁷

El tipo es fundamentalmente descripción de conducta, la importancia que en la formulación típica juega el verbo empleado por el legislador. Las conductas se expresan en el lenguaje a través de verbos. Es, por tanto, imprescindible que el tipo contenga al menos un verbo. Este verbo debe formar parte de una definición, ya que para la eficacia del principio de legalidad es indispensable definir la conducta prohibida en el tipo. La definición es propiamente una correspondencia signo-signo.

Dado que los tipos legales prohíben conductas, la prohibición significa que el tipo otorga relevancia penal a esas conductas. La prohibición está contenida en el deber jurídico penal. Este deber, entonces, es un elemento tanto descriptivo como valorativo del tipo; los demás elementos son sólo descriptivos.

Así mismo, es de hacerse notar que todos los elementos del tipo son objetivos. La voluntabilidad, la imputabilidad, la voluntad dolosa (dolo) y la voluntad culposa (culpa) son elementos subjetivos.

³⁶ *Ibid.*, p. 280.

³⁷ Olga Islas, Principio de legalidad y derechos humanos, p. 134.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad, la tipicidad es el encuadramiento de un evento del mundo fáctico a la descripción contenida en el tipo legal. Mientras que el tipo es una creación del legislador que no pertenece al mundo fáctico, el juicio de tipicidad implica una actividad intelectual orientada a establecer si un suceso real adecua o no ese tipo. Si la respuesta es positiva, se está en presencia de la tipicidad.

La tipicidad no es, como lo han afirmado numerosos autores, un elemento del delito. El delito pertenece al mundo fáctico, y es, básicamente, una conducta humana que concreta un tipo culpablemente. La tipicidad no forma parte de esa conducta humana, ni de sus presupuestos ni de sus consecuencias fácticas. El juicio de tipicidad se lleva a cabo a posteriori de una conducta posiblemente constitutiva de delito, y justamente para saber si esa conducta es o no encuadrable en el tipo legal.

Ahora bien, es menester considerar, que a razón de tipo, dogmáticamente se distinguen y clasifican en los siguientes, legales, judiciales, abiertos y cerrados:

4.7 Tipos Legales y Tipos Judiciales

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

En los tipos judiciales es el juez el que está facultado para crear los tipos penales y en el que se reconoce analogía, siendo esto en nuestro derecho una violación a nuestras garantías individuales, pues como vemos en nuestra Carta Magna está prohibida la analogía o mayoría de razón, por consiguiente este tipo judicial no está dentro del principio de legalidad.

4.8 Tipos Abiertos y Tipos Cerrados

Los tipos abiertos son los que sólo una parte del tipo viene descrita en la ley, teniendo el juez que buscar los restantes elementos; la principal dificultad de establecer la posición de garante, es la no mención expresa de los deberes que la fundamentan en el tipo legal del delito omisivo, que sólo describe expresamente una acción positiva. De ahí que se formulen reparos de orden constitucional contra la figura de los delitos de comisión por acción, por ejemplo, el que maneja sustancia explosiva tiene obligación de evitar que se produzca una explosión o incendio.

González Ferrer explica que en los tipos abiertos la ley:

Describe tan sólo una parte de los caracteres del hecho, limitando sensiblemente el principio de legalidad mediante elementos normativos y

cláusulas penales, cuya determinación queda confiada a la valoración que realice el Juzgador.³⁸

Los tipos abiertos son visualizados por Vela Treviño como:
El más sutil y por tanto peligroso embate contra el principio de legalidad.³⁹

Welzel explica que en los tipos abiertos o que:

"Necesitan ser complementados", el Juez "tiene que complementar previamente el tipo mediante el criterio que se deduce de la ley". Ejemplifica con la "posición de garante" y el "cuidado necesario en el tráfico".⁴⁰

Rodríguez Mourullo, tras señalar que los tipos abiertos suponen una sensible limitación al principio de legalidad, manifiesta que, por ello:

Su número ha de ser reducido exclusivamente a aquellos supuestos en los que la propia naturaleza de las cosas impide determinar legalmente a priori todas las características del comportamiento prohibido.⁴¹

³⁸ Campo Elías González Ferrer, Tipo e Injusto, p.17.

³⁹ Sergio Vela Treviño, El Principio de Legalidad y los Tipos Abiertos, p.14.

⁴⁰ Hans Welzel, El Nuevo Sistema del Derecho Penal, pp. 59 y 60.

⁴¹ Gonzalo Rodríguez Mourullo, Derecho Penal, Parte General, p. 288.

Los denominados elementos normativos deben ser explicados por el legislador y no ser abandonados a la definición jurisprudencial. Cuando el legislador empleaba, los vocablos casta y honesta, debía él mismo definir qué debía entender por una y otra cualidades con toda precisión.

Al dejar esta tarea a la jurisprudencia, se está propiciando que el juzgador cree el derecho, lo que viola, desde luego, el principio de legalidad, por tratarse de términos que pueden interpretarse multívocamente.

Asevera el doctor De la Barreda, que los tipos abiertos son pseudo-tipos. El juez no tiene competencia constitucional para crear los elementos generales y abstractos que le faltan al tipo abierto.

Hay casos en que el tipo no individualiza totalmente la conducta prohibida, sino que exige que el juez lo haga, para lo cual deberá acudir a pautas o reglas generales, que están fuera del tipo penal. Cuando el artículo 8 fracción II del Código penal en relación al 302 del mismo ordenamiento punitivo (homicidio culposo) diga: "Comete el delito de homicidio : el que priva de la vida a otro", en este caso se está exigiendo al juez que frente al caso concreto determine cuál era el deber de cuidado que tenía a su cargo el autor y, en base al mismo <clerre> el tipo, pasando después a averiguar si la conducta concreta es típica de ese tipo <cerrado> por el juez mediante una norma general de cuidado que tuvo que <traer> al tipo de otro lado.

4.9 La Importancia del Bien Jurídico

El bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con el objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afecten.

La norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir esta función protectora eleva a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico, es, por tanto, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento.

Todo tipo de delito está orientado hacia la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico. Este no es otra cosa que el valor al que la ley quiere proteger de las acciones que puedan dañarlo. Este valor es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses. La cualidad del bien jurídico es, por tanto, algo que crea la ley y no algo preexistente a ella misma.

El concepto de bien jurídico se utiliza en derecho penal como criterio de clasificación, aglutinando los distintos tipos delictivos en función del bien jurídico protegido en ellos (delitos contra la vida, contra el honor, contra la propiedad, etc.) Según este criterio de clasificación, se distingue entre bienes jurídicos

Individuales (vida, libertad, honor) y comunitarios (salud pública, seguridad del Estado, orden público).

Titular del bien jurídico es el sujeto pasivo. No siempre coincide el titular del bien jurídico protegido en el tipo legal con el sujeto pasivo de la acción típica, por ejemplo, comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

4.10 Estructura del Tipo Doloso

Los tipos dolosos activos configuran el grueso de los tipos penales, es decir, la técnica legislativa a que más frecuentemente se acude para prohibir conductas con relevancia penal. El tipo doloso activo tiene dos aspectos: uno objetivo y otro subjetivo, es decir que la ley, mediante el tipo, individualiza conductas atendiendo a circunstancias que se dan en el mundo externo y a circunstancias que están dadas en lo interno, en el psiquismo del autor.

El tipo doloso implica siempre la causación de un resultado (aspecto externo), pero se caracteriza porque requiere también la voluntad de causarlo (aspecto interno). Esa voluntad del resultado, el querer del resultado, es el dolo. El aspecto externo del tipo doloso es decir, la manifestación de la voluntad en el mundo físico requerida por el tipo, la llamamos aspecto objetivo del tipo legal o tipo

objetivo (el autor, la acción, las formas y medios de acción, el resultado, el objeto material, etc.) Al aspecto interno, es decir a la voluntad misma, la llamamos aspecto subjetivo del tipo legal o tipo subjetivo (fin, efectos concomitantes y selección de los medios).

Los sujetos, pueden ser activos o pasivos. Sujeto activo es el autor de la conducta típica. Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico tutelado. El sujeto pasivo de la conducta, puede no ser el sujeto pasivo del delito.

Los tipos que individualizan conductas que pueden ser cometidas por cualquiera dan lugar a los llamados delicta comúnia, en tanto que los que requieren características especiales en el sujeto activo dan lugar a los denominados delicta propia. Los delicta propia pueden obedecer a características naturales (como que sea mujer la autora de autoaborto) o a requerimientos jurídicos (como que sea funcionario público el autor de cohecho pasivo).

Según el número de sujetos activos en la comisión de un hecho pueden ser unisubjetivos, monosubjetivos o individuales o cuando se comete por varias personas se llaman tipos plurisubjetivos, colectivos o de concurso necesario.

Los tipos no son a veces absolutamente descriptivos, porque en ocasiones acuden a conceptos que remiten o se sustentan en juicio valorativo jurídico o ético

que viene siendo los elementos normativos. Cuando el derecho penal abusa en sus tipos de los elementos normativos, lesiona la seguridad jurídica, pues éstos - por depender de una valoración- carecerían de la precisión de los elementos descriptivos.

Visto lo anterior podemos decir que el dolo es el querer del resultado típico, la voluntad realizadora del tipo objetivo.

CAPITULO V

ANALISIS DEL DELITO DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL

En el presente análisis se basa en las discusiones que llevaron a cabo los diputados de los diferentes partidos como el Revolucionario Institucional, el Popular Socialista, del Frente Cardenista, del Auténtico de la Revolución Mexicana y del Partido Acción Nacional, en el cual hubo una serie de reformas, adiciones y derogaciones en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal, el día 21 de enero de 1991.

Uno de los principales temas fue sustituir la denominación <Delitos Sexuales>, del Título decimoquinto, del libro segundo del Código penal, por la denominación de <Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual>, así como la iniciativa de contemplar como <delito> al denominado como <Hostigamiento Sexual>, que fue propuesto por la Diputada Hilda Anderson Nevárez de Rojas, así como por el grupo de 61 diputadas de la LIV Legislatura Federal, como por las agrupaciones de mujeres y organizaciones de trabajadoras del país.

En las discusiones hicieron el uso de la palabra para apoyar las iniciativas la diputada Juana Palomares, del Partido Frente Cardenista de Reconstrucción Nacional, en relación a la inclusión del <Hostigamiento Sexual> como delito contra la libertad y normal desarrollo psicosexual, pues se aseguró que es importante la protección de la dignidad, respeto y desarrollo sano de relaciones interpersonales en áreas laborales, escolares, etc.

En su exposición, la diputada Guadalupe Gómez Maganda de Anaya, del Partido Revolucionario Institucional refirió el compromiso que se tiene con las mujeres de México y la protección sexual, asegurando que éstas sufren el hostigamiento, la agresión y violencia sexual; por ende se adhirió a la iniciativa para lograr defensa, seguridad, la integridad y la libertad, demandando la inclusión como ilícito el hostigamiento sexual al que se ven sometidas las trabajadoras por quienes se aprovechan de su nivel jerárquico.

La diputada Hilda Anderson Nevárez de Rojas, del Partido Revolucionario Institucional, hizo el uso de la palabra y señaló que una de las preocupaciones centrales de la iniciativa, era el hostigamiento sexual al que se ven sometidas las mujeres trabajadoras y que también se da en otros ámbitos como el escolar y doméstico.

De los acuerdos a los que llegaron, se destacó la importancia de seleccionar los elementos descriptivos y normativos que se incluirían en el tipo, prestando singular importancia al verbo rector, a continuación y en forma de síntesis se destacan las conclusiones más relevantes, en concepto de esta comisión, la incorporación del hostigamiento sexual como delictiva permitiría salvaguardar la integridad y autodeterminación sexual de las personas, siempre y cuando el tipo delictivo se delimitara con claridad y precisión, para que de su contenido no derivara inseguridad jurídica que pusiere en entredicho el principio de legalidad.

Refiriendo que el título del delito responde a que hostigar significa: perseguir, acosar, asediar o molestar a una persona insistentemente y, en la connotación que le da la iniciativa, se refiere a la conducta sexual de una persona que abusando de su situación jerárquica, asedie reiteradamente a su subordinado, provocando en él intranquilidad y desequilibrio emocional que impida un desarrollo interpersonal en un ambiente de cordialidad y respeto, partiendo de la descripción del tipo, se desprende, que el delito comparte en su elemento objetivo, una repetición de conductas sexuales similares que aisladamente no son delictuosas, porque el tipo se colma del concurso de ellas.

En los términos del presente dictámen, se propuso la siguiente redacción:

Comete el delito de hostigamiento, el que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquier otro que implique subordinación.

El hostigamiento sexual tendría que diferir de otras figuras delictivas, pues en tanto que el asedio sexual, que se expresa en provocaciones, insinuaciones o invitaciones insistentes, excluiría cualquier acción lujuriosa ejecutada físicamente en el cuerpo del sujeto pasivo o en el agente o en un tercero, ya que esta conducta se encuentra prevista en un delito diverso y, por otra parte, no implicaría necesariamente actitudes que estuviesen directa o indirectamente encaminadas a la realización de la cópula, que constituiría el caso de violación en grado de

tentativa, cuando la cópula no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente.

En los términos de la propuesta contenida en este dictamen el hostigamiento sexual sólo es punible cuando se cause daño o perjuicio en contra del sujeto pasivo del delito. Por su naturaleza el delito solamente se perseguirá a petición de parte ofendida, es decir, el Estado no intervendría, más que en el supuesto de que el o la afectada del delito lo pusiera a consideración del Ministerio Público.

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

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

Dentro del proyecto de ley, tomaron la palabra el diputado Ernesto Aureliano Jiménez Mendoza, ya que estuvo en desacuerdo con la adición, pues afirmó que la amplitud de la redacción, lo que implica -en su opinión- que la norma no se aplique con exactitud por los juzgadores y esto cayera en una lamentable corrupción como en su concepto desde hace mucho tiempo y en forma ascendiente.

Estimó que las leyes:

...deben estar con un lenguaje adecuado a la realidad que vivimos. El término "lascivo" es un término alemán, de la doctrina y que lo traen a México porque supuestamente nos gusta mucho importar hasta palabras. Y en este caso, pues queda a la aventura jurídica, pensar qué se va a entender ... con fines lascivos asedie reiteradamente a una persona.⁴²

Agregando que:

"todo esto se lo dejamos al juzgador a la hora de aplicar la norma, de determinar al Agente del Ministerio Público y a él, a su parecer encuadrar el delito de hostigamiento sexual, pues con estas ambigüedades o generalidades no se está dando el tipo de dicho delito. (Otro detalle que señala) solamente será punible el hostigamiento sexual cuando se cauce un perjuicio o daño, se esta dando otra acepción a la palabra, a los términos jurídicos, pues sería conveniente que se diga aquí: por perjuicio se entiende esto y por daño se entiende esto, (porque si no le van a entender los que van a aplicar estas normas) si no le están dejando la facultad al Juez que lo interprete".⁴³

⁴² *ibid.*, p. 19.

⁴³ *ibid.*, p. 21.

De lo anterior se desprende que en las discusiones que se realizaron hubo diputados que estuvieron en desacuerdo con la adición de esta figura penal, entre ellos también la Diputada Guadalupe Gómez Maganda de Anaya, en la cual señala que se oponía por tres argumentos:

Primero se trata de una conducta o comportamiento importado de corte anglosajón que para nada corresponde a nuestra idiosincracia ni a nuestros valores culturales.⁴⁴

Segundo es, aunque cueste trabajo creerlo, un atentado contra la libertad sexual de las personas y por último con el pretexto de proteger a la mujer, la rebaja echando por tierra la igualdad de derechos entre ambos sexos".

El hostigamiento sexual como tipo penal se duplica, pues pretende resolver el problema de la mujer asediada sexualmente por el hombre o sea, cercada, importunada, aclaro que esa clase de asedio se inscribe jurídicamente en la figura de la tentativa, es decir, de una acción encaminada en la figura de la, de una acción encaminada hacia algo".⁴⁵

Sin embargo, no obstante las críticas, por decreto de fecha 22 de diciembre de 1990 publicado en el Diario Oficial de la Federación del 21 de enero de 1991, se

⁴⁴ *Ibid.*, p. 24-30.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 35.

adicionó a nuestro ordenamiento punitivo el delito de <hostigamiento sexual>, y a partir del 22 de enero del mismo año tomó vigencia esa norma⁴⁶ y basta preguntarnos: ¿ Es segura esa Ley ?, ¿ Se ajusta a los principios reguladores del Derecho Penal ?, ¿ Cómo se forma el tipo ?, ¿ Cuáles son sus elementos ?, ¿ puede prescindirse de este delito ?

5.1 Análisis Dogmático de la Estructura del Delito de Hostigamiento Sexual

El delito de <hostigamiento sexual>, fue adicionado a la ley represiva, al ser publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 21 de enero de 1991, y entró en vigor, el día 22 de enero del mismo año, así a partir de tal fecha, el artículo 259-bis del Código Penal, describe este delito en los siguientes términos:

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

Si el hostigador fuese servidor público y utilizare los medios o circunstancias que el cargo le proporcione, se le destituirá de su cargo .

⁴⁶ Idem.

Solamente será punible el Hostigamiento sexual, cuando se cauce un perjuicio o daño.

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

Previo análisis de la descripción legal a estudio, es necesario puntualizar lo siguiente: no cualquier manifestación de la voluntad externa es típicamente relevante, sino únicamente la que el tipo revela, y a esto se le denomina <tipo objetivo>, es decir, la materia de prohibición, que en pocas palabras equivale a la conducta prohibida, pero para hablar de la conducta es necesario referirse a las circunstancias que la tornan disvaliosas, así tenemos algunos autores que al hablar de esas circunstancias, prefieren utilizar el concepto <elementos del tipo>, en tanto que otros, particularmente los italianos, los denominan <presupuestos del delito>; pero sin entrar a una polémica innecesaria, el presente trabajo, seguirá la teoría, de aquellos autores, que vislumbran a la conducta -materia de prohibición- en ciertas circunstancias o bien como los elementos del tipo, los cuales a saber son:

- a) Conducta
- b) Resultado material
- c) Relación de causalidad

d) Sujetos, pasivo y activo

e) Bien jurídico

La anterior clasificación, no pretende ser absoluta, ni general, incluso no olvidamos que toda estructura típica de prohibición contiene elementos de carácter normativo y descriptivo; empero, no es mi afán ni el objetivo a alcanzar en el presente trabajo, un estudio de la teoría general del delito, sino tan solo marcar ciertas pautas y conceptos generales, para el efecto que nos ocupa, es decir, un análisis general del delito de hostigamiento sexual. Así las cosas iniciaré este capítulo, con el estudio de los elementos de este ilícito, sin que lo anterior, vaya encaminado -por el momento- a una crítica, sino tan solo destacar los aspectos que tomó en cuenta el poder legislativo.

a) Bien Jurídico

Con relación a este aspecto objetivo de tipo, es menester retrotaernos al espíritu del legislador al crear esta figura, y encontramos que en lo que se relaciona al bien jurídico tutelado, el elemento del tipo es menester referir, ya que sin afectación al bien jurídico no puede existir delito, este injusto se encamina a la protección sexual de las personas, según afirma el Poder Legislativo, y se señala que el fin que se persigue, pues el Estado debe, -con este delito- evitar la intranquilidad y desequilibrio emocional que impida un desarrollo interpersonal en un ambiente de cordialidad y respeto laboral.

b) Conducta y Relación Causal

La conducta, o verbo rector del tipo y como elemento descriptivo, lo constituye <asediar>, asediar gramaticalmente significa: <importunar>. El concepto anterior, que no ciñe con los conceptos de los denominados <dicionarios para juristas>, pues recuérdese que todo vocablo es tomado del conocimiento general, porque el Derecho, va encaminado a la población, y no puede desconocer tal premisa, dado que sus conceptos son estos onto-ontológicos, ya que de otra forma perdería su contenido real.

Retornando, al tópico que nos ocupa, encontramos que la materia de prohibición de este delito, como ya lo dijimos, lo representa, el asediar, es decir <perseguir, acosar ininterrumpidamente> a una persona, de tal suerte, que el término <reiteradamente> que utiliza el legislador de este tipo, sale sobrando, ya que el propio vocablo asediar, implica la reiteración; sin embargo, no cualquier asedio en el ámbito laboral, tiene relevancia penal, sino sólo aquel que tiene fines lascivos, este propósito o fin, forma parte del aspecto subjetivo del delito, y es aquello que pretende el sujeto activo del delito, es decir una propensión carnal o sexual, al llevar a cabo su conducta, y efectuar actos tendientes a la producción del resultado, esto último en forma sintética representaría la relación causal, y que implica que los medios utilizados sean idóneos para lograr el fin propuesto, del que además tiene que existir un perjuicio o daño, y ello es lógico si tomamos en cuenta que el bien jurídico que protege el delito, lo constituye salvaguardar la integridad y autodeterminación sexual de las personas.

c) Resultado Material

Con relación a este elemento, que significa una mutación física en el exterior, porque no se puede individualizar una conducta sino individualizar la mutación o los efectos que ella produce, y que en este caso sería la afectación al bien jurídico representado en este asunto, con la autodeterminación sexual de los trabajadores. Con relación a este resultado material, el legislador exige, que para que sea punible el delito de hostigamiento sexual, es necesario que <se cauce perjuicio o daño>, así textualmente lo señala el párrafo segundo del artículo 259-bis de la ley sustantiva; ya que sin esta condición o mejor dicho sin resultado material, no hay delito, pues no hay afectación al bien jurídico.

d) Sujetos

Se denomina sujeto activo, al autor del delito, dogmáticamente puede haber sujetos activos simples o calificados, su calificación, puede ser necesaria o legal, natural o jurídica, etc., en cuanto al sujeto simple, puede serlo cualquier persona; calificado, los denominados delicta propia; necesario, cuando su categoría la da la naturaleza; por ejemplo: la mujer en el aborto; jurídica; por su calidad legal, por ejemplo, hijo o nieto en el parricidio; material, cuando no se requiere de concepto de valoración jurídica para ser comprendido; jurídica, en cambio cuando se necesita esa valoración.

Puntualizado lo anterior, y para los fines de nuestro estudio, el sujeto activo de este delito tiene una calidad especial de calificación jurídica, pues conforme al texto que se analiza, solo puede ser sujeto activo, al que se vale de una relación jerárquica, que implique subordinación, y que no necesariamente es de carácter laboral, ya que el propio artículo alude al aspecto docente, empero, centraré el tema al ámbito laboral y así tenemos que la ley Federal del Trabajo en su artículo 20 en su primer párrafo define:

Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, -- mediante el pago de un salario .

De lo anterior es obvio que tiene sustento mi afirmación referente, de que no cualquier persona, puede ser sujeto activo del delito de hostigamiento sexual, sino sólo aquella que tenga una jerarquía, por la que se subordina una persona.

Lo mismo acontece con el sujeto pasivo del delito, sólo aquella que deba subordinación a otro, puede ser víctima del delito, pues en tanto no exista esta condición, no tendría razón de ser el delito. En cuanto al sexo es indistinto tratése de sujeto activo o pasivo, pueden ser masculino o femenino.

Por otra parte y en torno al sujeto activo del delito, la ley califica la conducta, cuando el agente del ilícito, además de su posición jerárquica con relación al

pasivo, tiene carácter de servidor público, y de esta forma agrava la sanción al destituirlo de su cargo, lo que no se surte, si no se tiene ese carácter, pues en este supuesto se pena con multa de hasta 40 días de multa.

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

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

También es necesario destacar, que atendiendo al elemento descriptivo o verbo rector del tipo, el Hostigamiento Sexual, se torna en un tipo abierto y judicial, pues no se puede pasar por alto, que asediar implica diversas acciones o un sin número de hechos, y que dependerá de la valoración ética y cultural que al caso concreto realice cada juez, a efecto de determinar, si los medios utilizados por el activo del delito, fueron idóneos para la producción del resultado; de tal suerte, que estimo que es válida mi afirmación que este tipo penal, amén de judicial, es abierto.

5.2 Crítica

Analizando la estructura del delito de hostigamiento sexual, este no cumple con el principio de Seguridad jurídica, pues su principal función es precisamente la seguridad y esta es consecuencia del derecho, porque éste se basa en principios lógicos y deben ser válidos y firmes en la realidad.

El Derecho es proporcionar un elemento ordenador, ya que las relaciones sociales se tienen que mover dentro de un marco de seguridad y saber cómo se mostrará su prójimo en el curso del encuentro social.

En el delito de hostigamiento sexual no hay certidumbre jurídica, pues no es clara porque no define bien al tipo, trayendo como consecuencia una confusión en el juzgador, dejando a éste la interpretación de la ley y se estaría en la incertidumbre, siendo un tipo judicial, pues el principio nullum crimen, poena, sine lege, pretende alcanzar la certidumbre jurídica mediante requisitos formales, para que de esta forma el ciudadano saber a que atenerse frente a los órganos del Estado.

No existe la seguridad de realización ya que el órgano Legislativo en su actividad debe ser clara, precisa y congruente no sólo para el cumplimiento de las normas, sino para la correcta aplicación por los órganos jurisdiccionales, y en este sentido

no se está dando la precisión del tipo para que desempeñe bien su labor el juzgador.

Siguiendo con la temática el suscrito considera que el delito de hostigamiento sexual, no cumple con el Principio de Legalidad, ya que el artículo 14 de nuestra Carta Magna en su párrafo tercero señala:

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

Elaborar una ley cierta equivale principalmente a identificar con precisión el evento posible, siendo el artículo 259-bis impreciso, ya que el que está creando el derecho es el juzgador siendo por analogía, pues el va a tipificar la conducta del agente activo al pasivo.

Su figura es de tipo indeterminado, dada la amplitud de los términos usados por el legislador, que no precisa el contenido de todos y cada uno de los elementos del tipo, como por ejemplo <lascivos, asedie reiteradamente, cauce daño o perjuicio>, porque no dicen en qué consiste ese daño o perjuicio, pues se están dando varias acepciones a los términos jurídicos, haciendo un juego de palabras y no la formulación correcta del verbo, ya que el verbo debe formar parte de una

definición; para la eficacia del Principio de Legalidad es indispensable definir la conducta prohibida en el tipo.

Por otra parte, es necesario puntualizar, recordar que, el Derecho Penal, es un órgano de control social, y que por ser el más radical, a razón de que, afecta la libertad del hombre, debe estar plenamente garantizada la intervención del Estado, el cual sólo justifica su actuación, sólo en aquellos casos en los cuales, al prohibir una conducta, lo hace, porque de lo contrario, y al permitiría haría imposible la vida en sociedad, verbigracia, en aquellos supuestos, en los que el Estado puede utilizar otras instancias, diversas al órgano represivo, debe buscar esas opciones, pues sólo así sabrá su contenido democrático; por lo anterior, es obvio -en opinión del suscrito-, que el Estado, por conducto del Poder Legislativo, equivocó el camino, pues el Derecho Penal, no es el medio idóneo, para tutelar y salvaguardar la autodeterminación sexual del trabajador, respecto de su subalterno, toda vez que existen otras instancias, que pueden cumplir con ese cometido, como tratándose de empleados, obreros, domésticos, lo sería el Derecho Laboral, ya que precisamente , esta disciplina, fue creada con el propósito de normar las relaciones laborales; y en el caso de docentes, se cuenta con el área del Derecho Administrativo, que puede ventilarse a nivel de Secretaría de Educación Pública.

La anterior aseveración, no es aventurada. Ciertamente, para exponerla, me baso fundamentalmente a que, el Derecho Penal, al intervenir, tiene como consecuencia necesaria una sanción, y ésta persigue un fin, que puede llamarsele: justicia, prevención general y/o prevención especial. Con relación a la

justicia, bandera de la llamada Teoría Absoluta de la Pena, cuyo matices retribucionistas, tienen sustento en la Biblia, bajo la máxima <ojo por ojo y diente por diente> y que por motivos científicos y de derechos humanos, ha sido dejado de lado, es innegable, que el delito de hostigamiento sexual no basa su fin en la justicia, pues basta remitirnos al aspecto de la punición, para advertir, que la sanción pecuniaria que hasta en un máximo puede imponerse al infractor, es de 40 días de salario, que puede ser la percepción del agente del delito o por falta de prueba de su ingreso, se impone el equivalente a salario mínimo, y en este supuesto, y sólo si se determina una peligrosidad máxima, se hará merecedor de una pena de N\$592.00, cantidad a penas superior al salario que devenga un trabajador en forma mensual; luego entonces, es obvio, que la retribución no se persigue con este delito, pues la autodeterminación sexual de un trabajador o docente, equivale para el Estado a N\$592.00.

Por otra parte, y en cuanto a la prevención especial, entendida ésta como, el fin de la pena tendiente a lograr la reinserción, resocialización y en el peor de los casos la segregación del delincuente, tampoco me parece, que la pena del hostigamiento sexual cumpla con ese fin, pues la cantidad aludida en el párrafo precedente, no tiene carácter resocializador, y mucho menos de segregación, en consecuencia tampoco se persigue la prevención especial, máxime que el activo del delito, puede continuar desempeñando su función o empleo -a excepción del funcionario público- y en el peor de los casos, continuar <asediando>, con la consiguiente pena, que no puede ser superior a 40 días de salario.

Finalmente, tampoco busca la prevención general, referida a la ejemplificación, por las razones que se han expuesto en los párrafos que preceden, pues incluso no existe una pena adicional, tratándose de reincidentes, y por ello la supuesta tutela al bien jurídico, se convierte en una quimera, que no cumple con ninguno de los fines de la pena.

Por lo anterior, si el Derecho Penal, no cumple su cometido, pues no existe un fin definido, con la sanción que debe imponerse al infractor, luego entonces, las instancias a las que ya se han hecho mención, cumplirían un mejor papel, como sería el caso del Derecho Laboral, obligar al subalterno, a renunciar a su cargo, lo mismo tratándose del Derecho Administrativo, exigir al maestro la rescisión de su contrato. Sanciones, que incluso a nivel laboral se encuentran previstas, con la consecuente indemnización del trabajador.

Es por ello que el denominado delito de hostigamiento sexual debe salir del ámbito penal, por ser un tipo que rompe con la seguridad jurídica y la certidumbre, conceptos, que en amplitud fueron tratados en los primeros capítulos de esta tesis; y de igual forma rompe con los principios que rigen a nivel legislativo y judicial, pues la primera debe legislar en forma tal que las normas penales generales y abstractas garanticen la seguridad jurídica tanto de los adultos y menores como de los imputables e inimputables permanentes, y la segunda la aplicación de una norma penal general y abstracta y la creación de la norma penal individual y concreta.

Como colorario de lo anterior, y al no cumplirse con las bases técnicas, filosóficas y dogmáticas, en el ámbito penal, y porque además existen instancias diversas al Derecho Penal, debe derogarse el tipo intitulado <hostigamiento sexual>, pues lo único que pudiera perseguir este delito, -y que no es el fin de la pena-, es la estigmatización, pero que incluso no evita este tipo de conductas, por no representar un verdadero contenido práctico.

CONCLUSIONES

1. El derecho es seguridad, seguridad que representa una garantía que se da al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos, y que esto llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protegiéndolos, reparándolos, es decir, que tiene la garantía de que su situación no será modificada sino por procedimientos preestablecidos y por consecuencias regulados por la ley.

2. El Principio de legalidad no cumple su función sin el mandato de certeza nullem crimen sine lege certa, y este mandato sólo se basa en que sólo el legislador puede crear el derecho, y le está prohibido a otro órgano de Estado la creación de tipos.

3. El legislador está legitimado para prohibir penalmente lo antisocial, siempre y cuando sea relevante, y no le está permitido prohibir lo que no es antisocial, o que existan otras instancias determinadas.

4. Los principios básicos en el Derecho Penal son: Principio de Legitimación, Principio de Racionalidad, Principio de Ponderación, Principio de Legalidad y Principio de Certidumbre.

5. El Derecho Penal regula conductas humanas, que valora negativamente y conmina con una pena, la conducta implica finalidad, voluntad de contenido, porque sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante.

6. El tipo, se define como, el instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptivo, que tiene como función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes; en cambio la tipicidad, es la adecuación de la conducta al tipo.

7. Los tipos se clasifican en legales siendo el legislador el único que puede crear, suprimir y modificar los tipos penales, pues está basado en el principio de legalidad y en el participa nuestro orden jurídico; judicial es el juez que está facultado para crear los tipos penales y en el que se reconoce analogía, siendo esto en nuestro derecho una violación a nuestras garantías individuales; abiertos, son los que sólo una parte del tipo viene descrita en la ley, teniendo el juez que buscar los restantes elementos; cerrados hay casos en que el tipo no individualiza totalmente la conducta prohibida, sino exige que el juez lo haga.

8. La estructura del tipo doloso, lo comprenden: los sujetos, la conducta, el resultado material, la relación causal, los elementos descriptivos y la afectación al bien jurídico.

9. El artículo 259-bis fue creado por el artículo Segundo del Decreto de 22 de Diciembre de 1990, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 21 de Enero de 1991, entrando en vigor al día siguiente.

10. El bien Jurídico tutelado lo es la libertad y el normal desarrollo psicosexual de la víctima.

11. El delito de hostigamiento sexual es inminentemente doloso, no acepta la culpa, se requieren características específicas para el sujeto activo y el sujeto pasivo, es un tipo judicial, en virtud de que es el juez, quien por medio de valoraciones éticas y culturales, define el elemento descriptivo y verbo rector del tipo <asедiar>, y ello da como consecuencia, que se tome en tipo abierto, toda vez que el Juzgador <completa> la estructura típica de prohibición, el delito de hostigamiento sexual no admite la tentativa, pues es necesario que exista en el mundo fáctico un "perjuicio" o <daño> a la víctima.

12. La tarea legislativa en el delito de hostigamiento sexual fue deficiente, pues basta remitimos a su texto, para advertir que era innecesario aludir al concepto <reiterado>, en virtud de que el propio término asедiar, implica reiteración.

13. El delito de hostigamiento sexual, no cumple con ningún fin de la pena, que pudiera consistir en la justicia, prevención especial o la prevención general.

14. El Derecho penal no es la instancia idónea para tutelar la autodeterminación sexual del trabajador o docente, pues el Derecho Laboral o el Derecho Administrativo, pudiera cumplir con una función oportuna y eficaz para este tipo

de conductas, de hecho la ley laboral prevé la rescisión de contrato y la consiguiente indemnización al trabajador.

15. Por romper con esquemas dogmáticos, filosóficos y de política criminal, debe derogarse el delito de hostigamiento sexual, pues sólo tiende a una relativa estigmatización.

BIBLIOGRAFIA

- BECCARIA, Cesare Bonesano Tratado de los delitos y de las penas, trad. Juan Pérez , 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 1982, pp. 279.
- BUNGE, Mario Augusto La Investigación Científica, Barcelona, Ed. Ariel, 1983, pp. 955.
- COSSIO, Carlos La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto Jurídico de la Libertad, 2ª Ed., Argentina, Ed. Abeledo Perrot, 1964, pp. 821.
- GARCIA MAYNES, Eduardo Filosofía del Derecho, México, Ed. Porrúa, 1986, pp. 552.
- GONZALEZ FERRER, Campo Elío Tipo e Injusto, Buenos Aires, Ed. de Palma, 1979, pp. 240.
- HENKEL, Heinrich Introducción a la Filosofía del Derecho, Madrid, Ed. Taurus, 1968, pp. 757.
- ISLAS Olga Principio de Legalidad y Derechos Humanos, México, INACIPE, octubre-diciembre, 1987, pp. 195.
- ISLAS, Olga y RAMIREZ E. Nullum crimen, nulla poena, sine lege, México, INACIPE, 1991, pp. 385.

- ISLAS, Olga y RAMIREZ E. Lógica del Tipo en el Derecho Penal, México, Ed. jurídica mexicana, INACIPE, 1970, pp. 96.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano La Tipicidad, México, Ed. Porrúa, 1955, pp. 230.
- KURI BREÑA, Daniel Los Fines del Derecho, 2ª Ed., UNAM, México, 1958, pp. 159.
- MORA FERRER, José Diccionario Filosófico, Buenos Aires, Ed. Sudamérica, 1958, pp. 830.
- MUÑOZ CONDE, Francisco Iniciación al Derecho Penal de Hoy, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981, pp. 318.
- RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo Derecho Penal. Parte General, Madrid, Ed. Civitas, 1978, p. 470.
- STEBBING, Lizzie Susan Introducción a La Lógica Moderna, UNAM, México, Centro de Estudios Filosóficos, 1965, pp. 285.
- VELA TREVIÑO, Sergio El Principio de Legalidad y los Tipos Abiertos en Criminalia, México, Porrúa, abril-junio, 1978, pp. 435.

WELZEL, Hans

El Nuevo Sistema del Derecho Penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista, Barcelona, Ed. Ariel, 1964. pp. 131.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl

Manual de Derecho Penal Parte General, México, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1986, pp. 857.