

lo correcto, a mi juicio, es hablar de la libertad sexual, y punto; ya que la libertad psíquica se da por entendida. Pero que es exactamente el normal desarrollo psicosexual, con qué parámetro se califica. Es evidente que lo que para unos es normal, para otros no lo es. El asunto es muy complejo y se corre el riesgo, el querer definirlo o restringirlo, de entregarle al juez una especie de cartabón con que mida, muy a su manera, esa normalidad”. (28)

También recordamos que en dicha reforma se derogaron los artículos 267, 268, 270 y 271, todos ellos relacionados con el rapto, y en su lugar aparece el nuevo artículo 365 bis que se refiere a la privación ilegal de la libertad y de otras garantías. También este cambio recibió críticas, se preguntan: ¿que anda haciendo el rapto en ese título?

En esa misma reforma de 1991, le cambian el nombre al delito de atentados al pudor que tradicionalmente se había manejado, y en su lugar lo denominan abuso sexual. También aparecen los artículos 259 bis, que se refiere a un nuevo delito: Hostigamiento sexual.

## Capítulo II. Legislación Penal del Estado de Nuevo León.

### 1). Código Penal de Agosto de 1981.

Su Título era **Delitos Sexuales**, en el Undécimo y su desarrollo histórico fue el siguiente. Sobre el delito de atentados al pudor, que comprendía los artículos 259 a 261, la única reforma que sufrió fue

(28).Raúl Carrancá y Trujillo, Raúl Carrancá y Rivas. “Código Penal Anotado”. México, 2000. Pág. 703.

publicada en el Periódico Oficial del 2 de noviembre de 1983, en su artículo 260, con el propósito de aumentar la pena y se adicionó un segundo párrafo que se refiere a que el sujeto activo fuera calificado, que tuviera un parentesco con la víctima, agravando la pena. En su Capítulo Segundo trata el estupro, señalando como requisito que la mujer fuera casta y honesta y que hubiera seducción u engaño, y en el artículo 264 señalaba que el delito era de querrela y que si la víctima y el victimario contraía matrimonio desaparecía la punibilidad. El Capítulo Tercero era la violación que comprendía de los artículos 265 a 272. Los preceptos que sufrieron reformas fue el precepto número 266 (Periódico Oficial de 2 de noviembre de 1983), que consistió en aumentar la penalidad y abrir el abanico de categorías de edad: hasta catorce años, menor de catorce años y menor de doce, y menor de doce años. Naturalmente la pena correspondía a la edad. También el artículo 269 en la misma fecha arriba señalada, aumentó la pena y cambió la forma en la redacción.

## 2). Código Penal vigente.

Su denominación sigue siendo **Delitos Sexuales**, y nosotros proponemos, como lo hemos sostenido, que el bien jurídico es la libertad y la seguridad sexual, por lo tanto su denominación pudiera ser Delitos contra la Libertad y Seguridad Sexual.

En su Capítulo Primero, Atentados al Pudor, el original señalaba: “Artículo 259: Comete el delito de atentados al pudor, el que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, ejecute en ella, o en una persona que por cualquier causa no pudiera resistir un acto erótico sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula”.

Pues bien, en el Periódico Oficial de 29 de enero de 1997, cambian la redacción para agregar “o logre se ejecute en la persona del activo”. Se desconoce la exposición de motivos, pero estimamos que fue la práctica, los casos que se presentaban en la vida, la que hizo advertir al legislador que era necesario dicha modificación. También seguramente atendiendo a la opinión de los doctrinarios, como Fontán Balestra, quien dice que: “el acto puede tener lugar sobre la persona de la víctima, sobre terceros o aún sobre el mismo actor que obliga al sujeto pasivo a que lo realice. Piénsese en la actividad, el acto en que se obliga al pasivo a que haga tocamientos eróticos en el miembro del activo. Llamó la atención sobre la redacción sobre este precepto, y es de meditar, si fuera aconsejable añadir: “o que no tenga capacidad de entender”, o bien quedarnos con una interpretación armónica y decir ya se incluye en la voz: “no pudiera resistir”.

Ya hemos mencionado que la denominación de atentados al pudor en el Código Penal Federal se cambió con el nombre de Abuso Sexual. ¿Que es lo más pertinente? Para lograr esclarecerlos, acudimos al Diccionario de la Lengua Española, en donde nos indica la significación de abusar: usar mal, excesiva, injusta, impropia, o indebidamente de algo o de alguien. Hacer objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder. Abuso de un menor, abuso de su autoridad. Y sexo son los órganos sexuales. Conjunto de seres pertenecientes a un mismo sexo. Sexo masculino y femenino. Recordar que también el Código Español lo utiliza en la otra acepción, es decir, como género al decir masculino o femenino, hombre o mujer. En nuestra opinión, atentados al pudor es más expresivo, pero no es mi intención en este momento abundar en lo que se entiende por pudor. (existen dos teorías).

Sobre los artículos 260 y 261, no haremos comentarios muy profundos y solamente diremos que en otros códigos se encuentran redactados en una forma diferente, pero conservando el mismo espíritu, y algunos de ellos desaparecen lo que se registra en el 261,

o sea que el delito de atentados al pudor sólo se castigará cuando se hayan consumado.

En su Capítulo Segundo nos trata el Estupro. El precepto 262 contiene un elemento normativo: “mujer casta y honesta”. Aquí la doctrina también tiene varios argumentos, y los últimos nos indican que ya no se debe de mencionar como condición que la mujer sea casta y honesta, y esto en efecto produjo muchas polémicas. Si la mujer casada, divorciada, viuda, madre soltera, era casta o no. Por cierto la Suprema Corte tuvo que intervenir para aclarar estos conceptos. Se considera actualmente que el Derecho Penal no debe hacer distinciones debidos al estado civil, raza o condición social de la mujer, lo que se debe de tutelar es la seguridad sexual en los impúberes y la libertad sexual en el púber. Otra novedad sobre el tema es que de antiguo, este delito se consideraba perseguible a instancia de parte, de querrela y actualmente muchos códigos lo consideran de oficio, y también desaparece la condición de punibilidad en el sentido de que si contrae matrimonio con la ofendida, cesará toda acción para perseguirlo, repetimos esto ultimo ya no lo consigan unos códigos penales.

Llegamos al Capítulo Tercero, Delito de Violación. Tanto el artículo 265 y 266 permanecen sin reformas, pero el precepto 267 fue reformado y aparece en el Periódico Oficial de 8 de julio de 1992. Anteriormente a la reforma la redacción era: “como en el caso de retraso mental por psicosis” y en la modificación se retiró dichas palabras, ya que era obvio el entender que el artículo dice: “o que por cualquier causa no pudiera resistir la condición delictuosa”, resultaba pues repetitivo.

El artículo 268 que reza: “Se equipara a la violación y se castigará como tal, la introducción por la vía vaginal o anal de cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, así como la introducción como este último por la vía oral”.

El original del 268 señalaba: “Se sancionará con la pena impuesta para el caso de delito de violación, a la persona que por algún medio mecánico artificial o de cualquier otra naturaleza, penetre en el órgano sexual o rectal de la víctima, o le imponga una relación oral libidinoso; teniendo en cuenta, en el caso de menores, las penalidades a que se refiere el artículo 266”.

La nueva redacción debido a la reforma del 8 de julio de 1992 nos parece más clara. Hago la aclaración de que este precepto no existía en el Código Penal de 1981. Seguramente que fueron también los casos que se presentaron en la práctica lo que hizo reflexionar al legislador, ya que eran lagunas o hipótesis que no se habían previsto ni regulado, aún así consideramos que puede ser mejorada la redacción, ya que la palabra elemento significa: principio físico o químico que entra en la composición de los cuerpos y el Diccionario de la Real Academia consigna catorce acepciones, de las cuales no encontramos una lógica en el lenguaje que se relaciona con el sentido de la oración. La voz instrumento significa aquellos que nos servimos para hacer algo. Aquello que sirve de medio para hacer algo o conseguir un fin. Esta voz si es más conveniente que elemento, es más descriptiva y encaja en el sentido gramatical que se pretende, logra más el propósito de lo que se quiere decir.

Algunos autores, se refieren a otros órganos, distintos a la vía vaginal, anal u oral, tal como la penetración en el oído o la nariz, pero llegan a la conclusión de que resultaría altamente exagerado citarlos, ya que inclusive en la historia de la perversidades o anormalidades sexuales, no se conocen casos de esta naturaleza, pero si se preguntan, ¿no era conveniente incluir para mayor claridad el miembro viril o empleando la mano o los dedos en dicha penetración?

El Código Penal Español en su artículo 168 indica objeto en lugar de elemento, lo que nos parece más correcto, y en lugar de decir vía oral, dice bucal.

Ahora me refiere al artículo 269 que actualmete acota: “Las sanciones señaladas en los artículos 263, 266, 267 y 268, se aumentarán al doble de la que corresponda, cuando el responsable fuere alguno de los parientes o personas a que se refiere los artículos 287 bis y 287 bis 2; así mismo, perderá el derecho a ejercer la patria potestad, tutela, curatela y los derechos hereditarios o de alimentos que pudiera tener sobre la persona agredida.

El aumento será de dos a cuatro años de prisión, cuando el responsable ejerciera cualquier forma de autoridad sobre el ofendido, siempre que no se encuentre en los supuestos de los parientes o personas señalados en el párrafo anterior, o cometiere el delito al ejercer su cargo de servidor público, de prestador de un servicio profesional o empírico o de ministro de culto”.

Me referiré al original de éste precepto que decía: “a las sanciones señaladas en la segunda parte del artículo 260 y en los artículos 263 y 268, se aumentará de dos a cuatro años de prisión, cuando el responsable tenga parentesco consanguíneo por afinidad civil con la persona ofendida o la cópula sea contra el orden natural. El aumento será de uno a tres años de prisión, cuando el agente ejerciere la autoridad sobre la persona ofendida o fuere su tutor o maestro, o cometiere el delito al ejercer su cargo de empleado o funcionario público, médico cirujano, comadrón, dentista o ministro de algún culto”

Este precepto ha sufrido dos reformas, la primera que aparece en el Periódico Oficial de 8 de julio de 1992 y que consistió que elevaron la pena de tres a seis años y agregaron los preceptos 266 y 267, y suprimió las voces: “la cópula sea contra el orden natural”, y en su segunda parte aumentó la pena de dos a cuatro años.

La segunda reforma que aparece en el Periódico Oficial del 3 de enero del 2000, consistió en suprimir el artículo 260 segunda parte, que remitía a este precepto con el fin de indicar parientes y allegados de la víctima, para efecto de agravar la pena y equiparar o dar por presentada la presencia de la violencia moral.

En esa misma fecha de enero de 2000, el Código Penal acoge una nueva figura que supuestamente la sociedad exigía, el delito de la violencia familiar. Se aprovechó dicha reforma para estudiar las hipótesis que de alguna manera tenían relación con el tema de la violencia familiar, y entre otros delitos estaba el delito de violación e hicieron las reformas correspondientes, remitiendo a los artículos 287 bis y 287 bis 2.

Así mismo indica que perderá el derecho a ejercer la patria potestad, tutela, curandela y los derechos hereditarios o de alimentos que pudiera tener sobre la persona agredida. En cierta manera hay una repetición, ya que el artículo 270 señala lo mismo. Naturalmente la lista de personas que tienen autoridad o relación con la víctima se alarga, al remitir a los numerales 287 bis y 287 bis 2.

Por cierto, el Código Penal Español en su artículo 180, cita: “Cuando el delito se cometa, prevaleciéndose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima”. Por ultimo sobre este punto diremos que el aumento de la pena nos parecer exagerada.

Por último, el artículo 271 fue reformado y publicado en el Periódico Oficial del 8 de julio de 1992. El original mencionaba: “Si la violación se comete con intervención directa e inmediata de dos o más personas, a la pena que corresponda se aumentará de seis meses a ocho años de prisión.

Se entiende por intervención directa e inmediata, actos de violencia o de ayuntamiento sexual”.

La reforma consistió en suprimir “directa e inmediatamente”, lo mismo que “se entiende por intervención directa e inmediata, actos de violencia o de ayuntamiento sexual”. Como se ve, se suprimió la interpretación auténtica, es decir, la que hace el legislador, y dicha reforma es más afortunada, ya que evita confusiones.

Recuerdo que el Código Penal originalmente llegaba hasta el artículo 271 y no existía el Capítulo Cuarto titulado: **“Hostigamiento Sexual”**, todo este capítulo y el artículo fue adicionado, y lo encontramos en el Periódico Oficial de 3 de enero de 2000.

Pasaré a comentarlo.

A nivel federal este nuevo ilícito, denominado hostigamiento sexual, aparece en el Código Penal Federal de acuerdo con el Diario Oficial del 21 de enero de 1991, y el nuestro en la fecha ya indicada. Con ligeros cambios en la redacción, los artículos 271 Bis y 271 Bis 1, siguen al Código Penal Federal. El cambio más significativo que advertimos es que el Federal indica: “con fines lascivos” que nos parece más apropiado que “actos de naturaleza sexual” como aparece en el de Nuevo León.

En el seno de la Procuraduría de Justicia de Nuevo León, donde se incubó el proyecto de crear este delito, no faltaron las discusiones de que si era conveniente crearlo o no, ya que se temía que fuera un pretexto o que sirviera para calumniar y difamar con una acusación falsa al supuesto sujeto activo.



Cuando este ilícito fue creado a nivel federal, se suscitaron polémicas. En la exposición de motivos, destacaron la intervención de mujeres diputadas que exponían la necesidad de legislar sobre la materia, ya que el acoso sexual dijeron, impide un “desarrollo interpersonal en un ambiente de cordialidad y respeto”.

De lo anteriormente dicho no se desprende que el hostigamiento sexual lesione la seguridad sexual.

Otra diputada habla de la coalición de mujeres feministas y señalaba: “la protección de la dignidad de los derechos humanos”, y de que en los delitos sexuales la víctima se convertía en los tribunales, en victimaria, pero para nada habló del bien jurídico que se pretendía tutelar.

Mas adelante otra diputada habló de la igualdad de la mujer y que el hostigamiento sexual era “un trato ofensivo a la mujer” y que se empleaba para impedir el ascenso en el trabajo para quienes se negaran a un acto sexual.

En fin, se mencionó el respeto de la integridad física y moral, pero nunca se llegó a mencionar y a concretar en los discursos, cual era el interés y objeto jurídico de protección.

Consideramos que el bien jurídico tutelado se encuentra en polémica y discusión. Para algunos penalistas estiman que es la libertad psicosexual (Marco Antonio Díaz de León, Código Penal Federal comentado) y en la Cámara de diputados se concluyó que era la seguridad en las relaciones laborales. Pero nos preguntamos ¿era necesario legislar sobre este tema?, por que si lo que se protege es la relación laboral, ya hay disposiciones en la Ley Federal del Trabajo que nos hablan del respeto y de las consideraciones que el patrón debe al trabajador.

Carrancá y Rivas hace severas críticas a este delito y entre otras preguntas menciona: ¿que no se puede presentar el caso como de hecho se da de que es la del subordinado que asedia u hostiga a un superior jerárquico?

Muy acertadamente afirma que este ilícito es de factura anglosajona, y que no va de acuerdo con nuestra idiosincrasia. Inclusive critica, ya que el legislador, se contradice y no sigue una unidad ideológica ni atiende a los principios fundamentales de la doctrina: ¿por que se refiere a fines lascivos, cuando acaba de quitar los de intensidad lasciva, de los atentados al pudor? (29)

Nosotros nos inclinamos a que en todo caso, el bien jurídico es la libertad sexual, es la maquinación para destruir nuestro pensar y pensamiento en un concepto de lo que tenemos del sexo.

El sujeto activo es calificado, debe tener la calidad específica de ser un superior jerárquico.

El sujeto pasivo, tiene también una calidad específica: persona de cualquier sexo que se encuentre en subordinación laboral respecto de su superior jerárquico

El objeto material es lograr, conseguir, sus pretensiones que no son otra cosa que los fines lascivos que persigue, por eso se afirma que el asedio va dirigido al cerebro, a doblegar la voluntad.

Se trata de un delito doloso, de dolo directo y la actividad es cualquiera que sea idónea y que constituya asedio reiterado con fines lascivos.

El resultado material, en el Código Penal Federal es muy claro ya que menciona que solamente será punible el hostigamiento

29. *Idem.* Pág. 707.

sexual, cuando cause un perjuicio o daño, en la relaciones laborales, pero algunos estudiosos no están de acuerdo, ya que se dice que entre asediar y el daño o perjuicio no existe un nexo causal, de tal suerte que el resultado material es confuso.

En nuestro Código Penal de Nuevo León, no se exige que forzosamente se cause el daño, ya que la forma en que está redactado dice: “cuando además se ocasione un daño o perjuicio...”, se aumenta la pena. Lo consideramos incompleto nuestro código, ya que deja abiertas las puertas a un sinfín de denuncias que no llenan este requisito.

Por ejemplo, el Código Penal de Morelos enuncia: “solamente será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño laboral, educativo, profesional o patrimonial” (artículo 158).

Y por último, el delito es perseguible por querrela de la parte ofendida.