



14
UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL

AUTONOMA DE MEXICO - CLAVE 879309

TRAFICO DE MENORES

TESIS

QUE PARA RECIBIR EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

Flor de María del Rayo Curtidor Cuevas

ASESOR:

LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS

CELAYA, GUANAJUATO.

AGOSTO 2000.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

*Una de las mas gratas
satisfacciones
que Dios me dió, es la
oportunidad de
Seguir viviendo y que en mi
familia me
haya dado a una hermana como
tú.*

Irma.

*Gracias por abrirme las puertas de tu
Casa, aceptarme como parte de tu familia,
y por el apoyo que me brindaste.*

Julio.

*No te importó la distancia, las
adversidades ni cualquier sacrificio,
confiaste en mí.*

Arturo.

Introducción

CAPITULO I Generalidades del derecho Penal

1.1 El Derecho Penal en General	1
1.2 El delito	3
1.2.1 Jurídico formal	5
1.2.2 Jurídico substancial	5
1.3 Sujetos del delito	6
1.3.1 Sujeto activo	6
1.3.2 Sujeto pasivo	8
1.4 Objeto del delito	9
1.4.1 Objeto material	9
1.4.2 Objeto Jurídico	9
1.4.2.1 El bien Jurídico Tutelado	10
1.5 Elementos del delito	11
1.5.1 Elementos Positivos del Delito	11
1.5.2 Aspectos Negativos del Delito	12
1.6 Concepto de Pena	13
1.7 Partes en que se divide el Derecho Penal	14
1.8 El derecho Penal en sentido objetivo, subjetivo, sustantivo y adjetivo	14
1.9 La Ley Penal	17
1.10 La aplicación de la Ley Penal	18
1.11 La ignorancia de la Ley Penal	19
1.12 Iter Criminis	20
1.12.1 Fases	21
Interna	21
Externa	21

1.13 Formas de aparición del delito	22
Comunes o Normales	22
Especiales	22

CAPITULO II Elementos positivos y aspectos negativos del delito

2.1 Noción de Conducta	28
2.1.1 Definición de conducta	30
2.1.2 Formas de conducta	30
Positiva	31
Negativa	31
Combinación de las dos anteriores	31
2.1.3 Acción "Estricto Sensu"	32
2.1.3.1 Elementos	32
La voluntad	32
La actividad	33
El resultado	33
Nexo de Causalidad	33
2.1.4 La Omisión	34
2.1.4.1 Formas de omisión	35
Omisión simple	35
Comisión por Omisión	36
2.1.4.2 Elementos de la omisión	36
2.2 Aspecto negativo: Ausencia de conducta	36
2.2.1 Causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de la conducta	37
2.2.1.1 Vis absoluta	37
2.2.1.2 Vis maior	37
2.2.1.3 Cualquier otra causa que anule su voluntad	38
2.3 Tipicidad	39
2.3.1 Definición	40
Tipo Penal	42
Tipicidad	42
Típico	42
Falta de tipo	42
Atipicidad	42
2.3.2 Principios generales de la tipicidad	43
2.3.3 Elementos del Tipo	43
2.3.3.1 Elementos objetivos	44
Conducta	44
Resultado	44
Nexo Causal	44
Especiales medios de ejecución	44
Circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión	44
Sujeto activo y pasivo	44
Objeto material	45

Objeto jurídico	45
2.3.3.2 Elementos subjetivos	45
2.4 Aspecto Negativo: Atipicidad	45
2.4.1 Noción de atipicidad	45
2.4.2 Causas de atipicidad	46
2.5 Antijuridicidad	47
2.5.1 Definición	48
2.5.2 Clases de antijuridicidad	49
2.5.2.1 Formal o antijurídico formal	49
2.5.2.2 Material o antiurídico material	50
2.6. Aspecto Negativo: Causas de Justificación	50
2.6.1 Consentimiento del sujeto pasivo	51
2.6.2 Legítima defensa	52
2.6.2.1. Elementos de la legítima defensa	53
2.6.3 Estado de necesidad	55
2.6.3.1 Elementos de la definición legal del estado de necesidad	57
2.6.4 Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber	58
2.6.4.1 Cumplimiento de un deber	59
2.6.4.2 Ejercicio de un derecho	60
2.6.5 Impedimento legítimo	61
2.7 Imputabilidad	61
2.7.1 Concepto	62
2.7.2 Elementos	63
2.7.3 La responsabilidad	64
2.7.4 Acciones liberae in causa	64
2.8 Aspecto negativo: La inimputabilidad	65
2.8.1 Perturbación grave de la conciencia con base patológica	66
2.8.2 Desarrollamental retardado o incompleto	67
2.8.3 Perturbación grave de la conciencia sin base patológica	67
2.8.4 La minoría de edad	67
2.9 Culpabilidad	69
2.9.1 Noción de Culpabilidad	70
2.9.2 Teorías sobre la Culpabilidad	71
Teoría Psicologista	71
Teoría Normativa de la Culpabilidad	72
2.9.3 Evolución Histórica del elemento culpabilidad	73
2.9.4 Formas de culpabilidad	75

2.9.4.1 El dolo	75
Elementos	75
Clases	76
2.9.4.2 Culpa	77
Clases	78
2.9.4.3. Preterintencion.	78
2.10 Aspecto Negativo: Inculpabilidad	79
2.11 Punibilidad	80
Definición de Pena	81
Definición de Sanción	81
Las medidas de Seguridad	82
Circunstancias atenuantes o privilegiadas	82
Circunstancias agravantes	83
Causas de Extinción de la Responsabilidad Penal	83
2.12 Aspecto Negativo: Las excusas Absolutarias	84

CAPITULO III. Aspectos Generales del delito de Tráfico de Menores.

3.1 La denominación del delito	85
3.1.1 Diferencia entre Tráfico y Traslado	86
3.2 La minoría de edad	87
3.3 La Patria Potestad	88
3.4 La Custodia	90
3.5 Concepto de Tutela	91
3.5.1 Personas Sujetas a la Tutela	92
3.6 Protección Constitucional del menor	93
3.7 Bienes Jurídicos Tutelados en el delito de Tráfico de Menores	95
3.7.1 La Tutela de la Familia	95
3.7.2 El Bien Jurídico de la Libertad	97
3.7.3 El Bien Jurídico de Seguridad	98
3.7.4 El Bien Jurídico Preponderante	98

CAPITULO IV Evolución Legislativa del delito de Tráfico de Menores.

4.1 Antecedentes	101
4.2 El delito de Tráfico de Menores en el Código Penal para el Distrito Federal	103
4.3 El delito de Tráfico de Menores en el Código penal del Estado de Querétaro	104
4.4 Dispositivo Penal propuesto por el H. Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato	106
4.5 Elementos que conforman la figura del delito de Tráfico de Menores propuesta por el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato	107
4.5.1 Agentes activos del delito	107
4.5.2 Sujeto Pasivo	108
4.5.3 Conducta	108
4.5.4 Modalidad de Conducta del Sujeto activo Común y del sujeto activo calificado. Modalidad Finalística.	109
4.5.5 Modalidad Temporal de la Conducta	109
4.5.6 Modalidad de la Culpabilidad	109
4.5.7 Resultado del delito	110
4.6 Crítica al Dispositivo Penal propuesto por el H. Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato	110

CAPITULO V. Análisis de los elementos del Tipo Penal de Tráfico de Menores del Código Penal Vigente para el Estado de Guanajuato 114

5.1 El delito de Tráfico de Menores.- Artículo 199 bis	116
5.1.1 Crítica a la ubicación que el legislador estableció al delito de Tráfico de Menores	118
5.2 Elementos del tipo que conforma la figura del delito de Tráfico de Menores	119
5.2.1 Agentes activos del delito	119
5.2.1.1 Sujeto activo Común Primario	119
5.2.1.2 Sujeto activo Común secundario.	120
5.2.1.3 Sujeto activo calificado	121
5.2.2 Presupuesto de la conducta del sujeto activo común primario	122
5.2.3 Modalidad de la conducta del Sujeto activo común primario	122
5.2.4 Finalidad	122
5.2.5 Modalidad de la Conducta del sujeto activo común secundario	123

5.2.6 Modalidad de la conducta de la conducta del sujeto activo calificado	123
5.2.7 Sujeto Pasivo	125
5.2.8 La conducta	125
5.2.9 Modalidad temporal de la conducta	126
5.2.10 Modalidad normativa	127
5.2.11 Modalidad de culabilidad	127
5.2.12 Resultado de la conducta	128
5.3 Tipo subordinado Atenuado	128
5.4 Tipo subordinado Agravado	129
5.5 Pena adicional o accesoria	130
5.6 Crítica al delito de Tráfico de Menores	131

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

Como México, en todos los países del mundo pero en especial, los países Latino Americanos, nos encontramos con la problemática altamente delictiva, siendo uno de los problemas que más aqueja a nuestra sociedad y por la que cada vez más, la misma sociedad se va preocupando por la seguridad de los suyos y el Estado tiene más responsabilidad de combatir con la delincuencia.

Es muy común escuchar dentro de los grupos con los que nos relacionamos, comentarios a cerca del tráfico de drogas, de órganos, armas, etc., que para cualquiera pudiera ser un tema muy normal; pero cuando se trata del Tráfico de Menores, lo primero que se nos ocurre pensar, es que sólo pasa en otros países como Estados Unidos, Canadá u otros países con los que se comercia con los menores, pero desgraciadamente y en muchas ocasiones el problema surge en nuestra propia familia, en nuestro Estado, en nuestro País.

Es decepcionante saber, que la práctica del Tráfico de Menores, a nivel internacional, se ha convertido a ritmos indeseablemente acelerados, luego del comercio de armas y tráfico de estupefacientes; es importante resaltar que el delito de Tráfico de Menores suele con más frecuencia comercializar con ellos y traspasando las fronteras de cualquier País.

Proliferando en las familias de los países centrales en conseguir un niño a cualquier precio, se incrementa cada día más el comercio con los niños; pero éste problema primeramente debe de ser atacado en la legislación Penal de nuestro Estado, en el artículo 199 bis, del que trata del Tráfico de menores.

En el primer capítulo, se tratará a la generalidad que engloba al derecho Penal y los elementos que los conforman, conocida como la Teoría del delito, las partes en que se divide, la ley penal, la aplicación de ésta y la ignorancia de la ley penal. Realizándose todo un estudio referente al delito, tanto los sujetos que intervienen en él, los elementos que lo

conforman y la clasificación de los mismos. Así mismo se estudia la vida del delito llamado *Iter criminis*, sus fases y la forma de aparición del delito.

En el Segundo capítulo, se realiza un estudio muy detallado de los elementos positivos del delito, es decir, todo lo referente a conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y la punibilidad, así como sus aspectos negativos, que en presencia de alguno de éstos, anula inmediatamente el elemento positivo y consecuentemente al delito.

Al llegar al Tercer capítulo, se realiza el estudio de los aspectos generales, la denominación del Delito de Tráfico de Menores y los Bienes jurídicos Tutelados tendientes a la protección del menor.

En el Capítulo Cuarto, trata de la evolución legislativa relativa al delito de Tráfico de Menores, que se ha realizado en el Estado de Guanajuato, los antecedentes que originaron se incluyera el delito del que carecía nuestro Código Punitivo, así como la comparación del mismo delito con otras entidades federativas como es el caso del Distrito Federal y Querétaro; Prácticamente solo difieren en lo relativo a la penalidad con la que se sanciona. Así como también se establece una crítica al dispositivo penal que primeramente fue propuesto y no fue incluido como se pretendió inicialmente por el Honorable Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato hasta llegar a la redacción que hasta hoy versa en nuestro Código Penal Vigente.

Por último en el Capítulo Quinto, se hace un análisis de los elementos del tipo Penal relativo al delito de Tráfico de Menores, que fue aprobado para la inclusión en el Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato; realizándose a demás una crítica a la ubicación que el legislador estableció al delito. Analizándose los elementos del tipo que lo conforman y por último, se establece una síntesis de las críticas de algunos de los pocos autores que tratan del tema, para el único fin de realizar la investigación del delito que nos ocupa, establecer los alcances que con la descripción del tipo penal y pueda llegar o no aplicarse la pena a quien cometa éste lamentable delito y su impunidad.

Capitulo I.

Generalidades sobre el Derecho Penal

1.1 *El derecho penal en general.*

En el Derecho Penal Mexicano, como sabemos, su principal objetivo de éste, es precisamente la preservación del orden social, consecuentemente para que el hombre pueda vivir en armonía dentro de la sociedad, ya que desde todos los tiempos el hombre se ha manifestado como un ser eminentemente social, y como lo manifestaba Aristóteles en sus consideraciones en torno al hombre que lo entendía como un ser político, lo que naturalmente implica su condición de ser social.

Desde las más diversas perspectivas, ya sean las históricas, sociológicas, económicas, políticas o de cualquier otra índole, lo que invariablemente aparece reconocida tal necesidad social del ser humano y basta considerar que únicamente en el seno social puede el hombre satisfacer no sólo sus necesidades, sino sus instintos más primarios como pudieran ser, los de conservación y reproducción entre otros, y es por esto el derecho Penal atendiendo a que lo elemental para el hombre es en primer término la seguridad a su vida, a la libertad, a la seguridad de la familia, su salud, a la libertad sexual, la protección y respeto de sus bienes y derechos etc.

Para definir al derecho penal, existen infinidad de autores, quienes sin ser los únicos que lo definen, considero los más importantes, y siendo de diferentes nacionalidades, tienen gran influencia en el mundo jurídico - penal.

El criminalista español Eugenio Cuello Calón, define al derecho Penal como el “conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado y que determinan los delitos y las penas”¹. Resalta este autor, que el Estado es el único titular del derecho penal y las normas jurídicas que emanan de éste, van dirigidos a todos los individuos sometidos a la ley, que el Estado ha establecido y que las penas, las medidas de seguridad y el delito son los elementos esenciales del derecho penal.

Se establece al derecho penal como “el conjunto de las normas jurídicas que vinculan la pena como consecuencia jurídica, a un hecho cometido.”²

La conducta del hombre se encuentra limitada, por las normas que ha establecido el estado para regularla y cuando aquél cause un daño a un tercero, estará pasando los límites que el estado señala, esto es, que cuando el individuo está cometiendo un delito, equiparándose al crimen, consecuentemente será sometido a una disminución de sus derechos personales, determinada por la pena.

El derecho penal es pues, “El conjunto de normas pertenecientes al Derecho Público Interno, que tiene por objeto el delito, el delincuente, la pena y las medidas de seguridad, para mantener el orden social mediante el respeto de los bienes jurídicos tutelados por la ley.”

Mediante la ciencia del Derecho Penal se pretende establecer un equilibrio entre la sociedad y la seguridad de sus integrantes, a través de una verdadera y exacta aplicación de la ley, atendiendo a cada grupo social y según el tiempo y el lugar en que se encuentren; por lo que se considera necesario crear y modificar las normas penales de acuerdo a sus necesidades, para la conservación del orden social.

¹ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, 9ª. Edic., Editorial Nacional, México, 1961, P.8.

² Mezguer, Edmund, Citado por Fernando Castellanos. Derecho Penal, 2ª Edic., Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1990,

La misión del derecho penal es única, donde el deber del Estado es proporcionar certeza y seguridad en la vida cotidiana, y que el Estado responda con más energía frente a quien comete un delito que frente a cuestiones del derecho civil o administrativas.

Por otra parte, es necesario hacer referencia a los conceptos primordiales en el derecho penal y dar una definición general de conceptos básicos de éste, como lo son las penas, las medidas de seguridad, el delincuente (sujeto activo) y del delito, que en el siguiente capítulo se analizará especial y detalladamente a éste último y así obtener una mejor comprensión a cerca de la definición del derecho Penal.

1.2 El Delito

Se da el nombre de delito a ciertas acciones antisociales prohibidas por la ley, cuya acción u omisión hace acreedor al delincuente a determinadas sanciones conocidas con el nombre específico de penas.

En nuestra Constitución Federal en su artículo 14 nos señala el principio “nollum crimen, nulla poena sine lege” toda imposición de una pena presupone una ley penal: “En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por la ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”³

Respecto a la definición que establece el autor Cuello Calón en donde establece que: “En el Derecho Mexicano, el delito es una acción antijurídica, típica, culpable y punible.”⁴ El delito pues, representa generalmente un ataque directo a los derechos del individuo, como pueden ser la vida, la integridad corporal, el honor, la propiedad, la libertad, etc.

³ Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política.

⁴ Cuello Calón, Eugenio. Obra Citada. Pág. 544 del T I.

La palabra delito proviene de la raíz latina *delinquiere*, que significa dejar, abandonar, el buen camino.

Así en la escuela clásica se elaboraron varias definiciones, que definen al delito como “La infracción de la ley del estado, promulgada para la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”.⁵

Para éste autor el delito es un ente jurídico, porque su ausencia debe consistir, necesariamente en la violación del Derecho; llama al delito infracción a la ley, por lo que cuando un acto solo se convierte en delito cuando choca contra ésta, pero deberá estar promulgada para la protección de los ciudadanos, por el contrario, si no estuviera promulgada, carecería de toda obligatoriedad.

En la escuela positiva, se pretendió demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos.

Fernando Castellanos establece que para los formalistas, el delito es todo aquello que la ley exprese que es delito, puesto que una conducta es sancionada por la ley.⁶

Atendiendo a nuestro código penal vigente en el Estado en su artículo 11 define al delito como “la conducta típica, antijurídica, imputable, culpable y punible”.⁷

Desde un ángulo jurídico, el delito solo atiende a aspectos de derecho, sin tomar en cuenta aspectos sociológicos, psicológicos o de otra naturaleza. Por otra parte el delito es

⁵Carrancá y Trujillo, Raúl. El Derecho Penal Mexicano. Tomo I. 5a. Edic. Edit. Porrúa, México 1958.

⁶ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal . Parte general, 31ª. Edic., Editorial Porrúa, México. 1992. p126

⁷ Guanajuato. Código Penal.

contemplado en dos aspectos básicos como lo son el jurídico formal y el jurídico substancial.

1.2.1 *Jurídico Formal.*

Se refieren a las entidades típicas, que traen aparejada una sanción, no es propiamente la descripción del delito en concreto, sino solo es la mención de que un ilícito penal merece una pena.

Para algunos autores, la verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva, mediante la amenaza de una pena, ya sea en la omisión o ejecución de ciertos actos, entonces, la principal característica del delito es su sanción penal.

1.2.2 *Jurídico substancial.*

Consiste en hacer referencia a los elementos de que consta el delito. Algunos autores afirman que el delito se forma por un número determinado de elementos, existe una corriente llamada unitaria o totalizadora en la que se afirma que el delito no puede dividirse, ni para su estudio por abarcar un todo orgánico, y por ser un concepto indisoluble. Así en el estudio de los elementos del delito existen infinidad de criterios, por ejemplo, hay autores en cambio que hablan que solo tienen dos elementos que son la conducta y la tipicidad, y por otro lado, hay autores que afirman que tienen tres elementos que son la conducta la tipicidad y antijuridicidad; surgiendo así las corrientes bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, etc.

1.3 *Sujetos del delito*

Constantemente en el derecho Penal, se habla de dos sujetos que son, el sujeto activo y el sujeto pasivo.

1.3.1 **Sujeto Activo.**

Es la persona física que lleva acabo la conducta delictuosa, llamado también delincuente, agente y en la ciencia de la criminología se le llama criminal, antisocial o sujeto desviado; y en el derecho Procesal Penal se le conoce como indiciado, procesado, probable responsable, inculpado y en el derecho penal (Sustantivo) se le llama delincuente o agente.

Es conveniente decir que el sujeto activo será siempre una persona física y no se toma en cuenta el sexo ni la edad, excepto la minoría de ésta, que da lugar entonces a la inimputabilidad. Cada descripción legal señalará las características especiales que se requieren para ser sujeto activo del delito que se trate; existen casos especiales como el caso concreto de la mujer en el delito del aborto procurado en el que sólo la mujer podrá ser el sujeto activo.

Nunca una persona moral podrá ser sujeto activo, a parte de que jurídicamente no existe, aún en el caso de que la persona moral aparentemente sea la que comete el delito, siempre será una persona física, la que ideó, actuó y podría darse el caso que hasta ejecutó el delito.

El acto y la omisión corresponden al hombre, por que únicamente éste es el sujeto activo de las infracciones penales y capaz de la voluntariedad, es quien realiza las formas de conducta que lesionan el bien jurídico tutelado por las normas.

Sería absurdo tratar al delincuente solo desde el punto de vista jurídico, sino que además es necesario analizarlo desde un enfoque sociológico, biológico y psicológico principalmente, para poder obtener una visión mas clara del porqué cometió el delito, es decir, sus causas, ya que al lado del derecho penal existen otras ciencias como la criminología, la medicina legal que no intenta guiar la conducta humana, sino explicar el nexo entre el delito y los factores que influyen en su elaboración.

Al estar hablando del sujeto activo, es de mencionarse que la principal característica del Derecho Penal, es que en caso de incumplimiento se aplica una sanción, es punitivo. Es de mencionarse que su objetivo primordial es la punición, es decir, la aplicación de la pena, el castigo al autor del delito (delincuente), que infringe la norma impuesta por el estado, como lo menciona Eugenio Cuello Calón, que el titular del poder punitivo es solamente el Estado, donde solo éste poder lo ejerce a través de los órganos estatales encargados de la impartición de justicia penal, quien es el que aplica la pena al autor del delito.

Relación Estado – delincuente

El Derecho Penal constituye una parte integrante del Derecho Público y es público precisamente porque se establece la relación entre el Estado y los particulares gobernados. Surgiendo entonces la necesidad de salvaguardar el orden social, pues la única misión es perseguir y castigar a quien cometa el delito, esto es, que esta relación implica que el derecho penal es una rama del derecho público interno; y no por solo emanar del Estado las normas en donde se establecen los delitos y las penas, ni porque las impone los órganos estatales, sino por que cuando se comete un delito la relación se forma entre delincuente y el Estado y no entre el que comete la acción delictuosa y el particular ofendido.

Es necesario hacer una distinción, entre Derecho Público y Derecho Privado, para dar una mayor claridad al porqué el derecho penal forma parte del Derecho Público, en primer lugar, el Derecho Privado: “Es el que regula las relaciones entre los particulares,

donde el Estado carece de un interés primordial” y por otro lado el Derecho Público: “ Es el que regula las relaciones entre el Estado y el particular gobernado, aunque provechosas, no para interés de uno solo sino el de la comunidad, donde los sujetos que intervienen son el Estado por una parte y el particular gobernado por la otra”, esto es que el Estado rige los poderes que se hallan directamente al servicio de todos los gobernados, aquí el estado interviene en la relación jurídica tutelando la integridad, los bienes patrimoniales, la vida misma del hombre, traducidas en el interés del estado, como ejemplo sería el acabar con la delincuencia.

1.3.2 Sujeto Pasivo.

Es la Persona física o moral sobre la que recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente y por lo regular, se le denomina también víctima u ofendido, en este sentido una persona moral puede ser sujeto pasivo de un delito, como en el caso de los delitos patrimoniales.

Como sujeto pasivo cualquier persona puede serlo, siempre y cuando le sea afectado algún bien jurídicamente protegido por la Ley, sin embargo, dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala quien puede serlo y en qué circunstancias.

La autora Irma Griselda Amuchategui Requena, señala al respecto: “ se puede establecer diferencia entre sujeto pasivo de la conducta y sujeto pasivo delito, el primero es la persona que de manera directa resiente la acción por parte del sujeto activo, pero la

afectación, en sentido estricto, la recibe el titular del bien jurídico tutelado, y en cambio, el sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado.”⁸

1.4 *Objeto Delito.*

Normalmente en el Derecho Penal se distinguen dos tipos de objetos, que son el material y el Jurídico.

1.4.1 **Objeto material.**

Es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño por el delito cometido, cuando recae sobre una persona, se identifica como el sujeto pasivo, entonces coinciden en la misma figura sujeto pasivo y objeto material.

Cuando recae directamente sobre una cosa, el objeto material será la cosa afectada, pudiendo ser un bien mueble o inmueble, derechos, etc., por ejemplo en el caso del delito del robo el objeto material será la cosa mueble ajena.

1.4.2 **Objeto jurídico.**

El objeto jurídico es el bien jurídicamente protegido por la ley y que el hecho o acto criminal lesionan. En todos los delitos del código Penal tutela los bienes que considera dignos de ser protegidos, como es la vida, el patrimonio, la libertad sexual, libertad de las personas, etc.

⁸ Amuchategui Requena, Irma. Derecho Penal. Edit. Harla. México, 1998. P. 36.

1.4.2.1 El Bien Jurídico Tutelado.

Se habla de que el sujeto Pasivo del delito es el titular del Bien Jurídicamente protegido, y es necesario hacer mención sobre el “Bien Jurídico” donde algunos autores lo definen como: “El objeto de protección de las normas de Derecho.”

Este concepto utilizado por diversos autores tratando de diferenciarlo de derecho subjetivo en cuya concepción individualista no cabía la nueva idea del derecho Penal, como protector de la sociedad y no sólo del individuo.

El bien jurídico según la teoría Ius naturalista, se encuentra implícito dentro del derecho natural, pues deriva de la voluntad emanada de Dios o de la racionalidad humana. Según la teoría kelsiana, determinar el bien jurídico es labor del legislador, mas no del científico del derecho.

El legislador observa la realidad social y dependiendo de su ideología determina cuales son los objetos a proteger, estos son precisamente, la vida, la libertad, la seguridad, la honra, la propiedad, etc.

La forma de proteger los bienes jurídicos determinados por el legislador es mediante el uso de la sanción que bien puede ser penal o civil. Así el legislador establece que cuando una persona comete un acto ilícito consistente en violar los bienes jurídicos de otra persona como la vida, la libertad, la seguridad, etc., le será aplicada una sanción que consiste en provocar coactivamente un mal, es decir, privarlo de un bien (de su vida, de su libertad, de su propiedad, etc.)

El legislador puede jerarquizar los bienes jurídicos, determinando cuales tienen mas valor sobre otros y, en consecuencia, cuáles prevalecen en caso de confrontación.

Nuestra Constitución consigna bienes jurídicos que el legislador consideró que deberían ser protegidos, así en su artículo 14 indica que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino como la propia constitución prescribe.⁹

En el artículo 16 de nuestra Constitución Política consigna también, bienes jurídicos que hay que proteger, en realidad, se puede decir que cada tipo delictivo consignado en el código Penal protege un bien jurídico.

1.5 Elementos del delito.

Los elementos del delito constituyen, sin lugar a dudas la columna vertebral del derecho penal y el manejar adecuadamente cada uno de estos elementos en el que se tienen que analizar detalladamente para poder entender y manejar cada delito descrito por el código Penal.

1.5.1 Elementos positivos del delito.

Los elementos del delito son las partes que lo integran, en su aspecto positivo, como lo son:

- Conducta
- Tipicidad
- Antijuridicidad
- Culpabilidad
- Imputabilidad
- Punibilidad

⁹ Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política.

1.5.2 Aspectos Negativos del delito.

Los elementos del delito son sus aspectos positivos y cada uno de estos elementos tienen su aspecto negativo del delito, que llega a ser la negación de aquellos, esto es, que anula o deja sin existencia al elemento positivo y en consecuencia al delito.

Estos elementos referentes al delito, en su oportunidad se ampliarán debidamente, en capítulos posteriores, ya que solo aquí solo se mencionan a manera de referencia.

Cuadro 1

Elementos y aspectos negativos del delito.

Elementos (aspectos positivos)	Aspectos negativos
Conducta	Ausencia de conducta
Tipicidad	Atipicidad
Antijuridicidad	Causas de justificación
Culpabilidad	Inculpabilidad
Imputabilidad	Inimputabilidad
punibilidad	Excusas absolutorias

1.6 Concepto de Pena

Es definida por el autor Eugenio Cuello Calón como: “ El sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal”.¹⁰ Estableciendo éste autor, que la pena debe aspirar a fines como el obrar en el delincuente, advirtiéndole que percibirá un sufrimiento, y que deberá ser motivo suficiente para apartarse del delito y reformar su conducta para adaptarse a la vida social.

Ese sufrimiento que se le impone al sujeto activo del delito, puede consistir en la restricción o en la pérdida de ciertos bienes del sujeto sancionado, como la libertad, la propiedad, la vida, etc.

Cuando se ha cometido un delito, existiendo responsabilidad penal, la consecuencia natural es la imposición de una pena, y ésta no es solo la consecuencia de la responsabilidad penal, sino también constituyen el medio adecuado para luchar contra el delito, de otro modo, si la pena sirviera únicamente para castigar al delincuente, se podría decir que la pena impuesta es por venganza por parte de quien la impone.

“La pena es el mal que el juez infringe al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor”. Frank Von Liszt

El fin último de la pena es salvaguardar la sociedad y para conseguirla también puede ser intimidatoria, en donde por fuerza se tiene que evitar la delincuencia por el temor de su aplicación, sirviéndole no solo de ejemplo al delincuente, si no a todos los demás, impedir la reincidencia mediante tratamientos curativos y una educación adecuada al delincuente para cuando sea incorporado de nuevo a la sociedad, también la pena debe ser

¹⁰ Cuello Calón, Obra Citada, Pág. 544 del T. I.

justa, pues la injusticia acarrearía males mayores, no solo para quien fue impuesta la pena, sino para la sociedad que espera sobre todo justicia, seguridad y bienestar del Derecho.

1.7 Partes en que se divide el Derecho Penal.

El derecho penal abarca varias partes y de manera general de lo que algunos autores mencionan, tal es el caso de Cuello Calón que al respecto dice “ los tratadistas suelen distinguir dos partes: una denominada parte general que se ocupa de la doctrina del delito y de la pena en general; a cuyo estudio se añade hoy el de las medidas de seguridad y la otra llamada parte especial que trata de diversos delitos; de las penas y de las medidas de seguridad correspondientes”¹¹

Para el tratadista Raúl Carrancá, nos señala: “la subdivisión en parte general y parte especial; en relación a la parte general está lo relativo al delito y a la pena, en tanto que a la parte especial se encuentra lo referente a los especiales delitos”¹²

En nuestro derecho penal se ve reflejado, entonces, en el código penal vigente la división en dos partes que es el Libro Primero que es la parte general y el Libro Segundo donde se encuentran contenidos los delitos especiales (Parte Especial.)

1.8 El Derecho Penal en sentido objetivo, subjetivo, sustantivo y adjetivo.

Para un adecuado manejo del derecho penal, es necesario distinguirse varios conceptos del mismo, como lo es el derecho penal objetivo, el derecho penal subjetivo, derecho penal sustantivo y el derecho penal adjetivo.

¹¹ Cuello Calón , Eugenio, Derecho Penal, 9ª. Edic., Editorial Nacional, México, 1961 P. 12.

¹² Carrancá Y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano. Parte General. Tomo I, 5ª. Edic., Editorial Antigua Librería Robredo, México, 1958. P17.

La autora Irma Griselda Amuchategui Requena nos señala una definición de estos conceptos del derecho penal:

- “*Objetivo*: lo constituye el conjunto de normas jurídicas emanadas del poder público que establecen los delitos y señalan las penas y medidas de seguridad, así como su formas de aplicación.
- *Subjetivo*: es la potestad jurídica del estado de amenazar, mediante la imposición de una pena, al merecedor de ella.
- *Sustantivo*: se refiere a las normas relativas del delito, al delincuente y a la pena y medidas de seguridad. También se conoce como el derecho material.
- *Adjetivo*: es el complemento necesario del derecho sustantivo. Se trata de las normas que se ocupan de señalar la forma de aplicar las normas jurídico-penales en los casos concretos. Se llama mas comúnmente derecho procesal o instrumental.”¹³

El autor Eduardo López Betancourt, señala “El Derecho Penal puede ser de dos formas: subjetiva y objetiva; el derecho penal subjetivo se identifica con el ius puniendi, donde solo el Estado tiene la facultad de castigar, y solo éste tiene la facultad para conocer los delitos y la aplicación de la pena; por otra parte, el derecho penal objetivo o ius penale es todo el conjunto de normas dirigidas a los gobernados a quienes se les prohíbe la realización de un delito, bajo la amenaza de una sanción.”¹⁴

¹³ Amuchategui Requena, Irma, Derecho Penal. 1ª. Edic.. Editorial Harla. México, 1998. P.14.

¹⁴ López, Betancourt, Eduardo. Introducción al Derecho Penal. 5ª. Edic. Editorial Porrúa, México, 1997. P.65

Para la mayoría de los tratadistas definen al Derecho Penal objetivo como el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto y la pena como consecuencia jurídica; por otra parte el Derecho Penal subjetivo, lo definen como el derecho a castigar (Ius Puniendi), es también, el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad.

El autor Gustavo Malo Camacho hace una definición muy clara, en cuanto al derecho Penal objetivo y el derecho Penal subjetivo, estableciendo: “El derecho Penal puede ser entendido en sentido objetivo y subjetivo, en cuanto al primer caso, como derecho penal objetivo, se hace referencia al conjunto de normas que integran la legislación objetivamente considerada (Ius Poenale), y que aparecen conformando las respectivas leyes penales; son las normas y reglas jurídicas que previenen los delitos, establecen las bases para individualizar las penas a los responsables y fijan las penas y las medidas de seguridad. En cuanto al derecho penal objetivo la referencia a la ley penal desde la perspectiva del órgano de donde emana, haciendo alusión al Ius Puniendi, del Estado o potestad punitiva del mismo.”¹⁵

El derecho penal objetivo se integra por el universo jurídico total, cuyo objeto se orienta a la sistematización de las normas jurídico penales, el derecho penal en sentido subjetivo, en cambio, hace referencia a la potestad punitiva del Estado.

Es evidente la interrelación del derecho penal en sentido objetivo y el derecho penal en sentido subjetivo, entendido al objetivo como el orden jurídico dado y el subjetivo como la facultad del Estado para establecerlo y aplicarlo o potestad penal del Estado para declarar como punibles determinados comportamientos (creación de la ley), para imponer las penas o medidas (función jurisdiccional) y para ejecutarlos (función ejecutiva penal).

¹⁵ Malo Camacho, Fernando. Derecho Penal Mexicano. 1ª. Edic. México, 1997. Edit. Porrúa. P.135

Derecho Penal Sustantivo

La verdadera sustancia del delito lo integran elementos tales como las normas relativas al delito, a las penas y a las medidas de lucha contra la criminalidad, entonces, ésta sustantividad radica precisamente en éstos elementos, que es donde proviene la denominación del Derecho Penal Sustantivo o también llamado Derecho Material.

Derecho Penal Adjetivo.

Las normas del Derecho Penal Sustantivo no deben aplicarse arbitrariamente, sino de manera ordenada y sistemática, donde para esto, existe otra reglamentación que su principal objetivo es ir señalando que camino se va a seguir en la imposición del Derecho Material que es precisamente el Derecho Adjetivo, también llamado Instrumental en la que en la práctica el llamado Derecho Procesal Penal.

El derecho Procesal, se define como el conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares.

1.9 *La Ley Penal.*

Es la norma jurídica que se refiere a los delitos y a las penas o medidas de seguridad. Al hablar de ley Penal, no solo es el conjunto de normas jurídicas que se encuentran en el código Penal, sino también, existen diversas normas Penales que se encuentran contenidas en diversos cuerpos legales, como lo son, las disposiciones penales contenidas en el Código Fiscal, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley Federal de Derechos de Autor.

La esencia del Derecho penal consistente en lo permanente e invariable de los principios que lo rigen y fundamentan, de tal modo que la naturaleza de éstos principios constituye lo que es la materia de la ciencia jurídica y dentro de éstos principios está la propia norma que origina a la Ley Penal, que en cuanto se combinan con otras disposiciones jurídicas como la de orden civil o constitucional, da lugar al estado de derecho, en la que todos los ciudadanos pueden convivir, en la que a través de la vía penal, se vuelve un medio mucho más eficaz, para lograr una adecuada convivencia social que es el fin que persigue el Estado de Derecho.

La ley Penal, es la única fuente generadora del Derecho o lugar donde se origina el Derecho Penal, pero muchos autores insisten en que también forma parte del Derecho Penal, la costumbre, la Jurisprudencia y la Doctrina, donde también son fuente del Derecho Penal, pero en la medida y forma que así lo establezca la Ley Penal. Cabe señalar que la Ley es una regla que procede del Poder Público cuyas características principales son las de ser General, abstracta, permanente y coercible.

La Ley Penal también podemos definirla como la expresión del Poder Público debidamente establecido en la que se señalan de manera objetiva y justa los delitos, las penas y las medidas de seguridad.

1.10 *Aplicación de la Ley Penal.*

Aplicar la Ley, consiste en materializar una norma jurídica al caso concreto. En muchas ocasiones se cree erróneamente en el Derecho Penal se prohíbe la interpretación, sin embargo, no es así, ya que toda vez que tanto la doctrina como la jurisprudencia sirven al juzgador para interpretar correctamente la ley, cuando ésta es muy confusa o no muy clara.

Existe confusión en el Derecho Positivo mexicano, en cuanto a la interpretación analógica y la aplicación analógica de la Ley, ya que en realidad son cuestiones totalmente diferentes.

El autor Fernando Castellanos hace una distinción entre ambas definiciones, en la que señala, “ La aplicación de la Ley Penal por analogía, consiste en formular la norma aplicable por carecer de ella el ordenamiento jurídico lo cual es crear delitos que no están establecidos por la Ley; en lo que se refiere a la interpretación analógica ésta solo tiene el propósito de aclarar la voluntad de la norma jurídica, y comprender situaciones que, aunque están inversas en el propósito de la ley, no se describen expresamente”.¹⁶

En cuanto a la aplicación analógica, para la autora Irma Griselda Amuchategui, establece: “ Es aplicar analógicamente una pena, consiste en imponer una sanción por un delito no previsto en la ley, simplemente por analogía (semejanza) con otro delito, la cual es violatorio de la garantía constitucional de legalidad.”¹⁷

Nuestra Carta Magna en su artículo 14, prohíbe determinadamente la aplicación analógica en donde establece “ En los Juicios de 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 que se trata.”¹⁸

1.11 *La ignorancia de la Ley Penal.*

De acuerdo con el Código Penal Vigente del Estado Guanajuato en su artículo 10, menciona “ A nadie servirá de excusa la ignorancia de la ley Penal.”¹⁹

¹⁶ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Parte General, 31ª. Edic. Pág.89. Edit. Porrúa, 1992.

¹⁷ Amuchategui Requena, Irma. Derecho penal 1ª. Edic. Editorial Harla. México, 1998. P. 25

¹⁸ Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política.

¹⁹ Guanajuato. Código Penal.

Esto es, la ignorancia de la Ley no excusa su cumplimiento, así será merecedor de una pena que aunque el infractor de un delito ignore que exista una ley que prohíba tal o cual conducta, en otras palabras, la ignorancia de la Ley a nadie aprovecha.

Mas sin embargo, en nuestro Código penal vigente del Estado, al individualizar la pena, el juzgador deberá tomar en cuenta circunstancias personales del que infringe la Ley, como es la educación, edad, sus costumbres, condiciones sociales, económicas y así como las razones que lo indujeron a delinquir, donde una vez ya analizado por el Juez estos elementos, señalará la sanción adecuada dentro de los márgenes establecidos por la Ley entre un mínimo y un máximo que para cada caso disponga, para fin de aplicar la sanción a cada delito.

1.12 *Iter criminis*

Es el camino que recorre el delito desde su concepción en la mente del sujeto que pretende delinquir hasta llegar a los actos de ejecución, que puede desembocar en tentativa o en la consumación; este camino o trayectoria, solo puede ser recorrido en los delitos dolosos, por la razón en que en éstos delitos se quiere la conducta y a demás se quiere el resultado.

Por esto, el estudio de la vida del delito doloso, existe primeramente la ideación en el sujeto, en el que puede desechar la idea de delinquir, o bien, la puede perfeccionar; situación que no ocurre en el delito culposo, pues en estos no existe tal ideación puesto que no se quiere el resultado y su vida surge cuando el sujeto, descuida o no toma las precauciones debidas.

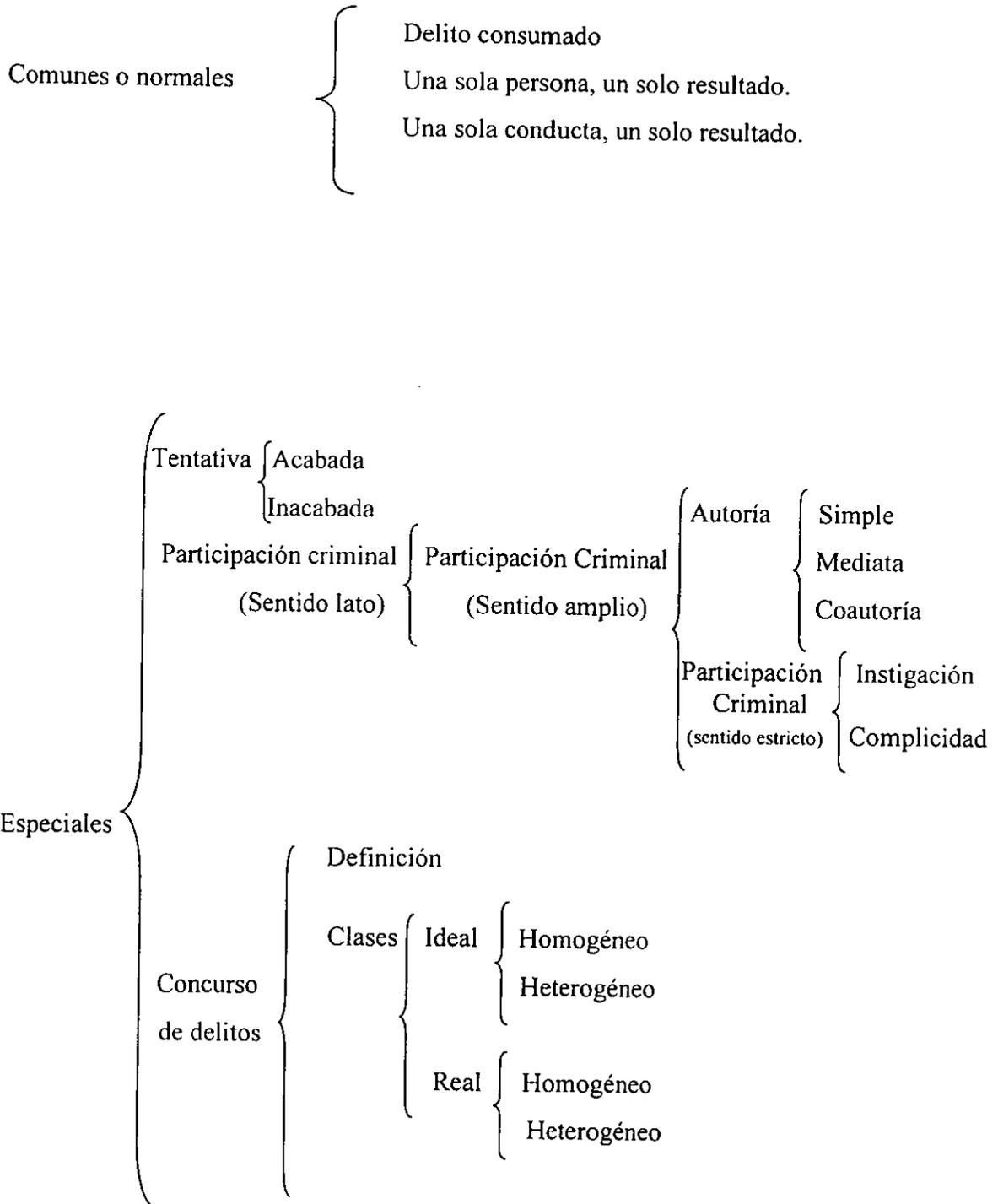
La vida de los delitos dolosos, se desplaza a través del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente, hasta la culminación o agotamiento y todo éste trayecto o proceso es considerado como “*Iter criminis*.”

1.12.1 *Fases del Iter criminis*

Interna { 1. *Ideación o concepción de la idea*. En esta etapa el sujeto puede desechar o perdurar la idea, que contiene tres etapas:
Ideación. Aparece en la mente humana
2. *Deliberación*. Meditación sobre la idea criminal
3. *Resolución*. Ya se tiene la voluntad de delinquir, decide realizar el delito.

Externa { Esta fase comprende desde el instante en que el delito se hace manifiesto, terminando en su culminación donde abarca:
a) Manifestación del exterior
b) Actos preparatorios
c) Actos de ejecución, que pueden aparecer en dos formas, como lo es en tentativa o en consumación.

2.6.2 Formas de aparición del delito.



Tentativa. Es la realización de los actos de la conducta tendientes a la consumación del delito, sin que esta conducta se llegue a realizar por causas ajenas a la voluntad del agente.

Tentativa acabada. Se tiene cuando el sujeto al realizar todos y cada unos de los actos, el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente.

Tentativa inacabada. Se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero el sujeto omite algunos actos y el evento no surge.

Autoría. Es autor quien realiza la conducta por sí mismo o por medio de otro que sea inimputable o inculpable.

Autoría simple o única. La autoría simple se da cuando una sola persona realiza el delito.

Autoría mediata. En este tipo de autoría intervienen dos o más sujetos. El autor mediato no realiza el delito directa ni personalmente, sino que utiliza a otra persona como un instrumento para llevar a cabo la acción delictuosa.

“Es aquel que en tiempo, lugar o grado está próximo a la persona que empleará para cometer el delito”²⁰

Autor material. Es la persona que ejecuta directamente el delito, es decir, ésta misma persona ejecuta los actos externos descritos por la Ley como elementos del delito.

²⁰ López Betancourt, Eduardo. Introducción al Derecho Penal. Quinta Edición. México. 1997. Pág. 199. Ed.Porrúa.

Coautoría. El coautor es aquél que en unión de otro u otros autores responsables, ejecuta el delito, realizando conductas señaladas en la descripción penal, siendo todos los coautores igualmente responsables.

La coautoría es una forma de participación en el delito, el coautor es responsable de su acción, no depende de la acción de otro, todos actúan concientemente y con la intención de realizar el acto delictivo, para obtener el resultado deseado en común.

Instigación. Se le llama instigador al autor intelectual, siendo definido por nuestro código penal vigente en su artículo 21, al establecer que: “Es instigador el que dolosamente determina a otro a la comisión dolosa de un delito.”²¹

El autor intelectual es el que prepara la realización del delito, cuando al proyectarlo provoca o induce a otro a la ejecución del delito, convirtiéndose en instigador.

La instigación requiere de dos sujetos, uno que provoca o induce a otro a la ejecución de un delito, llamándosele autor intelectual o autor moral y se requiere de otra persona que ejecute materialmente el delito, que será el autor material.

Complicidad. Es aquel que realiza acciones secundarias en caminadas a la realización del hecho delictivo, en el que puede participar instruyendo al autor material, indicándole la forma en que debe de ejecutar el delito o también puede intervenir ofreciéndole su ayuda para la realización del delito o para lograr su impunidad.

²¹ Guanajuato. Código Penal.

La complicidad puede presentarse en forma de omisión, cuando la persona que nada hace para evitar la realización del delito violando un deber jurídico de obrar.

La diferencia con la coautoría es en el sentido de que varios sujetos intervienen en la realización del delito y cada uno de ellos reúne la calidad de autor y por otra parte el coautor ejecuta el delito mientras que el cómplice presta ayuda para su realización habiendo previo acuerdo de voluntades.

Encubridor. Es aquel que sin saber que se va a cometer un delito después de haberlo realizado, sin que exista un acuerdo de voluntades previo.

“Se presenta el encubrimiento cuando se oculta a los culpables del delito, los efectos, objeto o instrumento del mismo con el fin de eludir la acción de la Justicia”.

Concurso de delitos

Definición.

Existe concurso de delitos, cuando con una sola conducta se obtienen varios resultados o cuando con varias conductas se obtienen varios resultados.

Clases.

1. Ideal. Cuando de una sola conducta se obtienen varios resultados.

a) Ideal Homogéneo. Cuando de una sola conducta se obtienen varios resultados de la misma naturaleza.

b) Ideal Heterogéneo. Cuando de una sola conducta se obtienen varios resultados pero de diferente naturaleza.

2. Real. Cuando de varias conductas se obtienen varios resultados; del concurso ideal y real existe el concurso homogéneo y heterogéneo.

a) Real Homogéneo. Cuando de varias conducta se obtienen varios resultados pero de la misma naturaleza.

b) Real Heterogéneo. Cuando de varias conductas se obtienen varios resultados, pero de diferente naturaleza.

Capítulo II

Elementos Positivos Y Aspectos Negativos Del Delito

En éste capítulo, se tratarán en forma amplia tanto los elementos positivos del delito como sus aspectos negativos del mismo, y según las definiciones de los numerosos autores, deben existir para que las diversas actividades que llevan acabo los sujetos puedan ser consideradas o no como “delito”, analizándose de acuerdo al orden en que legalmente son establecidos sus elementos.

El Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato en su artículo 11, define al delito como: “La conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible.”²²

Todos estos elementos deben reunirse en su totalidad, para que una conducta dada en la realidad pueda ser considerada como un verdadero delito y que al sujeto activo le sea impuesta la sanción establecida por el Estado pero, para que se llegue a la imposición de la pena, deberán reunirse todos los elementos establecidos por la ley y en caso de faltar alguno no se podrá considerar como tal.

Lo mismo sucede cuando en la conducta dada en la realidad, se presenta el aspecto negativo de algún elemento del delito, no llegará a colmarse el tipo penal y consecuentemente no habrá delito.

El primer elemento del delito a analizar es la conducta, como se establece en la definición realizada por el Código Penal vigente en éste Estado y posteriormente se analizará su aspecto negativo llamado “La falta de conducta”.

²² Guanajuato. Código Penal.

2.1 *Noción de conducta.*

La conducta, es el primero de los elementos que requiere el delito para poder existir. Del latín *conducta*, conducida o guiada. Esta palabra, “conducta”, en el campo del Derecho Penal, se discute su significado del término y la conveniencia de su aplicación; algunos autores se oponen a su utilización argumentando que la expresión “conducta” importa una referencia amplia e indeterminada al comportamiento ordinario y general de un sujeto, por lo que para algunos, resulta un tanto equívoco adoptar tal expresión para definirla.

EL autor Jiménez de Asúa, se opone a la definición diciendo: “No aceptamos al vocablo *conducta*, porque ésta se refiere mas bien al comportamiento, a una actuación mas continuada y sostenida que la del acto psicológico, que como veremos es el punto de partida para el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad.”²³

Por el contrario, el autor Jiménez Huerta, se muestra partidario de su utilización, señalando: “La palabra *conducta*, penalísticamente aplicada es una expresión de carácter genérico significativa de que toda figura típica contiene un comportamiento humano.”²⁴

La conducta es el núcleo de la definición del delito, porque éste se basa en la acción del hombre. Es también el hogar humano, positivo o negativo, que es exteriorizado por la voluntad, que implica un hacer o un no hacer.

²³ Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. 3ª. Edic. Buenos Aires.

²⁴ Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo I. *Introducción a las figuras públicas*, 2ª Edic. México. Edit. Porrúa, 1977.

Frecuentemente suelen emplearse palabras como “acto”, “hecho,” “actividad” o “acción” para hacer referencia al elemento en mención, aunque es usado más el vocablo “conducta” no solo por ser un término mas adecuado para recoger su contenido conceptual, por las diversas formas en que el hombre se relaciona con el mundo exterior sino también por reflejar mejor el sentido y el fin para captar en la acción o inercia del hombre y poder llegar afirmar que integra un comportamiento típico.

Dicha expresión gramatical es, en efecto, lo suficientemente amplia en su contenido; y las diversas formas en que el hombre manifiesta externamente su voluntad, tanto en la forma positiva como en la negativa, implicando un concepto genérico e idóneo para abarcar las diversas formas en que típicamente se plasma la voluntad de los hombres.

Para Celestino Porte Petit, distinguiendo entre hecho y conducta, ambos elementos objetivos del delito, según la descripción del tipo, considera que: “El término conducta es mas adecuado para abarcar la acción u omisión pero nada más, es decir, dentro de la conducta no puede quedar incluido el hecho, y que se forma por la concurrencia de la conducta (acción y omisión) del resultado material y de la relación de causalidad. La conducta sirve para designar el elemento objetivo del delito, cuando el tipo exige como núcleo una mera conducta.”²⁵

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que “Dentro del significado conducta, debe entenderse el comportamiento corporal voluntario”.

La conducta como “elemento del delito” y en este sentido como género de la acción y de la omisión tiene mayor o menor alcance según las distintas teorías del delito.

²⁵ Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la parte General del Derecho Penal. 4ª Edic. México. Edit.Porrúa.1978.

Para la teoría finalista del delito, la conducta es tomada en cuenta, desde el punto de vista de una actividad dirigida a su meta por la voluntad.

2.1.1 *Definición de Conducta.*

- Es el elemento objetivo del delito.
- La conducta es el movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenaste del proceso causal.
- Comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un fin.

Tenemos entonces, que la conducta es un comportamiento humano, positivo o negativo encaminado a un propósito, pues es el elemento psíquico interno fundado en la voluntad y la actuación interna del sujeto, en donde a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante el derecho penal, una responsabilidad imprudencial o preterintencional.

La conducta puede llevarse a cabo mediante uno o varios comportamientos, y solo el ser humano es capaz de ubicarse como un sujeto activo, descartándose la posibilidad de ubicar en ésta hipótesis a los animales, objetos o personas morales como sujetos activos del delito.

Para la autora Irma Amuchategui establece al hablar de conducta definiéndola como: “Comportamiento humano activo u omisivo generador de un delito”²⁶

2.1.2 *Formas de conducta.*

Tenemos entonces, que hay dos clases de conducta, la positiva y la negativa, esto es, que hay dos clases de normas, que son las que prohíben y las que ordenan, las primeras

²⁶ Amuchategui. Opcit. P.49

cuando hacemos lo que la ley nos prohíbe, en tanto las segundas, mandan o disponen que se realice una conducta.

a) **Positiva.**

Es cuando se hace o se lleva acabo una acción, que esté prohibida por la ley, son normas prohibitivas, que cuando se realizan éste tipo de delitos se les llama "*delitos por comisión*".

b) **Negativa.**

Cuando no hacemos lo que la ley nos ordena, realizamos una abstención, éstos son los delitos llamados por "omisión", ésta es llamada también "*omisión propia*" o "*omisión Simple.*"

c) **Combinación de las dos anteriores.**

Existe un tercer caso de conducta en los que se viola una ley positiva y una ley negativa, cuando se comete un delito en combinación de las dos anteriores, se comete un delito de abstención y es considerado como delito de "*Comisión por Omisión*" o se llama también "*Omisión Impropia*", estos casos son aquellos en donde el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material, violándose dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.

Porte Petit señala los elementos de la omisión impropia:

- a) Voluntad o no voluntad (delitos de olvido)
- b) Inactividad
- c) Deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico.

En el campo del derecho penal, la conducta puede manifestarse en dos formas que son: *acción y omisión*.

2.1.3 *Acción "estricto sensu"*

Se ha expresado que la conducta, llamada también acto o acción (*lato sensu*), manifestándose ya sea por actos o abstenciones. La acción es todo hecho o movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior, de poner en peligro dicha modificación y encaminado a la producción de un resultado (*astricto sensu*).

La acción consistente en actuar o hacer, es un hecho positivo, en donde el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete una infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos o animales e incluso a través de personas, que al utilizar a una persona que no tiene capacidad ante el derecho, como si se tratara de un instrumento o un objeto.

La acción es definida también por Mir Puig señalando que se define como: "La conducta externa voluntaria por la cual el sujeto manifiesta su conducta ilícita"²⁷

2.1.3.1 *Elementos de la acción*

Estos elementos son la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad o llamado también nexo causal.

a) **La voluntad**

Es el querer, por parte del sujeto activo, de cometer el delito, es propiamente la intención. La voluntad exteriorizada, finalmente determinada, significa que la persona, en sus manifestaciones de voluntad actúa necesariamente en función de la consecución de los

²⁷ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Edic. Edit. PPU. Barcelona España. 1985. P 162.

objetivos ideados por el autor, abarcando a demás el querer un resultado, si no, estaría en presencia del querer únicamente corporal.

Es necesario que el individuo sepa que es lo que quiere, que haya creado un cierto fin, que es aquello sobre lo que habrá de recaer su querer. La voluntad implica siempre una finalidad, porque no es posible pensar en una voluntad vacía o sin contenido.

b) La actividad

Consistente en el “hacer” o en el actuar. Es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir el ilícito.

c) El resultado

Es la consecuencia de la conducta, el fin deseado por el agente y que está previsto en la ley penal como delito.

d) Nexo de causalidad

Es el nexo que une la conducta con el resultado, el cual debe ser material, el nexo debe unir la causa con el efecto, y sin éste ultimo no puede atribuirse la causa.

Se dice que el resultado es material porque si fuera psicológico o espiritual, no podría tomarse en cuenta para el derecho Penal. En la práctica, se deberán tomar en cuenta tanto las condiciones, así como las circunstancias en que sea manifestada la conducta y cómo se produjo el resultado, al caso concreto, a efecto de comprobar fehacientemente el nexo causal.

Para el autor Edmundo Mezguer, la acción solo tiene tres elementos, que se trata del querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad precisamente entre el querer y el hacer. Existe discusión sobre si la relación de causalidad y el resultado deben o no ser considerados dentro de la acción, pero vale considerar que, uno de los elementos objetivos del delito es precisamente la acción, evidentemente que en ella se incluye tanto el nexo causal como el resultado.

2.1.4 *La omisión*

Radica en un abstenerse de obrar, dejar de hacer lo que se debe ejecutar, es una forma negativa de la acción, simplemente es una abstención.

La autora Irma Griselda Amuchategui señala: “La omisión consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer. Constituye el modo o forma negativa del comportamiento.”²⁸

La omisión, existe en razón de que el ordenamiento jurídico determina la existencia de las relaciones sociales de una cierta manera y dentro de dicho marco, genera a la omisión como un concepto de referencia a una cierta acción, fijándole un contenido normativo, haciéndola exigible. En síntesis, mientras que los tipos activos o comisivos individualizan la conducta prohibida a través de la descripción típica, en los tipos omisivos, la individualización se da a través de la descripción de la conducta debida, lo que origina que resulte prohibida la conducta contraria.

La estructura del delito omisivo, tiene como característica principal ser un “concepto de referencia” y se le llama de así precisamente porque siempre aparece referido a una determinada acción. A diferencia del delito de acción, cuyo contenido implica invariablemente una prohibición (el deber previsto en la norma prohibitiva) el delito

²⁸ Amuchategui, Op cit, p.51

omisivo, previene siempre un mandato, por ejemplo, en los delitos de acción, como es el caso del homicidio, se prohíbe matar, y en el delito de omisión de auxilio, se ordena auxiliar al enfermo, al atropellado, a no abandonar a la familia, etc.

Lo anterior significa que, mientras que los tipos de acción individualizan la conducta prohibida a través de su descripción, los tipos omisivos en cambio, exigen ser descritos señalando la conducta debida y consecuentemente, estableciendo la prohibición de realizar cualquier conducta que sea diferente de lo que expresamente se ordena.

En el ejemplo anteriormente mencionado del homicidio, mientras que en la conducta de acción que previene éste delito, se describe la conducta prohibida, que en sí misma implica “se prohíbe matar”. Por otro lado, en el delito de omisión de auxilio, se describe la conducta que se ordena, prestar el auxilio necesario y como consecuencia, se prohíbe realizar cualquier otra conducta que no sea precisamente lo que se está ordenando.

2.1.4.1 Formas de Omisión.

La omisión se puede presentar en dos maneras, como pueden ser en forma simple, también llamada omisión propia y la otra forma que es la omisión impropia que se le llama también comisión por omisión.

a) Omisión simple.

Conocida también como *omisión propia*, consistente en no hacer lo que se debe hacer, sea voluntario o imprudencialmente, con lo cual se produce un delito, aun que no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva, como es el caso de la portación de arma prohibida.

b) **Comisión por Omisión.**

Este tipo de delitos son también llamados *Omisión impropia*, es un no hacer voluntario o imprudencial, cuya abstención produce un resultado material y se infringen una norma preceptiva y otra prohibitiva.

2.1.4.2 *Elementos de la omisión.*

Los elementos de la omisión son la voluntad, la actividad, el resultado y el nexo causal y son los mismos elementos que los de la acción, con la aclaración de que los delitos de simple omisión no cabe hacer un análisis sobre el nexo causal, pues no se produce ningún resultado, porque evidentemente no puede darse, ya que no puede existir la causación de la nada, solo en los delitos de omisión impropia puede producir un resultado físicamente perceptible. En los delitos de comisión por omisión, en la que se produce un resultado a causa de la inactividad, se debe dar y consecuentemente comprobar el nexo causal.

2.2 Aspecto Negativo: *Ausencia de conducta.*

Si la conducta es la exteriorización de la voluntad finalísticamente determinada, o lo que es mismo, el actuar conforme a sentido y significación, naturalmente la ausencia o falta de acción o conducta, se da en aquellos casos en donde precisamente no se da la voluntad de la persona. La ausencia de la conducta, es pues uno de los aspectos negativos, o también llamado como uno de los impeditivos de la formación de la figura jurídica llamada delito.

Así, cuando la conducta productora de un resultado material, derivada del ser humano, en donde resulte ser consecuencia de su solo actuar sin la voluntad del mismo, se estará en el caso de la inexistencia del delito.

Es indudable que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no llegará a integrarse como tal y si la conducta está ausente, no habrá delito. Como menciona

el autor Fernando Castellanos que la mayoría de los autores establecen que la ausencia de la conducta es: “El soporte naturalístico del ilícito Penal”²⁹

2.2.1 *Causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta son:*

- Vis absoluta
- Vis Maior
- Cualquier otra causa que anule su voluntad (movimientos reflejos, sueño, sonambulismo, hipnosis.)

2.2.1.1 **Vis absoluta.**

La vis absoluta es la fuerza física exterior e irresistible, que se ejerce contra la voluntad de otro individuo, quien éste en apariencia comete la conducta delictiva quien es tomado como un mero instrumento, en el cual se vale el verdadero sujeto activo.

La autora Irma Griselda Amuchategui Requena, hace referencia respecto al tema estableciendo “Ni desde el punto de vista de la lógica, ni desde el jurídico, puede ser responsable quien es usado como medio para cometer un delito”.³⁰

La Vis absoluta se presenta cuando una fuerza física exterior, actuando sobre una persona y siempre que sea irresistible, convirtiéndose en un mero instrumento o fuerza mecánica de un proceso causal, que produce como consecuencia una lesión a bienes jurídicamente tutelados.

2.2.1.2 **Vis Maior**

Conocida como fuerza mayor, proveniente de la naturaleza, lo que hace la diferencia con la Vis absoluta. su presencia está demostrando la falta del elemento volitivo, que es indispensable para que se dé el primer elemento del delito, como lo es la conducta, estimada como el comportamiento humano voluntario. Resta recalcar que, la Vis absoluta

²⁹ Opcit. P.162

³⁰ Opcit. P.53

y la Vis maior son diferentes en cuanto a su procedencia, la primera deriva del ser humano y en cuanto a la segunda de alguna causa de la naturaleza.

2.2.1.3 Cualquier otra causa que anule su voluntad

Los movimientos reflejos son citados por el autor Fernando Castellanos, en el que los define como: "Movimientos Corporales involuntarios."³¹

Los actos reflejos son aquellos movimientos que realiza el ser humano, que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia, por lo que el sujeto está fuera del control, debido a que no pasa por el centro cerebral.³²

En cuanto a los actos inconscientes, es aquel que si bien pasa por los centros superiores del cerebro, permanece en el ámbito de lo que está fuera del control de la persona.

Con respecto a la definición de "conciencia", tiene un significado y usos diferentes, pero, el concepto que aquí nos interesa obviamente, el que tiene relevancia en el campo jurídico penal y que es el que permite identificar al acto como "consciente" es decir, la voluntad, para que la conducta pueda ser penalmente relevante. Basta señalar que es la falta de conciencia lo que origina los actos inconscientes, mismos que unidos a los actos reflejos, originan el aspecto negativo de la conducta por falta de voluntad de la acción.

En los actos reflejos, si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos de la conducta y por lo tanto habrá delito.

Con respecto al sueño, se dice que es un estado natural de inconsciencia temporal y que el sujeto se encuentra sin voluntad, donde algunos autores coinciden en que existirá

³¹ Castellanos, Fernando. Lineamientos elementales del Derecho penal. 1ª. Edic. Edit. Porrúa. México, 1992. p. 164.

³² Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena, t. IV. Barcelona, España. 1977.

ausencia de conducta cuando se realice una conducta típica, en donde para otros penalistas consideran que se trataría de aspecto negativo de la Imputabilidad.

El autor Ignacio Villalobos expresa que: “El sonambulismo es un estado patológico de inconsciencia derivado de un sueño anormal, la inconsciencia no es normal y que el sujeto actúa con una conducta que realiza un incapaz y por ende actúa con voluntad, pero, en virtud de la situación en que se encuentra el sujeto, es imputable.”³³

El hipnotismo, es un estado de inconsciencia derivada de sugestión, la inconsciencia no es total, por que el sujeto puede reprimir su impulso lo que motiva que actúe con voluntad. El sujeto hipnotizado es perturbado de su capacidad plena de querer y de entender. Existen diversas teorías de algunos autores en el que afirman que en el estado hipnótico no se realizará una conducta a pesar de la influencia del hipnotizador, si en un estado consciente no fuere capaz de llevarla a cabo.

Estos fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin el elemento de la voluntad, donde su conciencia se encuentra suprimida.

2.3 *Tipicidad.*

Todo el derecho aparece conformado con juicios de valor (proposición que no es susceptible de admitir calificativo de ser falso o verdadero) que el Estado recoge en representación de la voluntad social, obviamente perfilados con los valores culturales de la sociedad y las características del Estado de derecho de que se trate; en función de lo cual señala el valor de la conducta social deseada.

Si se afirma que un tipo delictivo reúne ciertos elementos, previniendo el código Penal un determinado delito o bien, que una determinada conducta dada en la realidad es atribuible a un cierto tipo delictivo previsto por la ley penal. El derecho penal selecciona

³³ Villalobos, Ignacio. Derecho penal Mexicano. 2ª. Edic. Edit. Porrúa, 1960.

describiendo sus disposiciones, en las que declara son delictuosas, surgiendo entonces los conceptos de tipo y tipicidad, siendo de igual importancia este elemento del delito como todos los que lo conforman.

2.3.1 *Definición*

Para la mayoría de los tratadistas a la tipicidad la definen como: “La adecuación de una conducta dada en la realidad con el tipo penal.” Por tipicidad se entiende que es un juicio de valor con el que se va a valorar la conducta dada en la realidad y si reúne los elementos que el propio tipo penal exige y encaja perfectamente en él será “Típico”.

El elemento de tipicidad es en primer término más relevante para el estudio del derecho penal, toda vez que, la acción o la omisión en sí, no son relevantes para el derecho penal, salvo que se trate de acciones u omisiones típicas penales; lo que significa que la conducta o el comportamiento implique la lesión o el peligro al bien jurídico protegido y suponga la violación al mandato contenido en la norma de un determinado tipo penal.

Menciona el autor Fernando Castellanos que no deben confundirse el tipo con la tipicidad, estableciendo: “El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de la conducta en los preceptos penales. En cuanto a la tipicidad, es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto y basta con que el legislador suprima de la Ley penal un tipo, para que el delito quede excluido.”³⁴

³⁴ Castellanos. Opcit. 167.

La autora Irma Amuchategui Requena al hablar de tipo señala: “El tipo es la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva.”³⁵

De no existir el tipo, aun cuando en realidad alguien cometa una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquél cometió el delito porque no lo es, consecuentemente no podrá ser castigado, pudiéndoseles llamar conductas antisociales pero delitos no podrán ser.

Cada tipo penal señala sus propios elementos, llamados elementos del tipo, en los que deberán reunirse en su totalidad, de tal manera que la conducta que se dé en la realidad, se realice en forma idéntica a la abstracción legal; de tal modo que si falta alguno de los elementos, pero se llevan a cabo todos los demás elementos que establezca y marque el propio tipo penal, no se estará en presencia del elemento objetivo del delito, llamado tipicidad y consecuentemente no habrá delito.

Siguiendo éste orden dentro del elemento de tipicidad, manejada como la conducta dada en la realidad con el tipo penal descrito o el encuadramiento de un comportamiento real a una hipótesis legal; habrá tipicidad cuando la conducta de una persona encaje exactamente a la abstracción plasmada en ley, cabe señalar que no pueden haber dos tipos plasmados en la ley iguales, pudiendo ser similares pero no con las mismas características.

Fernando Castellanos hace referencia a la historia de la tipicidad señalando en su obra a varios estudiosos del derecho en donde fue estableciéndose la evolución del tipo penal: “En el tipo establecido por el alemán Beling en 1906, lo establece como: el delito es la acción típica, antijurídica y culpable, donde consideraba que el delito tenía solo elementos objetivos; consideraba al tipo como una mera descripción, hasta 1915, aparece Mayer asegurando que la tipicidad no es meramente descriptiva, sino indiciaria de la antijuridicidad, argumentando que no toda conducta es típica, pero sí toda conducta típica

³⁵ Amuchategui. Op.cit. P.56

es indiciaria de la antijuridicidad. Luego aparece Mezguer en donde define al delito como: La conducta típica, antijurídica y culpable; argumentando que cuando una persona actúa típicamente, actúa también antijurídicamente, siempre y cuando no exista una causa de exclusión del injusto.³⁶

Tipo Penal.

Es la creación del legislador en donde plasma una conducta como delito quedando en él, tanto la acción como el resultado. También definido por Beling como la definición en abstracto de una conducta que se considera como delito.

Tipicidad

Definida por varios autores como la adecuación de una conducta dada en la realidad que se adecua al tipo penal, entendiéndose también como un juicio de valor con el que se valora la conducta dada en la realidad.

Típico

Es la conducta que se adecua al tipo penal descrito por el legislador, es decir, que tiene que reunir todos los elementos que el tipo penal exige y que encaje perfectamente en él.

Falta de tipo.

Es cuando una conducta dada en la realidad no es definida por el legislador como delito, es decir, que no haya ley que sancione a esa conducta, “Nollum crimen sine lege” no hay crimen sin ley.

Atipicidad.

Cuando la conducta dada en la realidad no encuadra al tipo penal descrito en la Ley. Aquí si está establecido un tipo penal y la descripción de la conducta, dándose la atipicidad precisamente por faltar uno o varios elementos tanto objetivos como subjetivos.

³⁶ Beling. Citado por Fernando Castellanos. Op.cit p.168

2.3.2 Principios generales de la tipicidad.

En el sistema jurídico mexicano, se encuentran diversos principios supremos, que en la materia que nos ocupa son los llamados “Dogmas Penales”, entendiéndose como Dogma al conjunto de principios valederos para la ciencia del Derecho Penal en donde la tipicidad está apoyada; cabe destacar que la Dogmática Penal nos sirve como un instrumento donde podemos aplicar con mayor certeza la Ley Penal a los casos concretos que se nos esté planteando como lo son:

Cuadro 2 Principios generales de la Tipicidad

• Nollum crimen sine lege.	No hay delito sin ley que lo prohíba.
• Nollum crimen sine tipo.	No hay delito sin tipo.
• Nulla poena sine tipo.	No hay pena sin tipo previamente establecido.
• Nulla poena sine crimen.	No hay pena sin delito.
• Nulla poena sine lege.	No hay pena sin ley

2.3.3 Elementos del tipo

Los elementos del tipo penal, tanto los objetivos como los subjetivos, son de igual importancia, ya que los primeros (objetivos) están establecidos fuera del individuo en el que son fácilmente aprehensibles por los sentidos y están establecidos por las mismas leyes penales como circunstancias exteriorizadas por el mismo individuo y en cuanto a los segundos (subjetivos) estos son elementos que se encuentran dentro del sujeto activo y como tales, deben ser valorizados por el juzgador, a demás necesarias para el estudio del

delito que se trate y así obtener un buen manejo del derecho Penal y exacta aplicación de la misma.

2.3.3.1 Elementos objetivos: (establecidos afuera del sujeto)

1. *Conducta*. Definida como el movimiento corporal voluntario positivo o negativo, y correspondiéndole el elemento “voluntad.”

2. *Resultado*. Es la modificación del mundo exterior provocado por la conducta.

3. *Nexo causal*. Relación entre la conducta y el resultado.

4. *Especiales medios de ejecución*: Son los llamados medios comisivos, que es precisamente el camino o la vía con la que se vale el agente para obtener el resultado.

5. *Circunstancias de lugar, tiempo modo y ocasión*. En cuanto a las circunstancias del lugar, se refiere al espacio en vinculación con la realización de la conducta típica a la que hace referencia algunos tipos de la ley penal, como en el caso del delito de Asalto establecido por nuestro código Penal vigente en el que establece: “Al que en despoblado o en paraje solitario haga uso de violencia sobre alguna persona...”. En lo referente a la circunstancia de tiempo, es la referencia del momento en que se llevó a cabo la conducta delictuosa.

6. *Sujeto activo y pasivo*. El sujeto activo en cuanto a que él es el que realiza la conducta delictuosa y según la calidad y número de sujetos que intervengan; en cuanto a la calidad es la característica propia que debe tener el sujeto activo, como en el caso del delito de enriquecimiento ilícito, en donde el sujeto activo debe tener la calidad primordial de servidor público para que se satisfaga el delito; en cuanto al número, se refiere en que en algunos casos el tipo penal requiere de cierto número de sujetos activos para reunir los elementos que algunos tipos penales requieren, como es el caso entre otros como el

delito de asociación delictuosa en el que se requieren tres o más personas para colmar el tipo penal aludido, este tipo de delitos son también llamados plurisubjetivos o sujeto activo plural; mas aún, cabe mencionar que la mayoría de los tipos penales están redactados en forma singular y según lo establezca el tipo penal de que se trate. Con respecto al sujeto pasivo es la persona sobre la que recae la acción delictuosa.

7. *Objeto material.* Es la persona o cosa sobre la cual recae la acción delictuosa.

8. *Objeto Jurídico.* Es el bien jurídicamente protegido en cada tipo penal, como lo es la vida, la propiedad, el honor, la salud, la libertad física, la integridad corporal, etc.

2.3.3.2 *Elementos subjetivos:* (elementos considerados dentro del sujeto)

- Ánimos
- Propósitos
- Fines
- Sabiendas

Fines normativos: Honra, honestidad, ajeneidad y posesión, éstos elementos se valoran teniéndose en cuenta lo que por ello se entiende en la colectividad y a la libre interpretación del juez.

2.4 *Aspecto negativo: Atipicidad*

El aspecto negativo de la tipicidad es precisamente la atipicidad.

2.4.1 *Noción de atipicidad.*

Se presenta la atipicidad como la negación del aspecto positivo de la tipicidad, cuando una conducta dada en la realidad no encaja perfectamente al tipo penal donde éste

previene la conducta prohibida u ordenada, esto es, que no están completamente integrados todos los elementos que el tipo penal exige para poderlo llamar típico; es concretamente la ausencia del delito en su forma mas clara, dando lugar a la inexistencia del delito.

El autor Fernando Castellanos hace referencia a la misma al dar su definición estableciendo: “La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás será delictuosa.”³⁷

Muchas veces se confunde lo que es la atipicidad con otra figura totalmente distinta como lo es la falta de tipo, a manera de distinguirlos, respecto de la atipicidad, como se mencionó anteriormente como “la no adecuación de una conducta dada en la realidad a un tipo penal, por no desarrollarse todos los elementos necesarios que el mismo tipo penal establece” y en cuanto a la falta de tipo, la diferencia radica cuando el legislador no ha establecido una determinada conducta como delito, es decir, que en el ordenamiento legal no hay una descripción típica de una conducta determinada y que pueda infringirse.

En resumen, en la atipicidad, ya está establecido en la ley el tipo penal considerado por el Estado como delito, lo que en la falta de tipo, es la nada penal, puesto que no hay ley que sancione a una determinada conducta.

2.4.2 *Causas de atipicidad.*

Para que una conducta pueda ser considerada como delictuosa, es necesario que dicha conducta encuadre exactamente en un determinado tipo penal, es decir, para que dicha conducta sea delictuosa, es requisito indispensable *Condición sine cuanon*, colmar

³⁷ Castellanos. Opcit. P.175

todos los elementos que el tipo exige y si llegare a faltar un solo elemento, estaremos en presencia de la atipicidad.

Como causa de Atipicidad, se tiene a la conducta dada en la realidad que no cumpla con elementos de calidad o número tanto del sujeto pasivo como del activo, que exige el tipo penal para que se colme el delito.

Si en la conducta realizada por el sujeto no afecta el bien jurídicamente protegido, o bien, si la conducta que supone ser delictuosa no recae sobre persona o cosa, o no hay afectación en el objeto material, siendo éste un elemento objetivo del tipo.

También se presenta la atipicidad cuando un tipo penal requiera las circunstancias temporales o de lugar y la conducta dada en la realidad no contenga lo que la ley exige para llevarlo a complementar; por manera de ejemplo, en el caso de los delitos cometidos por servidores Públicos en el que se establece que para colmar el tipo penal es necesario que estos estén en ejercicio de sus funciones.

Como otra causa de atipicidad, cuando el hecho llegue a realizarse mediante medios comisivos distintos al que establezca el tipo penal en cuestión. Y por último cuando falte alguno de los elementos subjetivos del tipo (mencionados con anterioridad) que legalmente así sean exigidos dependiendo del tipo penal, como es el caso de algunos tipos penales cuando establecen palabras como “a sabiendas”, “con el propósito de”, “intencionalmente”, “con ánimos de” y “para ocultar su deshonra” etc.

2.5 Antijuridicidad

Corresponde ahora el estudio del tercer elemento objetivo del delito, llamado antijuridicidad o antijuricidad, éste elemento proviene del latín anti - contra, ius-derecho, esto es, contrariar el orden jurídico.

Se entiende al orden jurídico, al orden que regula la conducta humana encaminada a proteger los bienes de los miembros de la colectividad en general en relación al fin que persigue el derecho, dirigido a proteger la seguridad jurídica y para la tranquilidad social, por lo que a través de los tipos penales, el Estado expresa qué conductas están fuera de la libertad de la acción de los individuos de la colectividad.

No solo el orden jurídico está integrado por normas que imponen deberes, sino también reglas permisivas que implican el directo reconocimiento de derechos, reflejando un contenido de prevención general, en cuanto que al delimitar ciertas conductas por parte de los individuos, señala qué es lo que estima contrario al interés social y con la característica principal de estar dirigido no solo al individuo responsable del delito, si no a la colectividad en general, con la advertencia de que pueden ser sancionados si incurre en conductas delictivas.

2.5.1 *Definición*

Es la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico, siendo ésta relación de contradicción puramente objetiva. La antijuridicidad es definida por la autora Irma Griselda Amuchategui Requena al señalar: “La antijuridicidad es lo contrario a derecho, en el ámbito penal, radica precisamente en contrariar lo establecido por la norma jurídica”³⁸

Según establece el autor Eugenio Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el acto y una norma jurídico penal, siendo tal juicio de carácter objetivo, por el solo hecho de caer en una acción ejecutada.³⁹

³⁸ Amuchategui Requena, Irma. Derecho Penal. Op.cit. p.67

³⁹ Cuello Calón. Op.cit p.284.

Acertadamente el tratadista Fernando Castellanos precisa que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva en el que atiende solo al acto, a la conducta externa.⁴⁰

Por otra parte Carnelutti señala: “antijurídico es el adjetivo, en tanto que la antijuridicidad es el sustantivo, por lo jurídico se entiende que es lo que está conforme a derecho.”⁴¹

En este orden, cabe decir por ejemplo, si la ley penal tutela la propiedad mediante un tipo penal que establece el robo, entonces, si alguien comete éste delito, el sujeto estará realizando una conducta típica antijurídica. Estos tres elementos (conducta, tipicidad y antijuridicidad) son considerados como objetivos del delito al que le es llamado “Injusto Penal” y cuando se desarrolle la parte subjetiva (imputabilidad, culpabilidad) se aplicará la pena.

2.5.2 Clases de antijuridicidad.

Se distinguen dos clases de antijuridicidad, en el que Franz Von Liszt estableció su doctrina dualista, llamándola formal o antijurídica formal y la material o antijurídica material.

2.5.2.1 Formal o antijurídica formal

Liszt afirmaba que el acto será formalmente antijurídico cuando implique una transgresión a la norma establecida por el Estado, esto será la oposición a la Ley.

⁴⁰ Castellanos. Op.cit. p 178

⁴¹ Carnelutti, Francesco . Teoría General del delito. Edit. Argos. P. 18

Interpretando de otra manera su teoría, es la relación de contradicciones de la conducta típica y el orden jurídico.

2.5.2.2 Material o antijurídica material.

Establece que el acto será materialmente antijurídico, en cuanto haya una violación a los intereses colectivos. Esto es, la relación de contradicción de la conducta típica con los intereses socialmente protegidos.

2.6 *Aspecto Negativo: Causas de justificación*

Como se ha venido estudiando los elementos del delito y sus aspectos negativos, al elemento de antijuridicidad, a la que no es definida por el Código Penal, estableciendo solo el aspecto negativo, al tenor del artículo 33 del Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato; que lo constituyen las causas de justificación, que son las circunstancias que el legislador estableció para anular a la antijuridicidad de la conducta típica realizada al ser considerada como justificativa o lícita.

Es muy común la confusión del elemento positivo “antijurídico” por llevar en él la palabra “anti” definido como lo contrario a derecho y tener a su vez el aspecto negativo, debe entenderse entonces, que la antijuridicidad es lo contrario a derecho, mientras que lo contrario a la antijuridicidad es lo conforme a derecho que son precisamente las causas de justificación y estas a su vez anulan lo contrario a derecho, de tal forma que si aparece alguna causa de justificación dentro de la conducta típica desaparece lo antijurídico, en consecuencia no habrá delito por estar permitida por la ley esa conducta.

Es comprensible entender que el campo del derecho, no se puede permitir lo que previamente ha prohibido y, obviamente no puede permitir lo que ya estaba permitido; concretamente en el Derecho Penal para cumplir con su objetivo de salvaguardar los bienes

jurídicos; donde crea los tipos delictivos implicando el señalamiento de las conductas prohibidas, estableciendo reglas permisivas a los individuos y que son autorizadas para poder defenderse y así no se les llegue a aplicar una pena injustamente cuando el Estado no tiene la posibilidad de evitar ciertos acontecimientos delictivos.

Dé modo que el Estado valora y reconoce determinadas conductas para salvaguardar los intereses de los individuos asistiéndolos para conducirse frente a ellas y que el sujeto pasivo actúe en la medida y forma en que sean lesionados sus bienes jurídicos tutelados.

El Estado no ordena que se actúe de tal o cual manera así como tampoco promueve que se realicen tales conductas, sino que se limita a permitir que se actúe en dicho sentido, valorándolas a través de los permisos que otorga la propia ley para poder violarla.

Son causas de justificación (también llamadas causas de permisión) como su nombre lo indica, justifican la conducta que recaen sobre la acción realizada y son consideradas como objetivas, puesto que se refieren al hecho, es decir, a la realización externa y no al sujeto.

La legislación penal mexicana establece como causas de justificación, el consentimiento del sujeto pasivo, la legítima defensa, el estado de necesidad, ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber y el impedimento legítimo.

2.6.1 El consentimiento del sujeto pasivo.

Se entiende por consentimiento al acuerdo de dos o más voluntades, destinadas a producir consecuencias o fines de interés legal. En el derecho penal se entiende como la manifestación de la voluntad del sujeto pasivo para que el sujeto activo afecte los bienes

jurídicos tutelados que están a su disposición, en donde esa voluntad del sujeto pasivo deberá ser válida proviniendo de un sujeto imputable.

Los bienes jurídicos que se encuentran a disposición del sujeto pasivo son los delitos llamados de querrela en donde solo el sujeto pasivo puede permitir que se le afecten como es el caso del abuso de confianza, lesiones, adulterio, allanamiento de morada, fraude, etc., el código penal establecerá expresamente los delitos que se perseguirán por querrela; y cuando el código penal no haga mención, se sobreentenderá que es perseguible de oficio.

2.6.2 Legítima defensa

Esta causa de justificación es una de las más importantes y más frecuentes que se dan en la práctica y con frecuencia se confunde con la defensa propia, siendo que son totalmente diferentes.

La legítima defensa se define como: “ Repeler una agresión injusta actual o inminente para defender bienes jurídicos propios o ajenos, siempre y cuando el repeler se realice en la medida razonable de rechazar la acción.” La agresión deberá ser en el momento actual, presente o inminente; en cuanto a la acción de repeler existe la necesidad de que se dé en la medida razonable de la defensa, esto es, que dicha acción debe ser en la medida de la agresión.

La razón de ser de la legítima defensa se funda precisamente en que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto o la afectación de sus bienes jurídicos ya sean propios o ajenos, por eso, la ley prevé situaciones en las que la persona que actúa en legítima defensa no tiene otra forma de salvaguardar o proteger sus bienes o derechos y la autoridad no está en posibilidad de defenderlos en el momento del hecho.

Carrancá y Trujillo establece muy acertadamente su criterio respecto de la legítima defensa estableciendo: “La defensa privada se legitima suficientemente, tanto por la

necesidad, como por la ausencia de temibilidad en el sujeto, revelada por sus motivos y fin, así como por la imposibilidad en que el Estado se encuentra de acudir en defensa del interés agredido injustamente.”⁴²

El código Penal Vigente para el Estado de Guanajuato, a la luz del artículo 33 fracción II establece:

*“Cuando se obrare en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirla”.*⁴³

2.6.2.1 Elementos de la legítima defensa.

De acuerdo con la redacción que hace nuestro código penal y de las definiciones que adoptan diferentes autores en relación a la legítima defensa, se desprenden conceptos que en muchas ocasiones son susceptibles de confundirlos:

- I. *Repeler* Se entiende como impedir algo, rechazar, evitar, no permitir que algo ocurra, o bien, que algo pueda acercarse. Ante tal circunstancia, implica que el sujeto pasivo rechace la agresión y ejerza alguna agresión contra el sujeto activo, sin que aquél la haya provocado.

- II. *Agresión* Consiste en atentar, atacar, acometer, arremeter. Es el acto en el que se pretende dañar o afectar a alguien. Esta agresión deberá ser real, cierta, es decir, no imaginaria ni hipotética, ya que es relevante para el derecho penal que sea una agresión auténtica y que no esté solo en la mente de quien reacciona sino que exista realmente.

- III. *Agresión actual.* Esta deberá ocurrir en el mismo instante de repelerla, esto es, que tanto la agresión como la repulsa deberán darse en un mismo lapso temporal.

⁴² Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, t.II. Edit. Porrúa. Décima segunda edición. 1956

⁴³ Guanajuato. Código Penal.

IV. *Agresión inminente*. La palabra “inminente”⁴⁴ significa lo más próximo o cercano. Puede darse el caso que no sea posible repelerla en el momento, pero es válido que sea la agresión lo más próxima o cercana posible, no existe un tiempo determinado, pero lógicamente es de entenderse que debe ser inmediata, toda vez que una agresión futura equivaldría a una venganza y no a la reacción de la legítima defensa. La diferencia de lo actual, es lo que ocurre en el momento, mientras que lo inminente es lo más cercano o inmediato.

V. *Agresión ilegítima*. Esto quiere decir, que cuando el sujeto pasivo repulsa una agresión, no basta con que sea actual o inminente, sino que además, la agresión a la que se encuentre sometido deberá ser contraria a derecho, es decir antijurídico, puesto que si la agresión es justa o apegada a derecho, la acción de repeler no se encontrará amparada por el orden jurídico, por lo tanto no será una causa de justificación.

VI. *Necesidad razonable de la defensa empleada*. La autora Irma Requena Amuchategui señala: “ La necesidad racional significa que la acción realizada (repulsa), debe obedecer a la defensa de cualquier bien jurídico, sea propio o ajeno.”⁴⁵

Es indispensable que en la racionalidad de la defensa exista una cierta proporcionalidad entre la reacción que implica la defensa, con las características de la agresión sufrida.

No sería racional que por un choque entre dos vehículos, uno de los tripulantes reclama al otro contra quien chocó por el daño producido, dando origen a la reacción del sujeto, sacando una pistola y lesiona o mata al sujeto; siendo esto evidente que no es proporcional el medio empleado para su defensa, este ejemplo caería en el “exceso en la

⁴⁴ Diccionario jurídico Mexicano. Edit. Porrúa.

⁴⁵ Amuchategui. Op. Cit. P. 70

legítima defensa” la cual el autor Fernando Castellanos señala al respecto: “hay exceso en la defensa cuando el agredido va mas allá de lo necesario para repeler la agresión”.⁴⁶

Como ya se ha dicho, la legítima defensa se define como: “ la necesidad de responder a una agresión para salvaguardar los bienes jurídicos, siendo necesario entonces que se dé la defensa empleada” es decir, que quien actúe no tenga mas alternativa que reaccionar como lo hace, con el único fin de salvaguardar los derechos. En la defensa empleada es necesario que no medie provocación alguna suficiente de su parte o del tercero a quien se pretende proteger y que dicha provocación no sea la causa para recibir la agresión.

Para concluir, cabe mencionar, que en la legítima defensa ampara cualquier bien jurídico; es por eso que la ley no precisa ni excluye a ningún bien jurídico, así al amparo del principio que establece “donde la ley no distingue no se debe distinguir”, por ello se entiende, que todos los bienes jurídicos tanto lo propios como los ajenos deben protegerse a través de la legítima defensa.

2.6.3 El estado de necesidad

El mismo artículo 33 del Código Penal para el Estado de Guanajuato en su fracción III, expresamente establece:

Cuando en situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesionare otro para evitar un mal mayor, siempre que concurran los siguientes requisitos:

a) que el peligro sea actual o inminente;

b) que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro;

⁴⁶ Castellanos. Op.Cit. p.198

c) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

*No operará esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando los responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro.*⁴⁷

En términos de la fracción transcrita, el estado de necesidad, establece otra de las formas que la ley expresamente previene como legítima, surgiendo como consecuencia del derecho que la persona tiende a defenderse y a no permitir la presencia de un injusto que afecte sus bienes jurídicos propios o ajenos, derivados de una agresión no provocada, en el caso del estado de necesidad, de la legitimación surge de que nadie está obligado a soportar lo imposible.

En el estudio que hace el autor Fernando Castellanos, cita en su obra la definición que hace Von Liszt respecto en el que afirma que el estado de necesidad “es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro medio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos”.⁴⁸

Existe discusión en cuanto a las opiniones de diferentes autores en relación con la jerarquía de los bienes (el que se salva y el que se sacrifica), en donde para unos el bien

sacrificado debe ser de menor valor que el bien salvado, mientras que para otros pueden tener la misma jerarquía.

En vista de que todos los bienes jurídicamente protegidos por la ley tienen el mismo valor y no expresa cuales son de menor o mayor valor, tienen para ella la misma importancia.

El autor Fernando Castellanos señala que, si el bien que se sacrifica es de menor valor que el amenazado, se estará en presencia de una causa de justificación; en contraste,

⁴⁷ Guanajuato. Código Penal.

⁴⁸ Von Liszt. Citado por Castellanos Fernando. Op.cit. p. 202

que si el bien lesionado es de mayor valor que el que se salva, se estará en presencia de la configuración del delito y en el caso de que los dos bienes sean de igual valor no existe el delito.⁴⁹

Un ejemplo muy comentado en cátedra consistente en el caso de dos naufragos, quienes ante la circunstancia de poder salvar sus vidas, y habiendo solo una tabla para flotar que solo resiste a una persona y uno de ellos se queda con la tabla para poder subsistir. Indudablemente en este caso los dos bienes jurídicos son de igual valor pero, sin embargo, la ley no los precisa ni los distingue en el estado de necesidad expresado en el citado artículo.

Ante el conflicto de bienes que no pueden coexistir, el Estado interviene al optar por la salvación de uno de ellos, donde opera el principio del *interés preponderante*, pero solo opera cuando el bien que se salva supera al sacrificado, solo entonces se integrará como justificante, por el hecho de que el atacante obra con legal derecho.

2.6.3.1 Elementos de la definición legal del estado de necesidad.

1. *Peligro* Se entiende como la amenaza, ante una en la situación que se pueden causar daño a alguno de los bienes jurídicos. Establece el autor Fernando Castellanos que el peligro es la posibilidad de sufrir un mal.⁵⁰

También señala la ley que el peligro deberá ser, al igual que en la legítima defensa, actual e inminente; el peligro también tendrá que ser real, cierto, pues no es válido el peligro imaginario, siendo éstos elementos de vital importancia para el estado de necesidad.

⁴⁹ Castellanos. Op.Cit. Pág. 204

⁵⁰ Castellanos. Op. Cit. P.207

2. *Que el peligro no sea provocado intencionalmente por el agente.* Hace referencia al respecto la autora Irma Amuchategui estableciendo: “La ley precisa expresamente este hecho al excluir las formas intencional y de grave imprudencia, si esto ocurriera no podría invocarse el estado de necesidad.”⁵¹

3. *Que no exista otro medio practicable o menos perjudicial.* Ante esta situación el sujeto pasivo deberá optar por proteger sus bienes jurídicos por uno de los medios en los que el daño que causes pueda ser el menor posible, de lo contrario no podrá invocarse como causa de justificación.

Tanto la legítima defensa como el estado de necesidad, suele haber confusión por similitud de alguno de sus elementos, siendo totalmente diferentes, pues en el estado de necesidad procede en contra de lo que origine peligro, ya sea de una persona física, un animal o cosa; mientras que en la legítima defensa siempre procederá en contra de una persona; y la diferencia mas importante consiste en que, en la legítima defensa se afectan los bienes del injusto agresor, mientras que en el estado de necesidad la lesión recae sobre bienes de un inocente (Vgr.: aborto terapéutico)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, establece en forma más clara lo referente al estado de necesidad y la legítima defensa.⁵²

2.6.4 Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber

Al estar hablando de las causas de permisión, la ley también señala como causas de justificación al ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, anulando con ello el elemento antijuridicidad, contemplados en el citado artículo 33 del código penal, en su

⁵¹ Amuchategui. Op. Cit. P.73

⁵² “El estado de necesidad es una causa de justificación que por su naturaleza choca con la legítima defensa, ya que en el estado de necesidad no existe defensa de una agresión, sino agresión jurídicamente tutelado para salvaguardar otro bien jurídico igualmente protegido por el hecho, de una situación de peligro no provocada dolosa o culposamente por el agente”. (Semanao Judicial de la Federación, volumen XXVII, Pág. 49 segunda parte, sexta época)

fracción IV, en el cual establece: *“Cuando se obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho”*⁵³

Estas dos figuras son particularmente relevantes en el derecho penal, en donde se fundan diferentes situaciones previstas por el mismo código y con el fin de que la conducta realizada por el agente sea considerada como lícita en virtud de las causas de justificación.

2.6.4.1 El cumplimiento de un deber

El cumplimiento de un deber se basa esencialmente, en la tipicidad y como se establece en cada tipo penal, el contenido mismo de mandar o prohibir una determinada conducta, a fin de no lesionar cualquier bien jurídico tutelado.

Debe de entenderse a la antijuridicidad como la base de una normatividad y no como un desorden jurídico, en vista de que se plasma en cada tipo penal, la voluntad de la conducta socialmente deseada por la colectividad a través del legislador, y simultáneamente aparezca otro precepto legal en sentido opuesto, como es el caso de que el código penal que sanciona al homicidio y el disparo de arma de fuego, y por otra parte en el código militar obliga a disparar, y en su caso matar, frente a la orden de defender la seguridad del país.

En éste sentido aparecen dos normas encontradas, donde una prohíbe y otra ordena, naturalmente que sólo un deber puede subsistir, así, el militar que priva de la vida a otro no comete la conducta típica de homicidio, debiéndose entender que su conducta no es antijurídica, toda vez que ha actuado en cumplimiento de un deber impuesto por su misma ley.

La autora Irma Griselda Amuchategui, establece: “El cumplimiento de un deber consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber

⁵³ Guanajuato. Código penal.

jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. El cumplimiento de un deber deriva del ejercicio de ciertas profesiones o actividades".⁵⁴

2.6.4.2 Ejercicio de un derecho.

En el citado artículo 33 en su fracción IV, aparece junto al cumplimiento de un deber el ejercicio legítimo de un derecho, y por citarlos en la misma fracción del artículo, los eleva a un mismo nivel de importancia.

Al ejercer un derecho se llega a causar algún daño cuando se obra en forma legítima y habiendo necesidad racional del medio empleado, se estará en presencia de un permiso que da la propia ley para obrar en tal sentido y consecuentemente no se llega a constituir el delito.

El daño que se ocasiona en virtud del ejercicio de un derecho derivado de una norma jurídica, la ley permite violar algún bien jurídico tutelado, como el caso de un médico que realiza una intervención quirúrgica para extraer un tumor maligno, en este sentido, el médico que actúa en función profesional amparado mediante un título legalmente expedido, tiene que realizar una lesión para extraer el tumor, y a pesar de que su conducta constitutiva del delito de lesiones, sin embargo no es antijurídica, en virtud del ejercicio legal de un derecho.

Alguno autores estiman que para realizar cualquier tratamiento médico - quirúrgico, no es necesario el consentimiento del paciente o de sus familiares, en vista que uno de los primordiales objetivos del derecho Penal es proteger la integridad corporal de los individuos.

Lo mismo sucede en las lesiones incluso el homicidio que llegaren resultar en algún deporte y como señala Fernando Castellanos al establecer que en estos casos son verdaderas

⁵⁴ Amuchategui. Op.Cit. p.76

causas de justificación, los deportistas que actúan en ejercicio de un derecho que les fue concedido por el propio Estado, en vista que da permiso para ello y manda a sus representantes en eventos donde hay espectadores, percibe impuestos de dicho evento.⁵⁵

Este tipo de lesiones, se anula el delito mediante las causas de justificación, salvo el caso en donde se compruebe que hubo mala fe, dolo o que sean notoriamente delictuosos.

2.6.5 Impedimento legítimo

Esta eximente opera cuando un sujeto que tenga la obligación de realizar una determinada conducta, se abstiene de obrar, en razón de existir una ley que le impida ejecutar ese acto.

El no actuar mediante el impedimento legítimo en el que se ocasione un daño, contraviniendo con lo que le ordena la ley penal, constituye una omisión, en virtud de que se deja de hacer lo que la ley ordena, por cumplir con otro deber legal y de mayor valía.

Esta figura ha sido derogada y eliminada del Código Penal para el Distrito Federal, atento a la reforma incorporada al *Diario Oficial de la Federación*, del 10 de enero de 1994.

2.7 Imputabilidad

Corresponde ahora estudiar los elementos subjetivos de la definición del delito, donde muchos autores estudian la imputabilidad dentro del elemento de culpabilidad; otros en cambio estudian a la imputabilidad y culpabilidad como elementos independientes del delito, mientras que otros autores establecen a la imputabilidad como presupuesto o soporte del elemento culpabilidad, como es el caso de éste estudio, en virtud de que al analizar el aspecto subjetivo del delito, se debe determinar si el sujeto que realizó la conducta típica y antijurídica la realizó con conciencia y voluntad; e investigar si poseía las condiciones

⁵⁵ Castellanos. Op. Cit. Pág. 213

mínimas de salud y desarrollo mental exigido por la ley, en el tiempo de realizar dicha conducta.

2.7.1 *Concepto*

La imputabilidad es definida por la doctrina como “ La capacidad que tiene un sujeto para responder de sus propios actos ante el derecho penal.”

La capacidad que debe tener el agente, para ser entendida como tal en el derecho penal no basta con solo poseer la capacidad natural (ó de goce) propia de los menores de edad, sino también tener la capacidad de ejercicio, entendida ésta como la aptitud para poder ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones.

En el campo del derecho Penal, supone que para que un sujeto se le pueda aplicar una pena, se requiere que éste tenga la capacidad de querer y comprender la ilicitud de sus actos y comportarse de acuerdo a su comprensión.

Para que un sujeto sea imputable se requieren dos aspectos, que se basan en que tenga el mínimo físico (representado por la edad) y otro psicológico, interpretado éste como el desarrollo y salud mental requeridos por la ley para poder responder ante el derecho penal; dicho de otra manera, como esa posibilidad que tiene el sujeto dentro de sus facultades mentales de entender, comprender y querer la ilicitud del hecho.

El doctor en derecho Gustavo Malo Camacho, establece en su obra: “la imputabilidad es la capacidad exigida por la ley para que la persona pueda ser responsabilizada por la comisión de un delito.”⁵⁶ Para este autor, la imputabilidad la ubica en el estudio de la culpabilidad, estableciendo también que, la capacidad mencionada, no se trata de cualquier comprensión, sino a la comprensión relativa al injusto penal, en cuanto al contenido de la conducta típica y antijurídica.

⁵⁶ Malo Camacho. Op. Cit. Pág. 338

Es definida la imputabilidad también, como la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal. Implicando la salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal al momento de cometer el delito; pues sería absurdo pensar que se le aplique a un infante o a una persona que esté carente de sus facultades mentales una pena, si no cuenta con la capacidad para poder comprender que la conducta que realiza es un delito que merezca ser castigado.

Por otra parte el agente para ser culpable tendrá que ser primeramente imputable, consecuentemente no hay punibilidad si previamente no es imputable.

Para el autor Carrancá y Trujillo define a la imputabilidad como: “ Todo aquel que posea, al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto para observar una conducta que corresponda a las exigencias de la vida en sociedad humana”.⁵⁷

2.7.2 *Elementos*

Para que a un individuo se le conozca la ilicitud de la conducta y que efectivamente lo realice, debe contar con la capacidad de querer, entender y de determinarse en función de lo que ya conoce, en función de ello, se observan dos elementos que son el intelectual y el volitivo, constituyendo un soporte básico para el elemento culpabilidad:

a) *Intelectual*. Que engloba en este elemento el conocer, entender y comprender.

⁵⁷ Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Tomo I. 4ª Edición, Pág. 222.

b) *Volitivo* (voluntad) Correspondiente al querer.

2.7.3 La responsabilidad

Cuando el agente teniendo la calidad de imputable, en virtud de contar con las condiciones mínimas de salud y desarrollo mental exigidos por la Ley penal, carente de tener alguna anomalía psicológica, quien a demás quiere y comprende la ilicitud de la conducta delictuosa, está obligado a responder del ilícito ante el Estado.

Muchas veces surge la confusión en cuanto al término de responsabilidad y la imputabilidad, y basta con señalar que la imputabilidad es la calidad o estado de capacidad con la que cuenta el sujeto activo en el momento del hecho; y por otro lado la culpabilidad, es la relación del acto con el sujeto; mientras que la responsabilidad es la relación que tiene el sujeto frente al Estado, para rendir cuentas de sus propios actos y así mismo sufrir sus consecuencias mediante la sujeción al proceso respectivo.⁵⁸

2.7.4 *Acciones Liberae in causa*

Llamadas acciones libres en su causa, llamadas así por ser libres en la causa, pero no en cuanto a su efecto y consisten en que el sujeto activo antes de cometer el ilícito, realiza actos de manera voluntaria o culposa, que lo colocan en un estado en el cual no es imputable y comete un acto criminal para realizar el hecho, colocándolo así la ley como responsable del delito.⁵⁹

Si una persona ingiere alcohol en exceso hasta embriagarse o colocándose en un estado de intoxicación, en el que sabiendo que solo así es capaz de realizar

⁵⁸ Villalobos. Op. Cit. Pág. 290

⁵⁹ Amuchategui. Op. Cit. Pág. 78

comportamientos que bajo otra circunstancia no los realizaría o no tendría valor para llevar a cabo el ilícito, y por tanto, se coloca en tal estado para cometer el delito que se trata.

2.8 Aspecto negativo: La inimputabilidad

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad, teniendo a éste último como un elemento esencial para que pueda o no configurarse el delito, como se indicó anteriormente la imputabilidad es el soporte básico de la culpabilidad, ya que un sujeto no puede ser culpable sin antes ser imputable.

“La inimputabilidad consiste en la ausencia de capacidad para poder querer y entender en el ámbito penal”.⁶⁰

Se utiliza en la legislación penal un criterio biológico - psiquiátrico en donde refiere las situaciones que dan lugar a la inimputabilidad, que se establecen en ella situaciones sobre la incapacidad de comprensión del ilícito. Estas causas están referidas a la luz de los artículos 35, 36, 36, 37, 38 y 39 del código Penal vigente par el Estado de Guanajuato.

Se desprende entonces, de acuerdo a la legislación penal las causas de inimputabilidad, como son: la perturbación grave de la conciencia con base patológica, que incluye la esquizofrenia, la epilepsia, etc., el desarrollo mental retrasado o incompleto, la perturbación grave de la conciencia sin base patológica y los menores de 16 años.

⁶⁰ Ídem. Pág. 78

2.8.1 Perturbación grave de la conciencia con base patológica.

En éste marco de enfermedades que precisa la ley, recoge diversas enfermedades mentales, susceptibles de originar la inimputabilidad.

En primer término, se tendrá en cuenta que “la conciencia” es precisamente conocer, es la facultad mental que nos permite relacionarnos con el mundo exterior. En tanto por “perturbación” se entiende como un desorden o alteración de la conciencia, que impide su desarrollo adecuado para poder entender y querer un resultado delictivo; llamado sujeto incapaz, lo que es esencial para el Derecho Penal, que el individuo que delinque, se encuentre bien de sus facultades mentales que le permitan conocer su conducta, el resultado o las consecuencias que se originen si las realiza.

La autora Irma Griselda Amuchategui, hace referencia respecto al trastorno mental estableciendo: “ El trastorno mental incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, impidiéndole al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión, pudiendo ser transitorio o permanente, ya sea por ingerir alguna sustancia nociva o algún proceso patológico interno”.⁶¹

Las enfermedades mentales más comunes que se presentan son la esquizofrenia genuina y la epilepsia, pero no está incluido dentro de ésta clasificación el psicópata, ya que éste solo vive para matar y por ser parte de su forma de vida.

El estudio de todas las enfermedades mentales relacionadas con la conducta delictuosa del individuo, en relación a la inimputabilidad, exige al juzgador apoyarse en base a los dictámenes periciales correspondientes del profesional médico psiquiátrico, para responsabilizar o no al agente y según el caso, aplicar un tratamiento adecuado.

⁶¹ Ídem. Pág. 79

2.8.2 Desarrollo mental retardado o incompleto.

El desarrollo mental retardado o también llamado incompleto, es considerado como un proceso lento de la capacidad mental del individuo, esto es, que el cerebro tarda en procesar la información que recibe, impidiéndole comprender y querer tal situación; este tipo de personas se les da el nombre de tontos, imbéciles, retrasados mentales, quienes deberán someterse en un proceso psicológico adecuado para su tratamiento ya que en la mayoría de los casos no tienen posibilidad de curarse, aun que existen métodos para la rehabilitación, ya se considera imposible que el paciente pueda llegar a desarrollar bien sus facultades mentales.

2.8.3 Perturbación grave de la conciencia sin base patológica

En éste tipo de casos, el sujeto que delinque se encuentra perfectamente bien de sus facultades mentales, su desarrollo mental es completo, pero al recibir una impresión fuerte delinque; entendiéndolo como un estado emocional transitorio e insuperable del agente, impidiéndole actuar de otra manera y que esa impresión repentina interfiera para causar la perturbación en las facultades mentales de la persona para poder comprender la ilicitud de su conducta y no poder actuar conforme a derecho.

2.8.4 La minoría de edad

En nuestra legislación penal mexicana, de manera similar como acontece en la mayoría de los países del mundo, la minoría de edad implica la inimputabilidad más precisa, al establecerla legalmente (artículo 39 del Código penal vigente de nuestro Estado) teniendo como fundamento la consideración de que la racionalidad del menor no coincide con la racionalidad propia de la cultura de un adulto para poder entender y querer el ilícito penal.

La capacidad mental que enfrenta un menor de edad actúa conforme a sus propias vivencias y racionalidad, atribuido a su mismo proceso natural del desarrollo psicológico que poseen.

Supone por tanto lo anterior, una consideración especial y enjuiciamiento diverso al previsto por los adultos, en los que debe ser objeto de atención por el Estado y de las instituciones de carácter tutelar procurando siempre favorecer la formación del menor, para su integración a la sociedad de la cual habrán de formar parte.

Señala el artículo antes mencionado, que son considerados inimputables quienes en el momento que realicen la conducta delictuosa sean menores de dieciséis años, consecuentemente imposibilitándolos de quedar sujetos a los procedimientos jurisdiccionales, quedando al margen de la ley penal, de tal modo que para ellos, les es aplicable una medida de seguridad, en lugar de una pena.

Esta edad límite que ha establecido el legislador para que el menor sea calificado como inimputable, ha creado mucha polémica en la actualidad por muchos de los estudiosos en derecho, al establecer que los jóvenes que delinquen a una edad entre los 14 y 15 años; ya tienen la suficiente capacidad racional para entender que es un delito y sus sanciones que éste conlleva.

A demás, como es el caso en el Distrito Federal y algunos Estados de nuestro país, que consideran a los menores 18 años como inimputables, siendo cada vez más evidente que los menores se escuden bajo su edad y se sumen los grandes índices de la delincuencia juvenil, así como el alto índice de pandillas o bandas que proliferan por todas las ciudades del país, donde su único propósito es delinquir, siendo hoy en día uno de los graves problemas que enfrenta el país aunado a la delincuencia de los adultos.

El mismo legislador ha establecido las formas de rehabilitación de los menores delincuentes al crear la *ley para el tratamiento de menores infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia de fuero federal*. Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 24 de diciembre de 1991, donde son sometidos a tratamientos mas especializados y medidas tutelares mas completas para que en el momento oportuno puedan ser reincorporados de nuevo a la sociedad, como seres de provecho, siendo éste el primordial objetivo de la Ley en mención.

Naturalmente que tanto los procedimientos jurisdiccionales a que son sometidos los adultos, así como las medidas tutelares aplicadas a los menores delincuentes deben estar encaminadas a un contenido evidentemente moralizante; siendo diferentes las medidas a que son sometidos los menores cuando delinquen, deben darles un tratamiento especial en base exámenes periciales, tratamientos psicológicos, aplicación de medidas de orientación, protección y tratamiento para que pueda volver a incorporarse a la sociedad.

2.9 Culpabilidad.

El siguiente elemento subjetivo del delito de la definición del delito, que nos ocupa es el elemento culpabilidad, y como se estableció en el estudio del elemento anterior, que la imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad refiriéndose a la capacidad del sujeto para entender y querer en el derecho penal. Estableciendo el orden lógico de la definición del delito, se establece que una conducta no será delictuosa sin antes ser típica, antijurídica, imputable y culpable.

2.9.1 *Noción de culpabilidad*

Es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.

La definición que adopta el autor Villalobos al establecer: “La culpabilidad genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico, prohibiciones y mandatos que tienden a constituirlo y conservarlo, siendo el desprecio que se manifiesta por la franca posición al dolo o desatención nacidas del desinterés del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa”.⁶²

Para el autor Porte Petit, define a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.⁶³ Esta definición que adopta este autor, es relevante en cuanto a los delitos dolosos, pero no en cuanto a los delitos culposos o no intencionales en los que no se quiere el resultado.

Considera el autor Fernando Castellanos que la culpabilidad “es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto”.⁶⁴

El autor Gustavo Malo Camacho, considera a la culpabilidad como “el reproche hecho a una persona por haber cometido un injusto, es decir, por haber realizado una conducta típica y antijurídica.”⁶⁵ El reproche en mención, es la reprobación por cometer el

⁶² Villalobos. Op. Cit. Pág. 283

⁶³ Porte Petit. Op. Cit. Pág. 49

⁶⁴ Castellanos Fernando. Op. Cit. Pág. 234

⁶⁵ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1997. Página 521

ilícito penal, por que la persona no acató lo ordenado por la norma habiendo podido hacerlo, actuando contra el Derecho, se hace acreedor al reproche de culpabilidad señalado.

Al autor de la conducta delictiva, le debe sobrevenir el reproche de culpabilidad por su acto que al respecto le formula el propio Estado, previamente analizados por el juzgador, las características subjetivas del agente, las motivaciones y la forma en que se dieron los hechos, que permiten afirmar la responsabilidad penal del autor, elemento esencial sin el cual no es posible llegar a declararlo culpable; o bien, determinar el grado de culpabilidad a que se haga acreedor.

2.9.2 Teorías sobre la culpabilidad.

Existen dos principales teorías a cerca de la naturaleza de la culpabilidad, siendo la teoría psicologista y la normativa.

Teoría psicologista.

Esta teoría funda básicamente la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo. La culpabilidad es el nexo psicológico que existe entre la conducta y el resultado, significando con ello querer el delito y querer el resultado delictivo; en esta teoría deja la valoración jurídica para la antijuridicidad y teniendo como esencia de la culpabilidad únicamente al proceso intelectual – volitivo, que se desarrolla precisamente en el sujeto activo, estableciendo como único fin de la culpabilidad, que se tiene que hacer la valoración psicológica del sujeto activo, para que se pueda investigar en concreto, cual ha sido el fin de realizar la conducta, referente a su resultado objetivamente delictuoso. En esta teoría para los psicologistas la culpabilidad se agota solo en el hecho psicológico.

Para Franz Von Liszt, en su escuela clásica, la culpabilidad la definió como: “La relación psicológica entre el sujeto y su hecho” en donde situaba a la imputabilidad como presupuesto y por otra parte, el dolo y la culpa como especies de culpabilidad.

Teoría normativa de la culpabilidad.

La teoría normativa entiende a la culpabilidad como el juicio de reproche dirigido al autor del injusto (conducta típica y antijurídica), por haber realizado la conducta delictuosa, en base a su capacidad de autodeterminación y para conducirse conforme a lo que establece la norma, esto es, una conducta es culpable, si un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o con culpa y el orden normativo exija una conducta diversa a la realizada.

Respecto de esta teoría, la autora Irma Griselda Amuchategui, establece: “La base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la Ley, y que es dirigida a quienes tienen capacidad para obrar conforme a la norma a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche”⁶⁶

Esta teoría normativa consiste en fundamentar la culpabilidad, esto es, el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad a los sujetos capacitados para actuar conforme a lo que el orden jurídico le exige, la exigibilidad sólo se obliga a los sujetos imputables para que puedan dirigirse conforme a lo ordenado.

⁶⁶ Amuchategui Requena, Irma. Op. Cit. Página 82

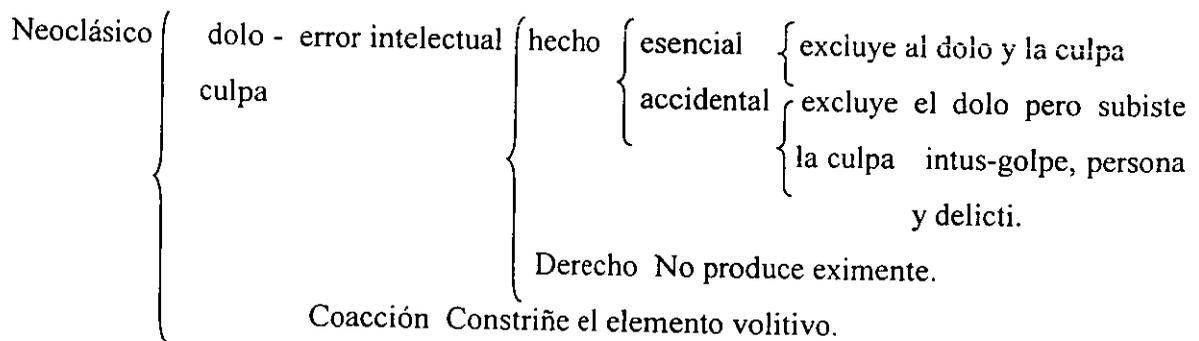
2.9.3 *Evolución histórica del elemento Culpabilidad.*

En el año de 1906 Reinhard Von Frank, nace su obra enfocada en la “culpabilidad”, estableciendo que el sujeto además de relacionarse con su hecho, se relaciona también con el orden normativo, tan es así, por que la norma exige el cumplimiento de una conducta determinada; a demás, es un “Juicio de valor o de reproche” que se le es fincado a aquel sujeto que siendo imputable obra con dolo o con culpa, actuando diferente con lo que la norma jurídica le ordena.

En la escuela neoclásica, apoyada por Zudhona, estudió a la culpabilidad estableciendo: “Es un juicio de valor que tiene un contenido que es precisamente su objeto, siendo el dolo y la culpa; por lo tanto, el juicio de valor y su objeto no pueden ser la misma cosa, por lo que el objeto debe estar en otro lado y no dentro de la culpabilidad, que es el juicio de valor que no pueden ser lo mismo”.

En el sistema neoclásico, los elementos de la culpabilidad son la imputabilidad, el dolo y la culpa; y el otro elemento que es la exigibilidad, donde el dolo y la culpa se traducen en un juicio de valor desde el punto de vista subjetivo, entonces para fincar el juicio de reproche es necesario acreditar la imputabilidad.

El dolo y la culpa en el que podía aparecer el error intelectual o la coacción; en el caso del primero (intelectual), se clasificaba en error de hecho y error de derecho, en el error de hecho se clasificaba a su vez, en esencial y accidental, donde en el esencial excluye al dolo y la culpa, pero en el accidental excluye al dolo pero subsiste la culpa como lo es: “intus-golpe” “intus- persona” “intus delicti.” En el error de derecho no se produce eximente de responsabilidad y con lo que respeta a la coacción, se constriñe el elemento de la voluntad.



La exigibilidad se traduce en que un sujeto imputable, un sujeto capaz, se encuentra obligado a comportarse de acuerdo con lo que la norma exige a observar la conducta exigida - a esto Reinhard Von Frank le llamaba motivaciones y Feurbach le llamó exigibilidad - a lo que en el sistema penal nuestro, no hay exigibilidad, solo radica el error de hecho, de derecho y la coacción como inculpabilidad.

Welzel, iniciando el finalismo, apoyado en Hegel, establecían sobre el concepto de acción, que tenía dos factores que formaban una unidad, estableciendo "el concepto óntico de la acción", que es precisamente tomar de la acción sus dos factores (factor externo e interno) definiendo al primero como el movimiento corporal voluntario positivo o negativo, y respecto del factor interno lo definieron como lo que el sujeto quiere o pretende, con su movimiento corporal, llamando a este factor "Responsabilidad"; sin cambiar la culpabilidad, Welzel, saca el factor interno de la culpabilidad para establecerlo dentro de la acción.

Feurbach, le llamó a la culpabilidad "exigibilidad", donde el sujeto tiene la posibilidad de comportarse de acuerdo con lo que la norma exige y a éste consecuentemente se le finca un juicio de reproche desde el punto de vista subjetivo, quien lo realiza el Juez reprochando la conducta y el juicio de la antijuridicidad lo hace la ley a través de las causas de justificación.

2.9.4 Formas de Culpabilidad

Para poder fincar el juicio de reproche el sujeto debe ser imputable, obrar con dolo o con culpa, actuando de manera diferente a lo que la norma exige; estableciéndose las así las formas de vinculación del sujeto con el orden normativo que son: el dolo, la culpa y la preterintención, según como lo establece el artículo 40 del Código Penal Vigente en nuestro Estado y teniendo en cuenta la voluntad del agente, ya sea que la dirija conscientemente a la ejecución de la conducta tipificada en la Ley como delito, o bien, cause igual resultado por medio de negligencia o imprudencia.

2.9.4.1 El dolo

En forma muy clara establece nuestro código Penal en su artículo 41, en el que establece: “Obra con dolo quien quiere la realización del hecho legalmente descrito, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible”⁶⁷

El dolo, consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento de la antijuridicidad del hecho, llamándose en la doctrina actual como *delito intencional o doloso*.

El agente que actúa con dolo, tiene la notoria voluntad dirigida a la ejecución de un delito o bien, simplemente intención de ejecutar un hecho delictuoso, para producir un resultado antijurídico.

Elementos

Los elementos que contiene el dolo son dos: el primero llamado *intelectual* o también llamado ético, consistente en saber que se quebranta la norma jurídica, es decir, el

⁶⁷ Guanajuato. Código Penal.

deber y el otro elemento es el *volitivo*, también llamado emocional, que se traduce precisamente en querer el resultado, es tener la voluntad de realizar la conducta antijurídica.

En la teoría finalista, la cognoscibilidad de la antijuridicidad es el conocimiento de que se quebranta el deber que es el elemento del dolo.

Clases

Esencialmente el dolo puede aparecer en diversas formas, que pueden ser: directo, indirecto, eventual e indeterminado. En la doctrina penal, existen varias clasificaciones del dolo, que según cada tratadista así lo considera conveniente estableciendo sus propias clasificaciones, y tomando en consideración al autor Fernando Castellanos, de acuerdo a su clasificación establece:

Dolo directo. Es aquel que cuando el resultado coincide con la voluntad o intención del agente y la certeza de un resultado, hay voluntad en la conducta y se quiere el resultado. (el que quiere robar un determinado auto y lo roba)

Dolo indirecto. Es aquel que se quiere la obtención del resultado, pero también, se tiene la certeza de que además del resultado querido se va a obtener otros resultados penalmente tipificados y estos se prevén como ciertos y si se consienten también son queridos. (Al que para dar muerte a una determinada persona coloca una bomba en el edificio donde se encuentra éste, teniendo la certeza de que perderán la vida otras personas y se destruirá el edificio.)

Dolo eventual. Es aquel en que se quiere un resultado delictivo, pero se prevé en la posibilidad de que se produzcan otros resultados no queridos directamente, (en el caso del incendiario de una bodega en donde sabe que posiblemente esté el velador) se tiene la posibilidad de ocasionar daños mayores y a pesar de ello no se abstiene de actuar.

Dolo indeterminado. Es en el que se tiene el afán de delinquir por delinquir, sin que el agente se proponga un determinado delito en especial, en el que actúa aún sabiendo que se producirán resultados delictivos sin saber en específico qué delitos realizará. (Los terroristas)⁶⁸

2.9.4.2 Culpa

Como segunda forma de culpabilidad, se tiene a la culpa, y ésta ocurre cuando se causa un resultado típico sin tener la intención de producirlo, pero se ocasiona solo por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, debiendo ser previsible y evitable, lo que normalmente se le llama delito culposo o imprudencial.

La culpa es definida por la ley sustantiva penal en la que establece que: “Obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito, por inobservancia del cuidado que le incumbe, de acuerdo con las circunstancias y condiciones personales y, en el caso de representárselo como posible, se conduce con la confianza de que no ocurrirá.”⁶⁹

En otras palabras obra con culpa aquel que actúa sin observar los cuidados que la norma le exige para vivir en la colectividad; por otra parte el autor Fernando Castellanos afirma que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero este surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego por negligencia o imprudencia, las precauciones legalmente exigidas.⁷⁰

⁶⁸ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 245

⁶⁹ Guanajuato. Código Penal.

⁷⁰ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 246

Clases de culpa.

Consciente También llamada con previsión o con representación, existe cuando el sujeto activo prevé como posible el resultado típico, pero no lo quiere y tiene la esperanza de que no se producirá.⁷¹ Es consciente cuando se prevé que se puede dar un resultado típico con la conducta que se esté realizando.

Inconsciente Conocida como culpa sin previsión o sin representación, se realiza cuando el sujeto activo no prevé el resultado típico y realizando la conducta sin pensar que puede ocurrir el resultado típico; dicho de otra manera, no se prevé lo que es previsible y evitable.

2.9.4.3 Preterintención

En esta tercera forma de culpabilidad, el resultado típico sobrepasa la intención del sujeto activo del delito. Tal forma de culpabilidad es señalada en el Código Penal Vigente para nuestro Estado en su artículo 43 definiéndola como: “obra con preterintención quien causa un resultado mayor al querido o aceptado, si el mismo se produce culposamente”.⁷²

En la preterintención se realiza con la combinación de ambas formas de culpabilidad, (dolo y culpa) para que pueda considerarse como preterintención, donde empieza a actuar el sujeto activo dolosamente y la conducta típica termina realizándose culposamente, sancionando así la conducta delictiva como una forma autónoma de culpabilidad y además de atribuírsele una especial sanción; y más aún, el Juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable si el delito no fuere intencional.

Se cuestiona mucho el porqué los delitos llamados imprudenciales, si el sujeto activo no tiene la intención de causar un daño o afectar un bien jurídico; existe para ellos una pena, siendo la respuesta más lógica en el que el sujeto deja de tener la cautela o

71 Amuchategui Requena, Irma. Op. Cit, Pág. 84

72 Guanajuato. Código Penal

la debida observancia o las precauciones exigidas por la ley para evitar algún daño a los bienes jurídico protegidos por la Ley; lo que por ello se sanciona al responsable del ilícito, aunque no haya tenido la intención de realizar el delito y además el Estado no quedaría en estado de abandono jurídico en el supuesto de no castigarse a los responsables de los delitos imprudenciales.

2.10 *Aspecto Negativo: Inculpabilidad*

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad y opera al hallarse ausentes los elementos de la culpabilidad.

Por una parte tenemos el error que afecta el elemento intelectual y por otro lado se tiene la coacción que afecta el elemento volitivo.

Se anula el elemento de la culpabilidad o no puede integrarse, al faltar uno de sus elementos constitutivos; si bien es cierto, la culpabilidad se forma con sus dos elementos que son el conocimiento y la voluntad, solo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores o ambos, así como tampoco será culpable una conducta si faltase alguno de los elementos del delito.

La autora Irma Griselda Amuchategui establece su definición a cerca de la inculpabilidad en la que menciona: “ La ausencia de la culpabilidad, significa falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento de hecho.”⁷³

Esto es, que para que un sujeto sea considerado culpable, precisa en su conducta la intervención forzosa del conocimiento y de la voluntad, esto equivale entonces, a que la

⁷³ Amuchategui Requena, Irma. Op. Cit. Pág. 86

inculpabilidad deberá ponderar exclusivamente a esos dos elementos: *intelectual y volitivo*, que deben subsistir para la perfección del delito, los dos elementos.

2.11 *Punibilidad*

El último elemento a analizar es la punibilidad, que se define como: “el señalamiento de una pena, que va de un mínimo a un máximo, en la que el Juez podrá moverse entre ese margen.”

Para imponer el Juez la pena que estime mas justa; que deberá ser de tres días a treinta años de prisión, de acuerdo con el Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato y una vez concretizada la pena a imponer, se caracteriza como “punición”.

También la punibilidad es definida como la calidad de la conducta que se hace merecedora de la pena.

La punibilidad es definida por el autor Gustavo Malo Camacho quien da una definición muy bien acertada que al respecto menciona: “La punibilidad se entiende como la necesidad y posibilidad concreta de aplicación de la pena”⁷⁴

La punibilidad deriva de la coerción jurídica – penal, que ejerce el Estado como una de las manifestaciones de la potestad punitiva, siendo la manifestación más típica de todo orden jurídico que es precisamente la “coercibilidad” de la norma jurídica; y en el caso concreto del derecho penal implica la “punibilidad” a lo que equivale a la facultad punitiva del Estado o llamado *Ius puniendi*, que viene a constituir una de las manifestaciones mas claras y evidentes de la soberanía que posee el Estado.

En razón a todo el estudio que se ha realizado en relación al análisis de los elementos del delito y a que, tienen que prevalecer todos los elementos para que se llegue a considerar como tal, se da entonces la calidad a un sujeto para que se le imponga la pena.

⁷⁴ Malo Camacho, Gustavo. Op. Cit. Pág. 577.

Debe de existir en el criterio de cada Juzgador la valorización del sujeto a quien se le vaya a imponer la pena, fuera de toda cuestión legal, examinar a la persona en cuanto al porqué de su conducta y a las acciones que lo llevaron a realizar tal actitud, que vendría siendo el estudio relativo a la individualización de a la pena.

Definición de Pena.

Es la restricción o privación de derechos que se impone al delincuente, por haber realizado una conducta que la ley penal defina como delito, implicando un castigo dirigido al sujeto activo y estableciendo una protección a la sociedad.

Definición de sanción.

Generalmente, éste término es utilizado como un sinónimo de la pena, pero en realidad el término sanción, corresponde a otras ramas del derecho que llega a ser un castigo o carga para quien quebranta una disposición distinta a las establecidas en el campo del derecho penal, siendo que la sanción se llega a caracterizar por el órgano que la impone, que es propiamente una autoridad administrativa, tales como una multa o la clausura de un establecimiento.

Las penas a las que están sujetos quienes han cometido un delito, no son solo la privación de la libertad, sino a demás, existen otras como lo es la sanción pecuniaria, el confinamiento, etc.

Las medidas de seguridad

En el derecho penal, conjuntamente con las penas, se establecen las medidas preventivas, o de seguridad como lo son el confinamiento, confiscación de cosas peligrosas o nocivas, vigilancia de policía, medidas tutelares para menores, reclusión de locos, sordomudos, degenerados o toxicómanos; consecuentemente se puede entonces hablar, de derecho penal represivo y derecho penal preventivo.

Las medidas de seguridad son de naturaleza diversa a las penas, no suponen la amenaza de un mal para el caso de que se cometa el delito, si no es, un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometerlo; mientras que la pena se infringe por un delito cometido, la medida de seguridad se impone como medio para evitarlo.

Para algunos autores las medidas de seguridad están relacionadas con el peligro que implican después de cometido el delito, esto es, en forma paralela al merecimiento de la pena y a menudo supone la privación de derechos básicos de la persona en un grado no menor al de la pena; y en la actualidad tanto las medidas de seguridad como las penas coinciden en procurar la prevención de los delitos.

En el artículo 46 del Código Penal vigente del Estado establece conjuntamente lo que son las penas y las medidas de seguridad.

Circunstancias atenuantes o privilegiadas

Son las consideraciones que de ellas hace el legislador para que, en determinados casos, la pena correspondiente a un delito se pueda disminuir.

Circunstancias agravantes

Son las consideraciones que hace el legislador, encontrándose contenidas en la ley, para modificar una pena y aumentarla, por ejemplo, cuando se lleva a cabo el homicidio calificado. Estas variantes obedecen a que la pena pueda variar de acuerdo a las circunstancias, para tratar que la pena sea mas justa y más severa.

Causas de extinción de la responsabilidad penal

Las causas de extinción penal son señaladas claramente por la ley penal sustantiva, mismas que el autor Sergio García Ramírez hace referencia al respecto: “ Cesa el poder del Estado – cuyo título es la sentencia – de ejecutar la pena o medida, pierde eficacia la sentencia.”⁷⁵ Estas causas son:

I. *La muerte del delincuente*. Esta causa de extinguir la responsabilidad penal, es una situación biológica y natural que lógicamente da por terminada la penalidad correspondiente al dejar de existir la persona a quien va dirigida, además de que las sanciones no son heredables.

II. *Amnistía*. Implica el olvido del delito y que es otorgado por el poder Legislativo con la finalidad de restablecer un ambiente social adecuado, extinguiendo las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño.

III. *Perdón del ofendido o el legitimado para hacerlo*. Solo procede en los casos en que el delito es perseguible por querrela de parte y procede hasta antes de dictarse sentencia.

IV. *Reconocimiento de la inocencia del sentenciado*. Cuando aparezca que el sentenciado es inocente, extinguiendo consecuentemente la reparación del daño. Esta causa de extinción se le llamaba anteriormente indulto. Esta causa sólo es concedida a quienes después de haber sido sentenciados se comprueba ser inocentes y solo a manera discrecional el Poder Ejecutivo la podrá otorgar.

⁷⁵ García Ramírez, Sergio. Derecho Penal. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1990. Pág. 107

V. *La rehabilitación*. Es cuando se reintegra al condenado en los derechos civiles, políticos y de familia que fueron perdidos en virtud de la sentencia dictada en un proceso.

VI. *Prescripción*. Es una consecuencia jurídica que nace como resultado, del solo transcurso del tiempo, sea a partir de la comisión del hecho delictivo sin haber ejercitado acción punitiva o haberla suspendido o por no haberse ejecutado la sanción.

VII. *El cumplimiento de la pena misma o de la medida de seguridad*. Es la forma más lógica y normal de extinguir la responsabilidad cuando se ha cumplido con la pena impuesta.

2.12 Aspecto Negativo: *Excusas Absolutorias*

Las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró que para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carece de punibilidad. En la legislación penal mexicana, existen casos específicos, en que reúnen todos los elementos, como la conducta, típica, antijurídica, imputable y culpable, donde la ley expresará claramente cuando la conducta no sea punible.⁷⁶

⁷⁶ Amuchategui. Op.Cit. Pág. 92

Capitulo III

Aspectos generales del delito de Tráfico de Menores.

3.1 *La denominación del delito*

En el artículo 199 bis del Código Penal vigente en nuestro Estado, llamado así como el delito de Tráfico de Menores, manifiestan coincidencia en cuanto a su denominación; la denominación se sustenta en base a la venta de que es objeto el menor, comercio de infantes, entrega del menor con fines de lucro.

Los diccionarios de la lengua española definen por “Tráfico: comerciar, negociar con el dinero y las mercancías, comerciar con los valores morales como si fueran mercancías.

La locución traficar proviene del latín transfigicare, que significa cambiar de sitio.

La connotación que en la semántica tiene el término "tráfico", significa acción de "traficar"; y "traficar": comerciar, negociar con dinero y las mercaderías.⁷⁷

A diferencia de la definición anterior; el Diccionario Enciclopédico Larousse, respecto al término "tráfico" dice que es: comercio ilegal y clandestino; y "traficar", negociar, realizar operaciones comerciales generalmente ilícitas y clandestinas.

De manera que el término " tráfico" utilizado como costumbre por los estudiosos del derecho y por quienes están encargados de la investigación de los delitos, al hablar del

⁷⁷ Diccionario de la Real Academia Española.

delito de Tráfico de Menores, en el artículo que lo trata, se refiere al comercio en general, ilícito y clandestino que lleva a cabo el sujeto activo en relación con los menores, con los que se pretende cometer el ilícito, es decir que, quien realiza esa acción obtiene un lucro.

Por tanto, para los fines de la denominación del tipo penal, por Tráfico de Menores se entiende entonces; como el cambio, el desprendimiento del seno familiar al que pertenece el menor y de la situación de la esfera de sus derechos, a través de su comercialización, de que es objeto por parte de los sujetos activos.

3.1.1 Diferencia entre Tráfico y Traslado.

Suele prestarse a confusión el término de Tráfico y Traslado, ya que ambos vocablos son términos distintos.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término "trasladar" como llevar o mudar a una persona o cosa de un lugar a otro; y que "llevar" significa "Transportar, conducir una cosa de una parte a otra". Por tanto, "trasladar" y "llevar", son vocablos que tienen el mismo significado, mientras que el término "tráfico" utilizado por la ley, se refiere al comercio en general ilícito y clandestino.

En los términos en que está redactado el delito de "Tráfico de menores", de manera que acorde con su significado literal, el propósito de tráfico que señala el dispositivo en comento, se refiere a realizar operaciones comerciales, ilícitas y clandestinas, con los menores de edad con el que pretenden realizar tal ilícito.

3.2 *La minoría de edad.*

En el dispositivo legal en mención, solo se habla de la entrega de un menor, pero no se da indicación alguna respecto a lo que por tal se debe entender, lo que da origen a graves confusiones y a muy diversas interpretaciones, porque habría de acudir a otros preceptos legales, específicamente a la codificación civil, para saber y desentrañar el significado del menor que literalmente contiene el precepto, o bien entenderlo en el sentido coloquial o con el contenido que a éste vocablo se le asigna corrientemente.

Dando todo ello como resultado, que se entiende como menor aquél que no ha cumplido los dieciocho años edad, en la que se supone que la persona ya obtuvo la condición de desarrollo físico y mental para determinarse por sí sólo, y hasta no cumplir con la mayoría de edad una persona podrá ser sujeto pasivo de éste delito.

Bien podría hablarse de Infante, cuyo significado según los diccionarios de la lengua española, para los efectos interpretativos de este término, lo definen diciendo que se entiende por infante al niño menor de siete años, pero entonces, quedarían desprotegidos a menores de dieciocho y mayores de siete años edad; o bien puede ser procedente establecer una edad límite en la cual podría tener una facilidad de comisión el tráfico del menor mediante su venta o sin ésta, para cambiarlo de su núcleo familiar.

En las jurisprudencias que establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre los delitos en los que interviene un menor, como es el caso del robo de infante, establece que el sujeto pasivo sea menor de doce años al momento del delito, para que se integre, entre otros elementos el ilícito penal.

El Código Civil vigente para el Estado de Guanajuato, en el artículo 694 y 695 establece, que la mayoría de edad comienza a los dieciocho años, donde podrá hasta entonces disponer de su persona y de sus bienes.⁷⁸

Desprendiéndose entonces de lo que menciona nuestro Código Civil, que será menor de edad desde su nacimiento hasta el momento en que cumpla dieciocho años, en que el menor pueda ser objeto de éste ilícito.

3.3 *La Patria Potestad.*

La patria potestad es definida como el conjunto de facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen, en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria.⁷⁹

Algunos autores distinguen, en relación con la patria potestad, dos aspectos; uno de ellos, referido a la protección de los intereses materiales (asistencia protectiva) y otro a la de los intereses espirituales (asistencia formativa, particularmente dedicada a la educación del menor)

Se ejerce la patria potestad sobre las personas y los bienes de los hijos, donde su ejercicio está sujeto la guarda y educación de los menores, a las modalidades en que se dicten las resoluciones, esto de acuerdo con la ley sobre protección social de la delincuencia infantil en el Distrito Federal.

Más que un poder, es actualmente la patria potestad una verdadera función, pues en el transcurso del tiempo ha evolucionado, perdiendo el carácter acusadamente autoritario que tuvo en el derecho romano y en el germánico; hasta llegar convertirse en una institución

⁷⁸ Guanajuato. Código Civil.

⁷⁹ De Pina Vara, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. Pág. 375. México. 1995

destinada a la defensa de la persona y bienes del menor, a la que no es extraña la intervención del Estado.

Esta intervención dada como una manifestación del interés público, que se reconoce actualmente, con absoluta unanimidad, por los sociólogos y los juristas, en la institución familiar, y como consecuencia de la necesidad que existe de que ésta institución se desarrolle normalmente y cumpla de este modo sus fines característicos; entre los cuales se refiere a la protección de los menores, para lo cual en bastantes ocasiones se requiere la acción directa de la autoridad estatal.

La patria potestad es una institución civil matizada por el influjo de la moral, y en la cual los derechos de quienes la ejercen se justifican en cuanto son necesarios para el cumplimiento de los deberes que les corresponden.

La patria potestad no es renunciable, pero el Código Civil faculta a quienes corresponde ejercerla a excusarse, bien porque tengan sesenta años cumplidos; bien porque por su mal estado habitual de salud no puedan atender a su desempeño.

La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce y como nuestro Código Civil así lo establece, será sucesivamente, por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela paternos y finalmente, por el abuelo y la abuela maternos.

En el caso de los hijos adoptivos la patria potestad la ejerce únicamente la persona o personas que le adoptan, como consecuencia natural de la adopción; cuando se trate de los hijos nacidos fuera del matrimonio, cuando los dos progenitores lo hayan reconocido y vivan juntos, ambos podrán ejercer la patria potestad, pero si viven separados y lo hayan reconocido en el mismo acto, se podrá convenir cuál de los dos ha de ejercerla; en caso de que no lo hicieran resolverá el Juez que corresponda.

Cuando viviendo los padres separados el reconocimiento se efectuó sucesivamente ejercerá la patria potestad el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniese otra cosa con los padres, y siempre que el juez del lugar no crea necesario modificar el convenio mediante causa grave.

Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden legal establecido. En el caso de que sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercerla, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.

El Código Civil determina que la patria potestad se pierde cuando el que la ejerce es condenado a la pérdida de ella, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; en los casos de divorcio en que el juez deberá fijar la situación de los hijos en la sentencia que lo declare.

Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos; aunque estos hechos no cayeran bajo la sanción de la ley penal, y por exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses son causa de la pérdida de la Patria Potestad.

3.4 *La Custodia.*

El último párrafo del artículo 282, establece un principio general, rector de la decisión de guarda y custodia de los menores de siete años, consistente en que éstos deben permanecer al lado de su madre "... salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos ...".⁸⁰

⁸⁰ Distrito federal. Código Civil.

El espíritu de este principio, evidentemente, tuvo como sustento que el legislador atendiera a la realidad social y a las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, que en términos generales, corresponde a la madre la atención y cuidado de los menores; legalmente la madre tiene a su favor la presunción de ser la más apta para cuidar a los hijos procreados, a menos que el padre demuestre que la conducta de aquélla puede ser dañina a la salud e integridad de los hijos.

Es pertinente destacar que si bien el artículo 4o. de la Constitución General de la República, estatuye que el hombre y la mujer son iguales ante la ley, lo cierto es que la norma constitucional reconoce un régimen propio en lo que se refiere a las cuestiones familiares, dado que al respecto puntualiza que los padres "... protegerán la organización y el desarrollo de la familia ...", de lo cual se desprende claramente que en este aspecto en particular, debe atenderse fundamentalmente a las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y, dentro de este concepto en su último párrafo, tendiente a la protección y desarrollo de los menores; aspectos que recoge el legislador y los plasma en el artículo mencionado.

Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente, procurándoles la satisfacción de sus necesidades.

3.5 Concepto de tutela

La tutela es un cargo de interés Público, del que nadie puede eximirse, sino por una causa legítima. Es definida como "la guarda de la persona y bienes de los que, no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos", pudiendo también tener por objeto "la representación interina del incapaz en los términos especiales que señala la ley".

En la tutela – según la disposición expresa del artículo 518 del Código Civil – cuidará referentemente de la persona del incapacitado.⁸¹

Entre la patria potestad y la tutela existen semejanzas y diferencias que la doctrina señala, estableciendo el autor Clemente Diego, que ambas figuras tienen el mismo fin, que es la protección de la persona e intereses del incapacitado; pero tienen ciertas diferencias, una de las más importantes consiste en que, la patria potestad es la institución principal para el incapaz por edad, emanada de la misma naturaleza y establecida por el derecho natural; en tanto que la tutela es la institución secundaria para el incapacitado por edad (que no está bajo la patria potestad en que suple a ésta) y para todos los incapacitados.⁸²

De aquí – escribe el maestro citado – se desprende el verdadero concepto de la tutela. Si la patria potestad es el poder de protección reconocido en los padres respecto a los hijos, la tutela es el poder acordado a algunas personas para la defensa de aquellos que por su edad o por otra causa de incapacidad no pueden proveer a sí mismos y a sus bienes; siendo organizado por la ley para suplir el efecto de capacidad, en favor de los menores a quienes falta la protección natural de la patria potestad, ora en los incapacitados todos en general.

3.5.1 Personas sujetas a la tutela

La determinación de quienes se encuentra sujetos a tutela requiere una fijación expresa.

De acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal, se hallan sujetos a tutela:

⁸¹ Guanajuato. Código Civil.

⁸² De Diego Clemente. Citado por De Pina Vara Rafael. Instituciones de Derecho Civil, Vol. II. P. 582

I. Los menores de edad. II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan una infección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación o la alteración en la inteligencia que esto les provoque, no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio. Esta nueva definición excluye de los incapacitados a los sordomudos que no sepan leer ni escribir.⁸³

La tutela legítima de los menores tiene lugar cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario, o cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio. Corresponde a los hermanos, de preferencia a los que sean carnales, y sólo por falta o incapacidad de los hermanos, a los parientes colaterales, dentro del cuarto grado.

3.6 Protección constitucional del menor.

Dentro de nuestra Ley Suprema, se elevó al rango de garantía constitucional, la protección constitucional del menor, en el artículo 4º, párrafo último, concebido en los siguientes términos:

“Es deber de los padres preservar el derecho de los menores, a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas.”⁸⁴

Ignacio Burgoa señala, que ésta disposición consigna meras declaraciones cuya operatividad práctica depende de la legislación secundaria que establezca la manera de cumplir las obligaciones a favor de los menores, a cargo de los padres y de las instituciones especializadas, así como las sanciones que se puedan imponer por su incumplimiento; y

⁸³ Distrito Federal. Código Civil.

⁸⁴ México. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

por referirse a los derechos de los menores, sí justifica su rango constitucional como declaración dogmática de carácter social. La protección del menor ha sido la motivación y soporte de varios ordenamientos secundarios en cuanto a su situación civil, penal, educacional y laboral, por lo que, para revestirla con mayor fuerza y responsabilidad, se elevó al rango mencionado. Además, que en la exposición de motivos de la iniciativa presidencial, origen de la declaración mencionada, se deducen diversos precedentes internacionales en que se determinó tutelar a los menores jurídicamente.⁸⁵

Ante la panorámica del nacimiento y evolución de las garantías sociales en nuestro país, es de destacarse que el artículo 4º constitucional está exigiendo que se le complemente con el señalamiento del deber de los padres para preservar los derechos del menor y la protección subsidiaria que al mismo propósito presten las instituciones públicas; ello debe ser así, aceptando las declaraciones de carácter internacional que se han sucedido y que ha hecho propias al Estado Mexicano.

En efecto, en 1924 la Sociedad de las Naciones Unidas, se refirió a la necesidad de atender al ser más indefenso de la sociedad, como lo es el niño; consideración nuevamente adoptada por la Organización de las Naciones Unidas al proclamar el 20 de noviembre de 1959, la Declaración Sobre los Derechos del Niño.

Después, cerca de 20 años y con el interés de subrayar los alcances de aquella Declaración, el 5 de agosto de 1976 la Asamblea General de las Naciones Unidas instituyó el de 1979 como el Año Internacional del Niño; solicitándose a los países miembros que revisaran las acciones internas, la estrategia establecida y las disposiciones legales existentes, a fin de procurar nuevos programas a beneficio de la niñez buscando su mayor bienestar.

⁸⁵ Burgoa Orihuela, Ignacio. Las garantías individuales. Editorial Porrúa. Pág. 276. México.

3.7 Bienes jurídicos tutelados en el delito de Tráfico de Menores

El delito de Tráfico de Menores pretende frenar conductas consistentes en el cambio de situación de la esfera de derechos del menor, a través de su comercialización de que es objeto; por una parte se reprime la conducta significativa en la comercialización del menor con propósito de lucro y aún sin él, lesionando el orden familiar del menor, la libertad y sobre todo seguridad del propio menor.

La prohibición que a la conducta se hace, tiene la finalidad de evitar la afectación de la esfera jurídica del orden familiar, así como la afectación de la libertad y seguridad del menor.

De tal modo que la figura típica relativa al Tráfico de Menores, comprende a todos éstos valores y su prohibición de afectación refleja en la protección a la libertad del menor como derecho natural del que goza el hombre y la repercusión del orden familiar que trae como consecuencia la salida del menor de su núcleo familiar.

3.7.1 La tutela de la familia

Dada la complejidad de la institución de la familia legalmente constituida, preciso es caracterizar específicamente la faceta del grupo familiar que se tutela en el delito de Tráfico de Menores.

La familia como núcleo principal de la sociedad, reviste una suma importancia, ya que es la base necesaria de las organizaciones sociales y como consecuencia, el fundamento mismo del Estado, al cual históricamente precede.

La familia, cuya evolución cubre un ciclo inmenso en la historia de la humanidad, ha atravesado por innumerables cambios sociales, y en su constante desarrollo llega hasta nuestros días en la forma en que se conoce; desde la época Romana, desprovista de la

rigidez y severidad exageradas, en la que se considera como una unidad poderosa al padre de familia en cuyo derredor giraba la vida de la misma y a quién se le atribuían poderes y una autoridad suprema, inclusive el derecho de vida y muerte sobre los miembros de ella.

La constante evolución a la que se ha sometido la familia y por la indudable benéfica influencia de nuevas concepciones aportadas por el cristianismo, en la actualidad se considera como el conjunto de personas que descienden de progenitores comunes y que se origina en el matrimonio, la filiación y la adopción como elementos necesarios para integrar la familia.⁸⁶

El objetivo que se pretende tutelar es la protección de los miembros del grupo familiar, específicamente a los menores descendientes, para tratar de evitar que estos sean vendidos materialmente por quienes tienen el deber y la obligación de su cuidado y la salida del menor mediante el tráfico constituye para éste, un cambio de estado familiar; afectándole primordialmente los lazos entre padres e hijo, vulnerando su derecho de seguridad y libertad en que se supone que el deber de padres es el amor y cuidado hacia los menores.

No obstante que exista el ánimo de obtener un beneficio económico, bien no puede existir ese móvil, y sin embargo también se hace salir al infante del seno familiar al que pertenece y de igual manera se le coloca en una situación diferente al que gozaba en su grupo familiar.

Por otro lado, más daño se ocasiona en el orden familiar cuando la salida del menor de la célula social, soporte el Estado, se hace sin el consentimiento de aquellos que tienen el deber y la obligación de proporcionar cuidados y protección de sus progenitores y de aquellos otros que tienden a proteger del menor, como lo son los tutores y de los que en un momento dado tienen la custodia del menor.

⁸⁶ González, Juan Antonio. *Elementos del Derecho Civil*. Editorial Trillas. Pág. 73

3.7.2 El bien jurídico de la libertad

La libertad que penalmente se tutela abarca la psíquica o de determinación, así como las físicas o de movimientos, sancionando la conducta en los delitos tipificados de los diversos Códigos punitivos, estableciéndose así dada la afectación del bien jurídico de libertad en sus diversos grados.

El sujeto de derecho es la persona humana a la cual es posible imputarle obligaciones jurídicas y concederle derechos subjetivos, de entre los cuales se encuentran la libertad.

Difícil es definir hasta qué punto termina nuestro derecho a la libertad, si por el solo hecho de nacer, como inherente al género humano y como parte de su naturaleza; nuestra Constitución ya nos otorga esa garantía de libertad y donde ella misma nos puede cortar ese derecho.

Jiménez Huerta establece: “ La libertad se da en la vida humana, específicamente y de un modo esencial. La Ley de la naturaleza no es la libertad sino la necesidad”.⁸⁷

La libertad podría definirse como la posibilidad de elegir, de optar en nuestras relaciones interpersonales surgidas en la vida privada y social; y esa libertad a la que somos acreedores, nos puede ser restringida al afectar la libertad de otro ser humano. Esta posibilidad es atributo de la persona y no presupone capacidad de entender sino al respeto mismo de las demás personas.

⁸⁷ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. T.III. Edit. Porrúa. México. Pág. 117.

La libertad de los seres humanos, en sus relaciones interpersonales es tutelada penalmente, aún antes de que adquieran aquellas condiciones psíquicas que les habiliten para consentir y decidir.

El derecho a la libertad subsiste en toda persona, de cualquier edad, sexo, condición, como derecho a no sufrir otras limitaciones que las que se deriven y nos imponga la propia ley, y que muchas veces se vulnera ese derecho por quienes tienen potestad sobre otra persona por razón de parentesco, de tutela o de custodia.

3.7.3 El bien jurídico de seguridad

Como principal objetivo del Estado es brindar a los gobernados, entre otros, la garantía de seguridad, en la que no podemos poseer una libertad plena sin antes no tener la seguridad de que podemos ejercer nuestros derechos, por esto, nuestra Constitución al brindarnos todo tipo de seguridad, tan es así que, al momento de nacer ya obtenemos derechos y quienes están obligados a que cuiden de los derechos del menor son primeramente los padres, a quien el Estado ha encomendado.

Es por ello que el Estado debe castigar con mas severidad y eficacia a través de los tipos penales que den lugar a la posible evasión de la Justicia, y penas más severas con que se castiguen a quienes violan los derechos primordiales de los menores, puesto que si no se tiene la seguridad en nuestro núcleo familiar, es difícil que pueda darse protección y cuidado en otro seno familiar.

3.7.4 Bien jurídico preponderante

Se ha dicho que la figura típica de Tráfico de Menores, participa de la tutela de tres valores jurídicos: la libertad, el orden familiar y la seguridad, por tanto, es importante determinar cual bien jurídico es el que tiene preponderancia en éste dispositivo penal.

De tal manera, se puede pensar que al menor se le afecta su libertad física, por parte de aquellos involucrados en la traficación del infante, pero también se lesiona a la institución familiar, al agredir a uno de sus componentes. Se considera que en el bien jurídico de libertad, lo que se afecta con la conducta, es aquella restricción a la libre disposición del ser humano por sí mismo, lo antijurídico de este tipo de conductas lesivas.

El menor es considerable apto como persona sujeta a derechos, se le es capaz de imputarle obligaciones y derechos subjetivos, de entre los cuales puede gozar del bien jurídico de libertad, pero ¿hasta qué grado de desarrollo psíquico y físico el menor tiene conciencia de sus valores fundamentales?, difícil es responder a este cuestionamiento. Sin embargo, la libertad civil de los menores incapaces existe y es tutelada penalísticamente aun cuando no tengan capacidad de obrar, y la voluntad de sus legítimos representantes es inoperante para invertir de legitimidad los actos que afecten su inminente libertad.

Entonces, por lo que respecta a la figura típica del Tráfico de Menores, tiende a evitar conducta que tengan como finalidad “comercializar” con el menor, en la que incluso existe la participación de aquellos sujetos que tienen el deber y la obligación del cuidado del infante, sujetos que tienen una relación familiar directa, los cuales se deshacen del menor y de las obligaciones de índole familiar que por naturaleza deben proporcionar y al disponerse del infante como si fuese un objeto cualquiera, le privan e impiden de sus derechos susceptibles en su ámbito familiar y la primordial libertad del mismo cuando es objeto de “enajenación”.

Cabe destacar que también se puede realizar la “venta” del menor sin el consenso de aquellos que tienen el deber y obligación para con su cuidado del menor, la entrega sin el consentimiento de los que ejercen la patria potestad o tengan a su cargo la custodia sobre el menor; poniéndose así de manifiesto la mayor relevancia del bien jurídico de la libertad, no obstante que operando ésta conducta se actualice una afectación al núcleo familiar del infante, como consecuencia necesaria de la salida del menor del seno familiar.

Por lo anterior en notoria despersonalización del menor al ser el blanco de ataques que lesionan su libertad, actuándose con la modalidad de “comercialización”, de tal modo que el valor tutelado con dispositivo penal prohibitivo; fundamentalmente se manifiesta en la protección de la libertad del infante como derecho natural del hombre y su consiguiente repercusión en el orden familiar, debiéndose ubicar el delito de Tráfico de Menores, en el Capítulo de ilícitos que tutelan la libertad y seguridad de las personas.

Capítulo IV

Evolución Legislativa del delito de Tráfico de Menores.4.1 *Antecedentes*

En todo tipo de sociedades al rededor del mundo, con diferentes culturas, formas de pensar, costumbres, ideologías y aún por más rígidas que éstas sean, la autoridad a la que están sometidas, tienden a proteger la libertad, seguridad, la vida y la tranquilidad, entre otros, de sus gobernados.

En el caso de nuestra sociedad mexicana, todos los intereses que protegen nuestras leyes, son de importancia incalculable, tanto para el Gobierno y los gobernados; sin embargo, cada uno de los bienes jurídicamente protegidos en especial, debe ser asegurable a toda costa por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia y tranquilidad misma del orden social.

De tal manera, que el Estado para garantizar y conservar el orden social, está facultado para el ejercicio de ius punendi sobre conductas que la sociedad organizada consideran que violan los deberes ético - sociales, puesto que es elemento fundamental para que sea admisible la tipificación de un delito, que exista una necesidad social digna de protegerse.

Así, esa necesidad social requiere darle intervención al Derecho Penal que tiene como objetivo inmediato la creación y conservación del orden social, de ahí el nacimiento de los delitos configurados para proteger los valores más fundamentales de la sociedad; de modo que, el derecho penal debe reaccionar e intervenir únicamente ante las modalidades de ataques que afecten bienes jurídicos y la protección de estos por parte del Estado, permitiendo el libre desarrollo del ser humano.

El delito es un hecho contundente que solo puede definirse con expresiones de gran generalidad, que debe formularse mediante elementos que configuren una conducta que afecte las ideas morales, que la ética social determine la intervención del Estado; debiendo ser concreto y contundente el legislador, al hacer los tipos penales que no sean confusos ni oscuros para no dar lugar a la generación de más delitos y consecuentemente a la impunidad.

Establece el autor Miguel Ángel García, que el derecho penal se caracteriza por proteger los valores más fundamentales del orden social, y es por ello que debe limitarse al castigo de conductas que violan esos valores; debiendo proteger a todos los bienes jurídicos contra los ataques más intolerables, teniendo como finalidad el asegurar tales bienes, penalizando su lesión en determinadas circunstancias, conservándose con ello el orden social.⁸⁸

En la actualidad han surgido conductas, que el sentir de la sociedad considera reprochables, nuevas formas de delinquir, conductas criminosas que afectan la conformación del núcleo familiar, base de la sociedad; afectando de cierto modo la libertad de personas que tienen una nula defensa a sus bienes jurídicos, tal y como acontece en el delito denominado Tráfico de Menores.

Siendo prácticamente un delito nuevo, en el que en tiempos pasados no era frecuente que se llegaran a dar éste tipo de situaciones, de modo que conforme a la evolución de la sociedad, surgiendo nuevas necesidades y problemas económicos severos; en los que los propios padres al no tener de donde obtener dinero, no tienen otra opción más que de sacar provecho en la venta de sus hijos o en el peor de los casos deshacerse de ellos.

Hoy en día el tráfico al que es objeto el menor, se da cada día con mayor aumento, aunado al robo de infantes, su comercio hacia el extranjero y el tráfico de órganos, poniendo así en peligro a éstos individuos en una esfera de lucro, corrupción, impunidad e

⁸⁸ García Domínguez, Miguel Ángel. Los delitos Especiales. Editorial Trillas, Pág. 23. 1987

infinidad de delitos con los que con ellos se realizan; siendo realmente preocupante el tema que nos ocupa, de la ignorancia y falta de preocupación por parte del legislador en cuanto a que éste delito está prácticamente olvidado tanto de parte de la misma sociedad y de nuestros legisladores.

4.2. El delito de Tráfico de Menores en el código penal para el Distrito Federal.

En el sistema jurídico mexicano existe la configuración del delito de Tráfico de Menores y dentro de los Códigos Penales que lo contemplan, se encuentra el Código Penal para el Distrito Federal.

En el Código Penal para el Distrito Federal, el delito de Tráfico de Menores se contempla en el artículo 366 ter, dentro del título relativo a la Privación Ilegal de la Libertad y otras garantías, cuyo texto establece.

“Al que con consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque esta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entregue a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le aplicará pena de prisión de dos a nueve años y de doscientos a quinientos días de multa.

La misma pena a que se refiere el párrafo anterior se aplicará a los que otorguen el consentimiento a que alude éste numeral y al tercero que reciba al menor.

Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable al que lo entregue será de uno a tres años de prisión.

Si se acredita que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, la pena se reducirá hasta la cuarta parte de la prevista en el párrafo anterior.

Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo inicial, la pena se aumentará hasta el doble de la prevista en aquél.

Además de las sanciones señaladas, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia, en su caso, a quienes teniendo el ejercicio de éstos, comentan el delito a que se refiere el presente artículo."

Este delito fue adicionado al ordenamiento penal en cita, mediante el decreto de fecha 30 de diciembre de 1983 y publicado en el Diario Oficial de la Federación del 13 de enero de 1984, cuya definición anteriormente descrita, es la misma que adoptó nuestra actual legislación en nuestro Estado.

En nuestra sociedad guanajuatense, como en las demás entidades federativas, se ha presentado casos de verdadero Tráfico de Menores, que son comercializados por quienes tienen el derecho y la obligación de hacerse cargo de ellos, conductas que en muchas ocasiones permanecen impunes; dado a que la conducta dada en la realidad no encuadra perfectamente con el tipo penal que la incrimina, en atención a la oscuridad que presenta éste tipo penal; incorporando, además, que a esta figura delictiva, los sujetos que reciben y entregan al menor tienen un trato especial para el caso en que la entrega o recepción del menor obedezcan a móviles nobles, que incluso pueden significar beneficio para éste.

4.3 El delito de Tráfico de Menores en el código penal del Estado de Querétaro.

En el Código Penal del Estado de Querétaro, el delito de Tráfico de Menores se encuentra tipificado en el artículo 213, comprendido en la sección segunda, Título único relativo a los Delitos contra la Familia y que literalmente expresa:

"Al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quién tenga a su cargo la custodia de un menor aunque esta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entregue a tercero para su custodia definitiva a

cambio de un beneficio económico, se le aplicará prisión de dos a nueve años y de cien a cuatrocientos días multa.

Las mismas penas se aplicarán a las que otorguen el consentimiento a que se refiere éste artículo y al tercero que reciba al menor.

Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable al que lo entregue será de uno a tres años de prisión.

Si se acredita que quién recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, se le impondrá prisión de tres meses a un año y veinte a ochenta días multa.

Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo inicial, las penas se aumentarán hasta el doble de las previstas en aquél.

A quienes teniendo el ejercicio de la patria potestad, tutela o custodia, cometan el delito previsto por éste artículo, se les sancionará, además, con privación de aquél y de los derechos de familia en relación con el ofendido”.

El presente delito fue publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Querétaro “La Sombra de Arteaga” de fecha 23 de julio del año de 1987, apreciándose que dicho precepto difiere sólo en lo relativo a las sanciones que establece en el Código Penal para el Distrito Federal y el de Guanajuato.

4.4 *Dispositivo penal propuesto por el H. Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato.*

Dadas las necesidades y los problemas que nuestro estado clama solucionar, nuestro Supremo Tribunal de Justicia, propuso el proyecto de inclusión del tipo penal de Tráfico de Menores, al Código Penal que nos rige, publicado en el Periódico Oficial del Estado con fecha del 20 de agosto de 1991; el cual quedó contemplado en el artículo 199 bis del Código Penal, dentro de la Sección tercera correspondiente a los delitos contra la familia.

Este ilícito fue adicionado a nuestro código Punitivo, con motivo de la Iniciativa de Reformas al Código Penal del Estado de Guanajuato, que fueron formuladas por el supremo Tribunal de Justicia; iniciativa que fue fundamentada en la fracción III del artículo 56 de la Constitución Política del Estado de Guanajuato, en la que se propuso la adición del artículo 199 bis, cuya figura típica contempla el Tráfico de Menores.

Se señaló en la exposición de motivos de dicha iniciativa “Que en nuestra sociedad se han venido presentando casos de Tráfico de Menores, en los que las personas sin vínculos de parentesco y al mismo tiempo aprovechando circunstancias especiales de la madre lo entregan a terceros con fines de lucro.”

Se afirmó también, “Que estos comportamientos carecían de un encuadramiento específico en la ley vigente y desde luego constituían un comportamiento de grave antisocialidad”, proponiendo la creación de una figura delictiva que permitiera combatir esa incidencia.

Se propuso crear un Capítulo Quinto dentro del rubro de los delitos contra la familia, así como la figura con su sanción correspondiente que literalmente expresa:

“Capítulo Quinto.- Tráfico de Menores.- Artículo 199 bis.- Al que con propósito de lucro entregue un menor a un tercero sin relación con la víctima, se le impondrá de dos a cuatro años de prisión y de cincuenta a cien días de multa.

Iguales sanciones se aplicarán a quién lo reciba con la misma finalidad de lucro.”

Esta iniciativa de Reformas del Supremo Tribunal de Justicia de nuestro Estado, provocó que el Quincuagésimo Cuarto Congreso Constitucional de esta Entidad, mediante el Decreto respectivo, optaron primeramente por la definición arriba descrita que adicionara el delito en comento en el Código Penal, pero la redacción que finalmente fue publicada contiene una estructura diferente a la que había propuesto inicialmente; pues por la que se optó no es del todo buena; y su redacción actual deja lugar a conductas que quedan impunes, no obstante lo anterior, se dio pauta para que el Código Punitivo respondiera a la nueva realidad de la sociedad guanajuatense.

4.5 Elementos que conforman la figura del delito Tráfico de Menores propuesta por el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato.

Resulta importante analizar los elementos configurativos del tipo penal que fuera propuesto inicialmente por el Supremo Tribunal de Justicia, que fue desechado, el delito Tráfico de Menores, dentro de la iniciativa de reformas del Código Punitivo de nuestra Entidad, interpretando cada uno de ellos, conforme a los razonamientos lógico jurídicos y posteriormente se analizará la estructura y composición de la redacción que hasta la fecha se encuentra en nuestro código punitivo.

4.5.1 Agentes activos del delito.

En la iniciativa que propuso el Congreso, sobre éste tipo penal, se refiere a un sujeto activo común primario, dicho individuo no precisa de alguna cualidad en específico en la comisión de la conducta, siendo que cualquier persona puede hacer la entrega del menor a un tercero.

Contempla también el dispositivo a un sujeto activo cualificado al que se le precisa como requisito que no tenga relación con la “víctima”, siendo éste, el tercero que recibe al menor, no debe tener relación con la víctima ninguna índole; y que de acuerdo al texto de la norma, la víctima es un miembro de la familia que tiene la calidad de menor; por tanto, el tercero debe ser un extraño de la familia del menor que se recibe mediante la entrega de una suma de dinero, quien hace una disposición patrimonial con el fin de tener para sí al menor.

4.5.2 Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito lo es la familia dada la pretensión de la inclusión del ilícito en el capítulo de delitos que la protegen, si afecta el orden familiar con la salida del menor de su seno familiar al cual pertenece; se afecta desde luego, el grupúsculo familiar disminuyendo su número, de tal manera que la familia resuite ser la “víctima” a que alude la figura típica y en consecuencia ser sujeto pasivo del delito.

En cuanto al menor, se puede afirmar que es el sujeto pasivo de la conducta, es quien reciente el tráfico, es quien sale de su seno familiar por medio de la comercialización.

4.5.3 Conducta

La conducta a que se refiere esta disposición legal propuesta, consiste en la entrega de un menor a un tercero.

La entrega a que se refiere debe hacerse al tercero, debe ser material, esto es, el menor debe ser dado al sujeto activo calificado cuya finalidad es la salida del menor de su ámbito familiar que le protegen, dicha entrega debe ser a cambio de una suma pecuniaria, a través de la comercialización.

4.5.4 Modalidad de la conducta del sujeto activo común y del sujeto activo calificado. Modalidad finalística.

La conducta precisa de una modalidad en la actuación del sujeto activo primario y del sujeto activo calificado, ya que además de celebrarse la entrega del menor y de su recepción de manera física, se requiere que exista el propósito finalístico de lucrar por parte del agente que hace la entrega del menor al tercero; de quién también se precisa, tenga el mismo ánimo de quién lo recibe, es decir, la recepción del menor debe tener como finalidad el lucro.

El ánimo de lucrar se entiende por la disposición de obtener un beneficio económico a fin de acrecentar un patrimonio mediante la acción de su conducta y deberá entenderse que el tercero que recibe al menor, hace un acto de disposición patrimonial, merma a su patrimonio, no obtiene ningún beneficio económico; pero sin embargo, obtiene para sí al menor por quien realizó el pago.

4.5.5 Modalidad temporal de la conducta

El dispositivo penal precisa de una modalidad temporal, se obtiene del término que se utiliza en la redacción del tipo por lo que corresponde al menor. La interpretación del término nos remite a la codificación se entiende que, un individuo es menor de edad desde el nacimiento hasta antes de cumplir la edad de dieciocho años, es decir, hasta antes de cumplir con la mayoría de edad; y por lo cual se entiende que el delito de Tráfico de Menores puede cometerse en el tiempo en que el sujeto pasivo de la conducta aún no cumple la mayoría de edad de dieciocho años.

4.5.6 Modalidad de la Culpabilidad.

La modalidad de culpabilidad que admite esta figura delictiva es única y necesariamente dolosa, dada la convergencia subjetiva que existe entre el sujeto activo

común al entregar al menor a un tercero, con el propósito de la entrega y recepción del menor sea con fin lucrativo; un consenso de realización consistente en el precio pagado a cambio de la obtención del menor.

4.5.7 Resultado del delito.

El delito de Tráfico de Menores tiene un resultado material, es una figura de daño, el menor sale del seno familiar al que es integrante, mediante una acción ilegítima y bastante reprochable; en virtud de la venta de que es objeto, la salida del menor provoca una disminución del grupo familiar, haciendo una afectación al orden familiar, siendo aquel quien reciente la comisión del delito.

4.6 Crítica al dispositivo penal propuesto por el H. Supremo Tribunal de justicia del Estado de Guanajuato.

Del dispositivo penal que primeramente fue propuesto, advierte según nuestro criterio, que su estructura omite circunstancias que no fueron tomadas en consideración al formularse el tipo, estas omisiones que el tipo penal contiene se analizaran a continuación.

El tipo penal no determina claramente la calificación de los sujetos activos, y por lo tanto debe entenderse a la luz de la redacción literal del dispositivo, que el sujeto activo puede ser cualquier persona y el tercero que recibe el menor con lo que cualquier persona puede realizar la conducta sancionada.

No obstante, de la breve exposición de motivos, que dio el H. Supremo Tribunal de Justicia del Estado, se habla de que el agente aprovechando circunstancias especiales de la madre, realiza el hacer prohibido; con lo que entonces tal parece que se está excluyendo a la madre de la posibilidad de realizar el ilícito, lo que no parece admisible, en virtud de que en muchos de los casos, tal vez en la mayoría de ellos, es la progenitora o de quien está a cargo

la custodia del menor, quien voluntariamente se deshace de su propio hijo, y lo entrega a un tercero; desprendiéndose que su conducta es igual de antijurídica que las de otras personas que perpetraron la acción indebida y que por lo cual también debe sancionarse.

Como condición especial para que se actualice la hipótesis delictiva, la de que la acción del agente activo esté presidida por un propósito de lucrar con la entrega del menor, es decir, por la intención de acrecentar ilícitamente su patrimonio mediante la acción que realiza elemento que debe exigirse en la integración de la figura típica por considerarse como una circunstancia que calificara la conducta; aumentándose como consecuencia la penalidad a que se refiere, en razón de que se pone de manifiesto una mayor peligrosidad de los agentes activos que inciden en la entrega y recepción del menor, así como se quien otorga el consentimiento para efectuarse esa entrega.

Con el supuesto que al menor se le vende sin escrúpulos, a diferencia de aquellos participantes que al actualizar tal presupuesto lo hagan sin el ánimo de lucrar, que sin embargo, este último no se contempla en el tipo penal propuesto, dejando entonces de tener antisocialidad y omitiéndose erigir como delito tal conducta, es decir, no subsiste la conducta criminosa sin la exigencia del ánimo de lucrar, toda vez que se dispone del menor para ubicarlo dentro de otras situación familiar que le corresponde.

En el dispositivo legal que fue propuesto solo se habla de entregar un menor pero no da indicación alguna respecto a que si el menor es entregado para su custodia definitiva o bien, para algunos días u horas; lo que da origen a graves confusiones y a muy diversas interpretaciones.

Para saber y desentrañar el significado del menor que literalmente contiene el precepto, es necesario entenderlo en el sentido coloquial o con el contenido que a este vocablo se le asigna corrientemente; dando todo ello, como resultado el no saber a ciencia

cierta cual es la condición de desarrollo físico y mental o del número de años que debe tener una persona para ser sujeto pasivo del delito o de la conducta.

Bien podría hablarse de Infante, cuyo significado según los diccionarios de la lengua española, para los efectos interpretativos de este término, lo definen diciendo que, se entiende por infante al niño menor de siete años; pero podría pensarse que no se protegería a mayores de siete años y menores de dieciocho años de edad, o bien puede ser procedente establecer una edad límite en la cual podría tener una facilidad de comisión el tráfico del menor mediante su venta o sin ésta para salir de su estatus familiar.

Se estatuye como condición para ser sujeto activo del delito, el no tener relación con la víctima, pero no precisa a que vinculación se alude, de lo que se entiende que esa relación puede ser de cualquier naturaleza; es decir, parental o simplemente material o de otra índole con lo que entonces los parientes de la víctima, la enfermera o el médico que le asistieron en el alumbramiento o de cualquier otro que estuviera en física relación con ella, no podría cometer el delito y dejaría impune tal conducta; ya que si alguno de ellos recibe a un menor que le sea entregado por otro en las condiciones referidas, darán pauta a que se colmen los supuestos típicamente exigidos en el Tráfico de Menores, en la iniciativa que se propuso.

Precisa también el dispositivo la exigencia de que el tercero que reciba al menor no este relacionado con la víctima, no existiendo certeza respecto a quien se refiera esa relación, es decir, no es fácil dilucidar cual es la víctima a que se refiere el tipo penal; porque en principio podría sostenerse que se trata del menor en cuanto a la afectación que se observa en la iniciativa de reformas del Supremo Tribunal de Justicia; es entonces que el precepto se reforme parte del capítulo de los delitos perpetrados contra la familia, en base a

lo anterior que puede decirse que lo que se intenta proteger es el orden familiar de esta acción antisocial, siendo en consecuencia la familia la que resultara ser la víctima del delito.

Por lo que respecta al segundo párrafo del delito que fue propuesto, referente al agente que recibe al menor, se le exige que también su actuación esté movida también por la misma finalidad de lucro; ya que en la inmensa mayoría de los casos el receptor del menor cubre una suma determinada de dinero a quien se lo entrega, pagando un precio por tener al menor, lo que significa que hay en su ánimo un móvil de lucro, supuesto que por el contrario, realiza un acto de disposición patrimonial y no obstante que pueda desconocer la forma de cómo llegó hasta él el menor, la conducta ilícita subsiste, quedando claro de nueva cuenta la peligrosidad social de los partícipes al actuar comercializando al menor.

Capítulo V

Análisis de los elementos del Tipo Penal de Tráfico de Menores del Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato.

Corresponde por último, en éste capítulo, determinar los elementos que configuran el delito de Tráfico de Menores, para ordenarlos conforme a un orden lógico, a fin de poder interpretar los alcances y la oscuridad que esta figura delictiva contiene.

Puesto que este ilícito carece de todo antecedente doctrinario y jurisprudencial a la fecha, en virtud de ser de reciente creación legislativa; pasando a demás, desapercibido por los propios legisladores y estudiosos del derecho, quienes no se han percatado de los errores y omisiones que éste tipo penal contiene; añadiendo por si fuera poco, la falta de atención de los legisladores al crear éste tipo penal, reflejándose así en la poco viable forma de redacción a un tipo penal tan importante y que a demás se ha dejado en completo olvido.

No se quiere decir que con lo anterior, que para la Ley sólo éste delito tenga que ser el más importante, ya que para el derecho en general, todo lo que esté redactado en sus leyes, mantiene igual importancia; pero, en el derecho penal existen algunos delitos en los que intervienen los menores como sujetos pasivos del delito, donde se requiere mayor atención y que éste tipo de delitos establezcan penas mas severas.

El código penal, ha establecido una penalidad diferente para cada delito, es por ello que algunos sujetos merezcan el derecho de la libertad bajo caución, en virtud a que el delito no es grave; ya que no es lo mismo que se imponga una pena igual a quien roba para poder comer que al que asesina o al que viola.

El ilícito que nos ocupa, debería tener mas atención por parte de los legisladores, ya que al pasar el tiempo, van cambiando las costumbres y consecuentemente conductas, que

en antaño no se realizaban, pues no era tomado en cuenta por quienes están encargados de realizar las leyes, lo que obedece a la constante y necesaria evolución de nuestras leyes, ya sea reformándolas, derogándolas o adicionándolas.

Lo que conlleva a pensar que, una determinada conducta en el presente no sea considerada como un delito, pero con la constante evolución de la tecnología y la cada vez mas debastante situación económica, en un futuro se podría legislar en nuevos delitos, como sucedió con el delito de Tráfico de Menores.

Por lo anterior, es necesario que exista una buena redacción al crear los delitos, siendo esencial la protección de bienes jurídicos que el sentir de la sociedad considere prioritarios; debe crearse un mecanismo de defensa para prevenir la vulneración de esos bienes, de tal manera que la figura penal que reprima conductas reprochables debe tener una eficiencia para poder establecer una pena; pero lo peor de éste delito en especial es, que el Ministerio Público no pueda llegar a consignarlos ante el Juez y consecuentemente no se pueda aplicar una pena, al no establecer la ley una determinada conducta como delito.

Los antecedentes que dieron origen a la creación del delito de Tráfico de Menores, lo fue tal y como lo expresa la exposición de motivos que dio el Supremo Tribunal de nuestro estado, que se hicieron alusión en el capítulo anterior; que mediante esta conducta se realizaban ventas de menores sin ningún escrúpulo, y como consecuente se redactó la figura típica que reprimiera el aberrante tráfico de menores.

En figuras delictivas relativas a éste delito que se insertaron en los antecedentes que conformaron el capítulo anterior, se ve en forma notoria la similitud de los mismos; tanto del tipo penal que contempla el Tráfico de Menores en el Código Penal del Estado de Querétaro, con el que se encuentra en el Código Penal para el Distrito Federal y el nuestro.

Los componentes de la LIV Legislatura refieren en un dictamen respectivo, que en materia de Tráfico de Menores, se consideró la iniciativa formulada por miembros de la Fracción Parlamentaria del Partido Acción Nacional; en virtud de estar íntimamente vinculada a la propuesta del H. Tribunal de Justicia y por que a juicio de ésta comisión, no existió impedimento para que se integrara el dictamen y el trato de este tipo penal.

Los miembros del grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, facultados por el artículo 56 fracción II de la Constitución Particular del Estado, sometieron a consideración de la Asamblea Legislativa; la iniciativa de ley que adicionaron el artículo 199 bis del Código Penal del Estado de Guanajuato, para establecer el delito de Tráfico de Menores estableciendo en la exposición de motivos que “existiendo seguridad de nuestros valores éticos, ni siquiera se contempla en nuestra legislación punitiva el delito de Tráfico de Menores, el comercio de infantes, cuya existencia horroriza a nuestra sociedad.”

Sin embargo, acontecimientos recientes, que han conmovido profundamente nuestra sociedad, demuestra que no somos inmunes a tales actos criminales y para nuestra desgracia, nos encontramos con un vacío legislativo que permite la impunidad de tales actos criminales reprobables. La iniciativa pretendió colmar esa laguna legal para que en lo sucesivo no quedaren sin castigo semejantes hechos.

5.1 El delito de Tráfico de Menores.- Artículo 199 bis, del Código Penal.

Como se mencionó anteriormente, respecto de los antecedentes de éste delito, como figura típica legislativa de reciente creación; en la que se sostiene en nuestro Código Punitivo vigente, siendo la más semejante la que se contempla en el Código Penal para el Distrito Federal desde 1984 y adoptada por nuestro Código hasta 1991.

Surgiendo la necesidad de poner en marcha su forma de combatirla y frenar ese tipo de incidencias, de tal manera nació a la vida jurídica en el Código Penal Sustantivo, en la

sección Tercera, relativa a los delitos contra la familia, Título primero relativo a los delitos del orden familiar, adicionándolo en el Capítulo cuarto en el artículo 199 bis.

Por lo anterior haremos referencia para los fines de estudio de la figura típica, al artículo 199 bis, en el que se transcribe el texto de la figura típica del Tráfico de Menores que literalmente dice:

“Al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quién tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya declarada, ilegítimamente lo entregue a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le aplicará de dos a nueve años de prisión y de cinco a doscientos días multa.

La misma pena se aplicará a los que otorguen el consentimiento a que alude este numeral y al tercero que reciba al menor.

Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable a quien lo entregue será de uno a tres años de prisión y de treinta a cien días multa.

Si se acredita que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, la pena se reducirá, hasta la cuarta parte de la prevista en el párrafo anterior.

Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo inicial, la pena se aumentará hasta el doble de la prevista en aquél.

Además de las sanciones señaladas, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia, en su caso, a quienes teniendo el ejercicio de éstos, cometan el delito a que se refiere el presente artículo.”

Esta figura típica contiene una descripción un tanto complicada, al realizar el delito de tráfico de un menor, siendo diferente a la que se había propuesto por el Supremo Tribunal de Justicia dentro de su iniciativa de reformas.

5.1.1 Crítica a la ubicación que el legislador estableció al delito de Tráfico de menores.

Es necesario hacer la crítica respecto a la ubicación que se le dio al delito de Tráfico de menores, en atención a que se le priva al menor de su libertad y seguridad jurídica, debido a que por razones obvias el menor no tiene las facultades necesarias de poder conducirse ni decidir y menos aún, dar su consentimiento para quedarse o irse con una familia o con otra; éste delito a mi juicio, debería de encontrarse plasmado en la Sección Cuarta del mismo código, que atiende a los delitos contra las personas, Título segundo relativo a los delitos contra la Libertad y Seguridad de las personas, Capítulo Primero, relativo a la privación de la libertad y no revolverlo junto con los delitos contra el orden familiar como lo son el incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, delitos contra la filiación y el estado civil, la bigamia y peor aún en el Capítulo Cuarto junto con el delito de Incesto; considerando que no se sabe a ciencia cierta cual fue el objetivo del legislador en incluir éste delito en éste capítulo, lo que deberá ser objeto de otro especial estudio y lograr que sea cambiado en el lugar correcto.

Establece el autor y Licenciado en Derecho Francisco Javier Guiza Alday, en su Código Penal comentado para éste Estado, que considera que el legislador ubicó inadecuadamente éste delito dentro del título de delitos contra el orden familiar y peor aún, en el capítulo del delito de incesto, debiéndolo de ubicar en el título de delitos contra la libertad y la seguridad de las personas, en el capítulo de privación de la libertad.⁸⁹

⁸⁹ Guisa Alday, Francisco. Código Penal y de Procedimientos Penales, del Estado Libre y Soberano de Guanajuato. Comentado. Pág. 115. Edit. Cajica, S.A. Segunda Edición. 1995.

5.2 Elementos del tipo que conforma la figura típica del delito de Tráfico de Menores contenida en el artículo 199bis del Código Penal vigente en el estado de Guanajuato.

Corresponde analizar los elementos descriptivos que contiene la figura típica de Tráfico de Menores, con la finalidad de comprender los alcances de los conceptos legales que de su composición se derivan.

Enseguida, se definirán los elementos descriptivos del tipo penal, iniciando con el tipo básico contenido en el párrafo primero y enumerando los tipos subordinados que contienen los párrafos siguientes.

5.2.1 Agentes activos del delito

En primer lugar el tipo penal precisa con toda claridad, la exigencia de la intervención necesaria de tres sujetos que tendrán que inmiscuirse en tal ilícito para colmar el tipo penal, el primero de ellos es el sujeto activo común primario, común secundario y el sujeto activo calificado.

5.2.1.1 Sujeto activo común Primario

El primero de ellos como sujeto activo común, es el que obtiene el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o bien, la custodia del menor, a cambio de un beneficio económico; éste sujeto como al no establecer el tipo, las características que deberá reunir al no establecer ninguna calidad específica, se entiende que puede ser cualquier persona quien cometa el ilícito.

De acuerdo con tipo penal, éste sujeto activo, es la persona que obtiene el consentimiento por parte de uno de los ascendientes o de quien tenga a su cargo al menor, para entonces entregarlo a un tercero; siendo imprescindible la intervención de éste sujeto

activo, pues, como lo establece la propia ley, en el sentido que si faltase algún elemento, no habrá delito.

Lo que se hace suponer con tal descripción de la conducta en éste delito que, este sujeto activo al obtener el consentimiento por parte de quien debe darlo o aún si él, de acuerdo al párrafo quinto del mismo artículo y posteriormente lo entregue a otra persona; funge entonces como un verdadero “intermediario” entre quien otorga el consentimiento, y la persona que recibe al menor.

Al analizarse el caso que se de en la realidad, se podrá determinar el grado de participación en que interviene cada uno de los sujetos, puesto que se puede dar el caso en el que, si primeramente el ascendiente es quien le pida primero al intermediario para que lo entregue a un tercero; o bien, que el intermediario induzca a que de el consentimiento al ascendiente para poder dar al menor a un tercero, o caso contrario, que el tercero busque al intermediario para que obtenga el consentimiento de alguno de los ascendientes del menor y se lo entregue.

5.2.1.2 Sujeto activo común secundario

La figura típica implica a otro sujeto activo común, que es quién recepta al menor, por parte del “intermediario”, es el tercero que recibe al menor del sujeto activo primario en forma ilegítima, para su custodia definitiva. También es sujeto activo común, dado que el tipo penal no le exige ninguna calidad personal para la comisión del delito y por lo tanto puede ser cualquier individuo el que puede cometer el ilícito.

Es de mencionarse que para satisfacer totalmente el primer párrafo del delito, deberá el tercero a que se hace referencia, recibir el menor por parte del sujeto activo común primario llamado “intermediario.”

5.2.1.3 Sujeto activo calificado

El tipo penal hace el señalamiento respecto a un sujeto activo calificado al que se le exige como requisito para su calificación, que ejerza la patria potestad o tenga a su cargo la custodia del menor, aunque esta no haya sido declarada e ilegítimamente lo entregue al intermediario, para que éste a su vez, lo entregue al tercero.

Para la comprensión de las características que se establecen como requisitos a los sujetos calificados, es necesario acudir a la codificación civil; como se observó en el capítulo Cuarto, sobre quienes ejercen la patria potestad, la custodia, como se pierde y las condiciones que las regulan y puedan ser los participantes en momento dado de la traficación del menor.

Por patria potestad se entiende, como se indicó en el capítulo Cuarto y según el significado de la palabra, como el poder que corresponde a los padres; y en el sentido al que se refiere el Derecho Civil, la patria potestad es el poder que los ascendientes ejercen sobre la persona y bienes de sus descendientes menores de edad hasta que llegan éstos a la mayoría de ella o se emancipen.

Por lo que hace al sujeto que tiene a su cargo la custodia del menor, el tipo distingue, que puede cometer el ilícito si la custodia haya o no sido declarada, por tal motivo, es sujeto activo aquella persona que lo tenga bajo su cuidado y trafique con el menor; entendiéndose entonces por custodia la guarda o vigilancia que ostenta un individuo sobre otra para su beneficio y cuidado.

La relación que se da entre el tutor y la persona que tiene incapacidad natural y legal, o sin ésta última, para gobernarse a sí mismos, por lo que el sujeto activo calificado que requiere el tipo penal es el tutor de un menor.

Referente a la custodia de hecho a que se hizo mención, quien la ejerce es aquél sujeto que realiza las actividades propias de la institución de la tutela; es quien en un momento dado tiene a su guarda al menor para su beneficio y cuidado, pero que no se les ha transferido legítimamente. Es la custodia de hecho a quien se refiere el dispositivo.

Pero dado el término de que la custodia se puede tener aunque no haya sido declarada; bien pueden incidir en la comisión del delito aquél sujeto a quien solo se le otorga la guarda temporal del menor con consentimiento de los que ejercen la patria potestad, al tener en su poder al menor y lo entregue a otro ilegítimamente, actualizándose así el tráfico del menor.

5.2.2 Presupuesto de la conducta del sujeto activo común primario.

Tener el consentimiento por parte de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia del menor aunque ésta no haya sido declarada.

5.2.3 Modalidad de conducta del sujeto activo común primario

Del dispositivo penal se advierte una modalidad en la conducta del sujeto activo primario, la que consiste en que éste sujeto debe entregar al menor ilegítimamente al tercero, para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico.

5.2.4 Finalidad.

La finalidad será tanto para el sujeto activo primario y el sujeto activo calificado, obtener un beneficio económico a través de la comercialización del menor y entregar al menor a un tercero. Que el destino del menor sea para que el tercero lo tenga para su

custodia definitiva, guarda y vigilancia; entonces, la finalidad del sujeto activo primario “intermediario” en su conducta es realizar la entrega del menor a cambio de un beneficio económico, siendo el ánimo de lucrar por la entrega del menor, con el propósito de acrecentar su patrimonio en forma ilegítima.

5.2.5 Modalidad de la conducta del sujeto activo común secundario

El tercero además de recibir al menor, debe presentar una finalidad en su recepción, debe recibir al menor para su custodia definitiva; por tal se entiende la guarda y vigilancia sobre el menor en su beneficio, pero dicha custodia debe ser en forma permanente.

La circunstancia de la custodia definitiva que habla el tipo penal, es innecesaria en la definición del delito, puesto que la finalidad no afecta el sentido y connotación de lo que se pretende evitar con la inserción de éste ilícito, supuesto que se otorga en el párrafo cuarto una atenuante para en el caso de que se acredite que se recibió al menor con objeto de incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, lo que denota específicamente la modalidad finalística de la conducta del tercero.

Además de que el tercero reciba al menor para su custodia definitiva, debe otorgar un beneficio económico para quien le hace la entrega del infante; realiza un acto de disposición patrimonial sin obtener un lucro, solo realiza un pago o precio por el menor que recibe, o bien puede no haber ese lucro.

5.2.6 Modalidad de la conducta del sujeto activo común calificado

La modalidad que se requiere en la conducta del sujeto activo calificado, del agente que ejerce la patria potestad o tienen a su cargo la custodia del menor, debe haber el pleno consentimiento de su parte, para que el menor sea entregado por el sujeto activo primario (intermediario) al tercero; que como finalidad tiene quien otorga el consentimiento, el

deshacerse del menor, con la posibilidad de tener o no un beneficio económico; ya que puede decirse también que se obtiene un beneficio al no realizar los gastos de manutención y alimentación del menor, que teniendo al menor en su hogar hubiera tenido que realizarlos, implicando con ello la disminución de sus gastos al no poseer al menor.

El sujeto activo calificado, realiza una manifestación unilateral de voluntad positiva que revela el propósito de que el menor sea entregado por el sujeto activo primario al tercero para su custodia definitiva.

El consentimiento puede ser manifestado de manera expresa o tácita; la voluntad afirmativa es expresa, cuando el propósito se exterioriza oralmente, por escrito y aún cuando realice alguna conducta que exprese que se entienden como positiva; el consentimiento podrá ser tácito cuando el agente calificado de la conducta típica exteriorice de manera indubitable el propósito de entregar al menor, permitiendo la entrega del menor al intermediario, mediante actos no expresos pero que hagan sobrentender la permisión a dicha entrega.

En la mayoría de los casos, siempre la madre o el padre son quienes se quieren deshacer de su menor hijo, siendo los principales sujetos que intentan vender a su hijo y son los que no reciben castigo alguno; en el caso de que la madre entregue al menor directamente al tercero, es decir, sin el intermediario; lo que resulta de acuerdo a la descripción que hizo el legislador, no habrá entonces delito que se pudiera perseguir en este supuesto.

Atendiendo al párrafo quinto del artículo en cuestión, previene que puede no haber el consentimiento por parte de uno de los sujetos activos calificados ya mencionados, aumentándose así la pena hasta el doble de la ya prevista en el párrafo inicial.

5.2.7 Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es la persona a quién se le vulneran sus bienes jurídicos tutelados, mediante esta conducta típica su seguridad, pero también al menor se le afecta su libertad directamente, ya que tiene la calidad de persona sujeta a derechos; reuniéndose así ambos bienes jurídicos, por una parte se tutela a la familia y por otra la libertad del menor, así como de los derechos y obligaciones que en el seno familiar adquiere.

Pero dada la inserción del tipo penal dentro del capítulo de los delitos contra el orden familiar, donde se violan los bienes jurídicos de ésta, pudiendo ser en alguno de los casos sujeto pasivo del delito, al disminuirse el número de los integrantes que la conforman, afectándose a la célula social; y por tanto, la conducta criminosa tendiente a desintegrarla.

Determinando en consecuencia que el menor es el sujeto pasivo de la conducta, por ser él objeto en quien recae el daño directamente, considerándose como titular del derecho violado.

5.2.8 La conducta

La conducta que exige el tipo penal, se constituye en la entrega ilegítima del menor a un intermediario para que éste lo entregue finalmente a un tercero.

La entrega del menor debe ser física, debe ser ilegítima, debe ser antijurídica. El menor debe ser retirado de su ámbito familiar, de su seno familiar, para incorporarlo a una situación distinta a la cual gozaba en su seno familiar; poniéndose al menor a disposición del tercero para su resguardo definitivo.

5.2.9 *Modalidad temporal de la conducta*

Para la comisión del delito es necesario que la conducta delictiva se realice cuando el sujeto pasivo de la conducta sea menor de edad. La modalidad temporal está sustentada en la edad del menor, y para la comprensión de ésta, es necesario remitirnos a la legislación civil, como se vio en el capítulo Cuarto, donde se obtiene que se es menor de edad desde el nacimiento hasta cumplir la edad de dieciocho años.

Se podrá decir que en éste ilícito cuando el sujeto pasivo aún no haya cumplido la mayoría de edad que se presenta a los dieciocho años, se encuentra bajo la patria potestad de sus padres y que tampoco podrá ser objeto de tráfico, al menor emancipado que haya contraído nupcias.

En nuestra legislación mexicana es variable la edad por la que se pueda entender como minoría de edad, existe incluso variación de una entidad federativa a otra y en materia civil, penal, laboral etc., existiendo jurisprudencias que para unos delitos que se involucren a menores de edad, se requiere la edad de siete años, para otros delitos se requieren la edad de doce años de edad, lo que significa un problema determinar lo que se entiende por menor de edad e infante que recibe éste nombre quien es menor de siete años.

Lo correcto estaría en que la legislación se asentara claramente la edad límite en el que se pudiera entender como menor de edad, ya que si cambiaran la palabra de menor de edad por la de infante se desprotegerían entonces a los mayores de siete y menores de dieciocho años de edad en que éste puede ser “comercializado”, limitándose así la modalidad temporal hasta cumplir la mayoría de edad de dieciocho años.

5.2.10 *Modalidad normativa*

La modalidad normativa que contiene ésta figura típica, se expresa en la entrega “ilegítima” que del menor se hace a un tercero a cambio de un beneficio económico. Esta frase constituye a la antijuricidad de la conducta. La entrega del menor a cambio del beneficio económico pugna con los intereses sociales, contrasta con los deberes sociales y familiares; el tipo implica la conducta de un “no hacer”, es decir, no traficar con un menor; transportarlo a una situación diferente de la cual goza desde su nacimiento con aquellos que tienen el deber y la obligación de su cuidado; cambio de situación que el sentir social pretende evitar.

5.2.11 *Modalidad de la culpabilidad*

La forma de culpabilidad que el precepto acepta, es únicamente la actuación dolosa, donde esta forma de culpabilidad se obtiene de la conducta que realizan los partícipes del delito.

Existiendo entre el sujeto activo primario (intermediario), el tercero que recibe el menor y en ciertos casos, del sujeto activo calificado que ejerce la patria potestad o del que tiene a su cargo la custodia del menor, el mismo propósito de querer la conducta y además el resultado, que se traduce en que el menor se quede con el tercero para su custodia definitiva a cambio o no de un beneficio de económico.

Los sujetos que intervienen actúan con el propósito de traficar con el menor. Ponen de manifiesto su voluntad en la perpetración de la conducta. Los individuos desean la conducta criminosa; es el querer del sujeto que entrega al menor a cambio de un beneficio económico y la voluntad de recibir al menor por parte del tercero. Todos participan de voluntaria intención de realizar el hecho típico.

5.2.12 Resultado de la conducta

El resultado de la conducta como una afectación a los bienes jurídicos que se tutelan ocasionando un daño en el orden familiar, una disminución en el grupo familiar, provocado por la salida del menor del ámbito al que pertenece, a demás de la libertad y seguridad del menor.

La penalidad que se impone en el párrafo primero solo la refieren al sujeto activo primario, haciéndose extensiva la misma penalidad en el segundo párrafo al sujeto activo común (tercero) que recibe al menor y al que otorgue el consentimiento en el tipo delictivo; haciendo énfasis que para determinar la participación de los sujetos que intervienen, se podrá determinar cuando se dé el caso concreto en la realidad. En éste párrafo no admite libertad provisional.

5.3 Tipo subordinado atenuado

El tipo legal contiene una penalidad disminuida en la conducta criminal del tráfico de menores en el párrafo tercero, atenuando la pena.

Esta conducta subordinada que establece el párrafo tercero, requiere que la entrega del menor se realice sin la finalidad de obtener un beneficio económico. No debe existir el ánimo de lucro por la entrega del menor; que no exista la voluntaria decisión de obtener una suma determinada de dinero; no debe subsistir el ánimo de comercialización del menor, por lo que admite libertad provisional en los términos del artículo 183 último párrafo del Código de Procedimientos penales vigente en el Estado de Guanajuato.

La ausencia del ánimo de obtener un beneficio económico por la entrega del menor por parte del sujeto activo primario (intermediario) al tercero que lo recibe, constituye la razón de atenuación de la pena, hasta la mitad de la sanción establecida en el primer

párrafo; la que sólo opera a favor del sujeto activo primario a que se refiere el tipo básico, por representar una menor peligrosidad.

El párrafo cuarto plantea también de una penalidad aún mas reducida hasta la cuarta parte, cuando se presente la modalidad finalística en la conducta del tercero, para el sujeto que recibe al menor; en el supuesto de éste párrafo sí admite la libertad provisional.

Contiene un privilegio punitivo que se aplicará cuando el receptor del menor acredite que fue con el motivo de incorporación a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación; donde según el legislador, denota una mínima alteración al orden jurídico, donde ya no se maneja el móvil de lucro sino más bien humanitario, aunque no por esto deje de vulnerar los derechos propios del menor como sujeto activo y el mismo orden familiar.

Debemos entender que el tercero debe introducirlo a su núcleo familiar, relacionarlo con cónyuge cuando exista, con los parientes de su familia, para engendrarle material, emocional y formalmente todos los vínculos familiares, tales como otorgarle una posición social, una posición económica; y más aún cuando se le otorga un nombre ante la oficialía del Registro Civil alterando su filiación.

Esta modalidad se constituye en la razón de ser de la atenuación de la pena y sólo se aplica al tercero que recibe al menor que es traficado.

5.4 Tipo subordinado agravado

El párrafo quinto del dispositivo penal, contempla un tipo subordinado agravado, planteando hasta del doble de la penalidad que establece el párrafo primero; es decir, de cuatro a dieciocho años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa, para los sujetos activos del párrafo inicial, revelando alta peligrosidad y violentando dolosamente el orden

familiar, la libertad del menor y su seguridad, no admitiendo la libertad provisional, y como en todos los párrafos del delito su forma de persecución es de oficio.

El ilícito se actualiza cuando en su ejecución no exista el consentimiento de quien ejerce la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia del menor para entregarlo al intermediario, convirtiéndose ésta falta de consentimiento en el punto principal de agravación de la pena.

Se excluye al sujeto que no participa con su manifestación voluntaria en la entrega del menor. La pena agravada no se aplica al sujeto activo calificado que se precisa en el básico.

La pena sólo se aplicará al sujeto activo primario que sin el consentimiento del agente cualificado, lo entregue a un tercero para su custodia definitiva.

5.5 Pena adicional o accesoria

El último párrafo, plantean penas adicionales, de privación de derechos de patria potestad, tutela o custodia, respectivamente, la cual solo debe aplicarse de acuerdo a la redacción del tipo penal, a los sujetos que otorgan el consentimiento y se encuentran ejerciendo la patria potestad o tenga a su cargo la custodia del menor aunque ésta no haya sido declarada.

Es criticable la estructura de la sanción que aquí se contempla, supuesto que quienes son sujetos a la pérdida de derechos que se precisan, son únicamente el que ejerce la patria potestad y el tutor; respecto a la privación de la custodia que no ha sido declarada, no se le puede aplicar tal sanción adicional, puesto que no le ha sido declarada legítimamente, por tal motivo, el agente activo no puede perder de un derecho que todavía no se goza al momento de entregar al menor de edad.

Así, la privación de los derechos de patria potestad o de tutela, se entiende como la pérdida definitiva del ejercicio de éstas instituciones privándoseles del poder que ejerzan sobre el menor que es objeto de delito.

5.6 *Crítica al delito de Tráfico de Menores*

El delito de tráfico de menores, es como ya se indicó, un delito nuevo en nuestra legislación y por ser semejantes con la descripción del delito en otras entidades federativas, pero teniendo el mismo problema, en cuanto a que tampoco se establece la venta directa que el ascendiente realice al tercero.

Pocos son los autores que han abordado el tema del delito de Tráfico de Menores, dada su reciente creación legislativa y no obstante, aquellos que han abordado un poco al tema, no llenan los presupuestos que ayuden a tener una mejor comprensión sobre los elementos que conforman la figura típica de éste delito y que a demás, no se han percatado de las deficiencias engendradas en la redacción del tipo penal. Entre los autores que comentan ésta figura típica, se encuentran Francisco González de la Vega, Enrique Cardona Arizmendi en el Código Penal Comentado para el estado de Guanajuato, César Augusto Osorio y Nieto y Mariano Jiménez Huerta.

Para Francisco Gonzáles de la Vega, sólo refiere que el artículo 366 ter del Código Penal para el Distrito Federal (recordemos que la redacción del tipo que se comenta es idéntica al texto del artículo 199 bis de nuestro Código Punitivo); adicionada en forma reciente, está previendo el tráfico de menores, lo que son materialmente vendidos por quienes tienen la indiscutible obligación de hacerse cargo de ellos, nuevo tipo de ilícito que lamentablemente ha proliferado. Este precepto incorporado al Código Penal, otorga un trato especial para el caso en que la entrega o la recepción del menor obedezca a fines nobles, que puedan significar un beneficio para éste.⁹⁰

⁹⁰ González de la Vega Francisco. El Código Penal Comentado. Edit. Porrúa. Pág. 462. 1989

Por otra parte el autor Enrique Cardona Arizmendi y Cuauhtemoc Ojeda Rodríguez desglosan el tipo penal, en el que ellos analizan:

La conducta delictiva consiste en entregar a un tercero para su custodia definitiva, la entrega presupone un poder sobre el pasivo, en favor del tercero que recibe en custodia; ese poder no se origina en violencia, porque habiéndola entrañaría resistencia del pasivo y al vencerla deberá afectarse su libertad, encuadrándolo en privación de la libertad o secuestro, se incluye que el pasivo no cuenta con capacidad de discernimiento por inmadurez o que sufra una grave perturbación de la conciencia lo que impide resistir.

La entrega del menor deberá hacerse con la finalidad de custodia definitiva que por tratarse de una modalidad de la conducta debe ser querida por el activo, sin interesar que el receptor tenga o no la finalidad de recibir la custodia definitiva del menor.

La custodia, no solo es el cuidado y atención al menor, sino poder para conservarlo, la definitividad de la custodia entraña permanencia y puede recaer con el ánimo de incorporación familiar.

El activo debe entregar al menor con el consentimiento de quien ejerza la patria potestad o tenga a su cargo la custodia del menor, debiendo haber el consentimiento de ambas voluntades en la entrega del menor a un tercero.

En otro orden de ideas, no deja de causar perplejidad que, únicamente exista delito si el activo entrega al menor a un intermediario y no lo exista, si el activo entrega directamente al tercero para su custodia.⁹¹

Estos autores, según la forma de analizar el tipo penal mencionado, y que a mi juicio son los únicos estudiosos de derecho que se dan cuenta del problema en este tipo penal; no dejando lugar a dudas, que el delito de tráfico de menores es un tipo penal que tiene una redacción clara, pero que a la vez deja fuera a sujetos que se les pueda imponer la pena al padre o la madre que entregue al menor directamente a un tercero; aclarando que independientemente que haya o no lucro para incorporarlo a su núcleo familiar o bien que sea para su custodia definitiva, para estos autores hacen notar de la problemática que pudiese existir con la venta o entrega directa del menor a un tercero.

El autor César Augusto Osorio y Nieto, al hablar del delito de tráfico de menores, establece: “Es de todos conocido el doloroso e indigno comercio de que son objeto los menores, y consiste en auténticas ventas de aquellos, inclusive a nivel internacional, por quienes están obligados a custodiarlos y atenderlos; éste tráfico, evidentemente ilícito y altamente reprochable, carecía de sanción, pues no existía tipo penal que previniera y sancionara tal conducta hasta 1984, considerando que ésta reforma es digna de elogio.”⁹²

El autor arriba mencionado, establece que el delito de tráfico de menores, es digna de elogiarse, al manifestar que la hipótesis que se establece en el primer párrafo del tipo, implica que quien entrega al menor lo tenga bajo cuidado o custodia, aún cuando sea transitoriamente; sea cual fuere la razón y la disposición del mismo, la cual se lleva a cabo con el consentimiento, la anuencia, la aprobación y aceptación del ascendiente que ejerce la patria potestad o de quien lo tenga a su cargo; siendo su finalidad de orden económico, y

⁹¹ Cardona Arizmendi, Enrique y Ojeda Rodríguez Cuauhtemoc. Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato, concordado con el Código Penal Federal. Edit. Orlando Cárdenas. 3ª. Edición.

⁹² Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. Edit. Porrúa. Pág. 323. México, 1998.

que al no establecer la edad para ser sujeto pasivo se entiende que será hasta que cumpla el menor la mayoría de edad.

Este autor erróneamente establece varias hipótesis, respecto a la redacción del tipo penal para el Distrito federal, haciendo el desglose por párrafos; y estableciendo en una de sus hipótesis que, el sujeto activo es quien ejerza la patria, o tenga a su cargo la custodia del menor, la persona que entrega ilegítimamente al menor, a un tercero, para su custodia definitiva, pudiendo ser con o sin ánimo de lucro; hipótesis inválida y errónea legalmente hecha por éste autor, pues ésta modalidad de entregar al menor directamente al tercero, no la previene el tipo penal, ya que el delito requiere de intermediario para que encaje perfectamente en el tipo penal.

Por su parte, Mariano Jiménez Huerta, al comentar el delito de que se trata, y al que denomina Entrega de un Menor a un Tercero, lo hace en forma sistemática de la manera siguiente:

Descripción Típica

Establece que en el párrafo primero, la conducta del que “con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quién tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entregue a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico”, señala que esta figura tiene sus elementos inconexos, criticando su composición. El sujeto activo primario es la persona que ilegítimamente entrega un menor a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico. La entrega ha de hacerse “ilegítimamente” y lo señala como elemento típico normativo, lo cual pone en relieve que la conducta que el sujeto activo realiza implica un acto antijurídico que por objeto tiene la entrega de un menor a un tercero para “su custodia definitiva”, que considera como elemento típico subjetivo.

Crítica la frase “custodia definitiva” y la interpreta como un innecesario eufemismo para no llamar venta o enajenación la entrega del menor a cambio de un beneficio económico, de un precio.

La conducta del sujeto activo ha de hacerse “con el consentimiento de ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de la menor aunque ésta no haya sido declarada”. Por la autoridad Judicial o por el Consejo Tutelar de Menores.

Precisa que la descripción típica no establece la frase “custodia definitiva” y la interpretación señalando que la entrega del menor ha de hacerse para que subsista permanentemente. Define que custodiar significa como vigilar, guardar a otra para su beneficio y cuidado.

Ampliación Típica

Señala que la ampliación típica se refiere al ascendiente que ejerce la patria potestad o a quien tenga la custodia del menor y otorgue el consentimiento y al tercero que reciba al menor a cambio de un beneficio económico a quien hace la entrega.

Atenuaciones

Las atenuaciones que observa las señala precisando que las contienen los párrafos tercero y cuarto de la redacción del delito, convirtiéndose en dos tipos privilegiados, en relación al tipo básico.

En cuanto al párrafo tercero, que establece que “si la entrega definitiva se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable al que lo entregue será de uno a tres años de prisión”. El citado autor menciona que ésta atenuación no beneficia al tercero que reciba al menor, pues el texto de la ley expresa claramente que sólo se aplicará al que entrega al menor.

Igualmente señala que el privilegio que establece el párrafo cuarto se funda en el fin que guía al tercero que recibe al menor, pues si se acredita que “lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, la pena se reducirá hasta la cuarta parte de la prevista en el párrafo anterior”. Dice que aquí se toma en cuenta la finalidad altruista o generosa del tercero que recibe al menor, pero que el precepto no aclara si este privilegio entra en juego cuando dicho tercero hubiese otorgado al que le hizo entrega del menor “un beneficio económico”. Argumenta que no se entiende así, puesto que la ley se refiere exclusivamente a quién recibió el menor.

Comenta que el privilegio entra en juego sólo cuando no haya mediado un beneficio económico para quien hizo la entrega; pues la atenuación o privilegio del que hizo la entrega, se encuentra establecido en el párrafo tercero y la reducción o beneficio que el párrafo cuarto estatuye a favor de quien recibió el menor para incorporarlo a su núcleo familiar, consiste en la reducción de la pena.

Agravación

El párrafo quinto, dispone que “cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo inicial, la pena se aumentará hasta el doble de la prevista en aquél”. Expone que el precepto no aclara sobre que persona recae la agravación que establece, pero que no hay duda que tal agravación se refiere a quién hace la entrega del menor y también recae sobre el que lo recibe. Y que en cuanto a éste último, debe hacerse una distinción de si el tercero tiene conocimiento de que falta el consentimiento y es obvio que no deberá aplicársele la agravación si no tenía conocimiento del consentimiento, porque esa circunstancia sólo concurre en quien ejerce la patria potestad o quien tiene la custodia de un menor.

El argumento anterior del autor que se comenta, en nuestro criterio no toma en cuenta al intermediario que obtiene el consentimiento para entregarlo al tercero, que el es lo que la

ley pretende, porque el tipo básico que se contiene en el primer párrafo no presupone una relación directa o contacto personal de quien deba dar el consentimiento (sujeto activo cualificado) y el que recibe al menor.

Pena Accesorio

Esta es la que precisa el último párrafo del dispositivo legal y establece que “además de las sanciones señaladas se privará de la patria potestad, tutela o custodia, a quienes teniendo el ejercicio de éstos cometan el delito a que se refiere el presente artículo”. Expone que por lo que atañe al derecho de custodia, mal se armoniza dicha privación con el caso, que subraya el párrafo primero de que la custodia “no haya sido declarada.”⁹³

⁹³ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. T. III, Pág. 149 y SS. Ed. Porrúa, 1984.

Conclusiones

Llevando a cabo todo un estudio jurídico relativo al delito de Tráfico de Menores, que para llegar a la conclusión fue necesario estudiar de manera profunda al derecho penal en general, los elementos principales que lo conforman, al delito y sus elementos; realizando todo un estudio de lo general hasta llegar a lo particular; que si bien es cierto, no es el delito más importante que contiene nuestro código punitivo, pero tampoco deja de tener importancia; de modo que, al igual que todos los delitos tienen igual de importancia para el derecho penal y sin embargo, es un delito que se a dejado al olvido y que hoy en día se realiza con mas frecuencia.

Retomando la definición del delito vigente en nuestro Estado, como la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible; dejando en claro que para que una conducta pueda ser punible, es necesario que reúna todos los elementos, ya que si faltase uno solo, no podrá llegar a concebirse como delito; ya sea por corresponder a un aspecto negativo o por no corresponder la conducta dada en la realidad con el tipo que se trate, o bien, por no haber un tipo penal que sancione esa conducta.

El delito que no ocupa, crea una gran afectación al núcleo de la sociedad llamada familia, vulnerando en principio, los más elementales derechos que se le han asignado al menor de edad por nuestra máxima Constitución; resultando aberrante que en el hogar donde nos toca vivir se cometan este tipo de delitos y peor aún, que sean los propios padres quienes más realizan éste tipo de conductas; que se supone son lo que tienen el deber de proteger a los que no se pueden conducir por sí mismos; entonces, ¿Qué se puede esperar la sociedad cuando se empieza a delinquir en el propio seno familiar, donde se supone que se busca la consecución, tranquilidad y seguridad de los suyos?

No vale de nada que el Estado al que se le a otorgado la facultad para el ejercicio del llamado *Ius Punendi*, el poder para crear tipos penales y para poder sancionar a quienes

violen la ley, si la delincuencia empieza en nuestro hogar y se comienza a quebrantar los derechos de aquél que apenas empieza a vivir por quienes tienen la obligación y la vital tarea de proteger la vida, la libertad y la seguridad.

Es por ello, que éste indignante tipo penal se encuentren lugares vacíos en el que se puede mover la delincuencia, comerciando con los propios menores de edad que por sí solos, no pueden defenderse, solo porque la ley dejó fuera de marco legal conductas que no podrán llevar consigo una pena, creándose consecuentemente la impunidad.

Siendo indudable entonces, que por varias circunstancias el padre o la madre se vea en la necesidad de comerciar con sus hijos y que muchas ocasiones tenga que ser por cuestiones de pobreza en la familia; que para en estos casos considero que existe la institución de la adopción que la propia ley ha creado y evitar el tráfico con los menores.

Dado a que surgen nuevas formas de conductas delictivas reprochables que el ser humano crea y que a la vez encuentra en la propia ley formas de escudarse para evitar se le aplique la pena, o por actos no contemplados en el sistema Jurídico penal; por lo que se propuso la creación del tipo penal de Tráfico de Menores en la que se buscó reprimir esos actos tendientes a comercializar con los menores de edad.

El delito en cuestión, que como sabemos se necesitan todos los elementos para poder colmarse y en lo concerniente al primer párrafo, se requiere la intervención necesaria de tres sujetos activos; el primero de ellos es el que obtiene el consentimiento por parte de quien debe otorgarlo, llamándolo “intermediario” pudiendo ser cualquier persona, el segundo sujeto activo (calificado) es el que otorga el consentimiento, estos son quienes ejercen la patria potestad o tienen a su cargo la custodia del menor; y por último el tercero que recibe al menor por parte del “intermediario” para su custodia definitiva y como el código no establece alguna calidad en específico, puede también ser cualquier persona.

La diferencia que se hace respecto al sujeto calificado, es de verdadera importancia, puesto que se hace un señalamiento preciso de los individuos relacionados con el menor

que puedan otorgar el consentimiento para la traficación del pasivo de la conducta, es decir, a aquellos que ejercen la patria potestad, así como a aquellos que tienen una relación jurídica establecida a favor del menor, como lo son los que tienen la custodia sobre los menores; y más aún puede decirse de aquellos sujetos que solo tienen la custodia de hecho sobre el menor, es decir que aun no ha sido declarada.

Dada la redacción del texto al referir sobre la persona que tiene la custodia del menor aunque ésta no haya sido declarada, y quien debe declarar dicha custodia es la Autoridad Judicial; esto es, tal parece que se refiere a la persona que tiene solamente la guarda temporal del menor, y que de ser así, el tipo legal abarca a estas personas. Evitándose con lo anterior que se omita sancionar la conducta de estos individuos que de cierta manera puede realizar la conducta delictuosa.

Puede causar confusión lo relativo a “intermediario” y “tercero”, ya que de acuerdo a la redacción del tipo penal, el primero de ellos es el que interviene entre el que deba otorgar el consentimiento para que éste a su vez, entregue al menor ilegítimamente a un tercero para su custodia definitiva; por lo tanto no se puede hablar que intermediario y tercero son el mismo sujeto activo, ya que existe relación entre el intermediario y el tercero; y se hace suponer que entre estos existe la negociación para traficar con el menor; la negociación que se tendría que establecer es entre intermediario y quien otorga el consentimiento o bien, entre el intermediario y el tercero que recibe al menor.

La problemática que nos ocupa y lo que originó la realización de ésta investigación del delito en mención, *es cuando la entrega o la venta que se realiza por el que ejerza la patria potestad o quien tenga a su cargo la custodia del menor, lo entregue ilegítimamente en forma directa, al tercero que lo recibe finalmente para su custodia definitiva, esto es, sin el intermediario*; situación que no contempla nuestro Código Penal, supuesto que debe ser contemplado en éste delito, y que sin embargo, ésta conducta queda impune.

Es indudable que la conducta que realiza el que ejerce la patria potestad o tiene a su cargo la custodia del menor, es que la comercialización directa con el tercero, no va en contra del derecho ni vulnera el precepto penal de Tráfico de Menores, por ser una conducta no contemplada en el mismo delito.

En éste dispositivo penal no cabe duda que se realice el delito en la forma como se plantea el tipo penal, esto es con la intervención de los tres sujetos activos ya mencionados; considerándose que hay mas casos en los que se realiza la comercialización directa entre el sujeto activo calificado y el tercero que recibe finalmente al menor y que no pueden llegar a ser consignados por parte del Ministerio Público.

Respecto al sujeto pasivo con el que se trafica, es importante tener en cuenta que donde la ley no distingue no se debe distinguir, respecto al límite de edad que debe tener el menor para que se pueda considerar como menor y si la ley no establece el límite, se entenderá que se considera sujeto pasivo desde que nace hasta no cumplir con la mayoría de edad que se requiere, según la ley civil vigente.

La penalidad que se aplica en el primer párrafo, va dirigida al intermediario que obtiene el consentimiento por parte de un ascendiente que ejerza la patria potestad o la custodia según el caso, por entregarlo a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico.

De acuerdo al párrafo segundo del tipo penal, no se puede establecer, que sólo el sujeto activo calificado lleve a cabo la conducta delictiva sin que intervenga el intermediario, ya que se establece que la misma pena se aplicará tanto a los que otorguen el consentimiento y al tercero que reciba al menor, lógico es que la pena que se les impone, es en relación con el supuesto que se establece en el párrafo primero.

Al sujeto activo que otorga el consentimiento para la entrega del menor y que permita su comercialización, refiriéndose a aquellos que ejercen la patria potestad o quien tenga a su cargo la custodia de un menor, a quien se les sanciona de igual forma con la

penalidad que se establece al individuo que con el consentimiento de éstos hacen la entrega del menor, así como al receptor del menor.

La conducta del tercero receptor del menor es igualmente criminosa que la conducta del intermediario y de aquel individuo que otorga su consentimiento para la traficación del menor, puesto que como participante en el ilícito, parece ser quien fomenta la incidencia de desprender del círculo familiar al menor, muchas de las veces por la falta de hijos propios es el tercero, y por tal razón pretende incorporarlo a su núcleo familiar y tratar de proporcionarle los beneficios que en una familia se otorgan, pero no puede descartarse que primeramente quien quiere la realización de tal ilícito son los propios ascendientes.

El tercer párrafo, estima que si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un lucro económico se reducirá la pena a quien lo entregue, lo que dicho beneficio es aplicable al intermediario que entrega al menor al tercero, lo que queda excluido de dicho beneficio al que otorgó el consentimiento.

La recepción del menor debe ser entonces para custodiar definitivamente al menor, no debiendo mediar el ánimo de comercialización del menor, ya que la entrega del menor se requiere que se realice sin la finalidad de obtener un lucro; dado que el tipo penal reduce la penalidad no mediando el lucro, se sigue afectando el orden familiar y vulnerando los derechos de seguridad y de libertad del menor.

Por otra parte, éste párrafo tercero, determina la no es exigencia que por la entrega del menor se obtenga un beneficio económico, en virtud de que se trafica con el menor al entregarlo a una tercera persona; minimizando la peligrosidad que en un momento dado representan los sujetos activos cuando tienen la finalidad de comercializar con el menor.

En el párrafo cuarto se establece una reducción de la pena todavía mayor, cuando se acredita que el tercero que recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, es decir, como si fuera un miembro propio de la familia.

La atenuación de la pena que goza el tercero que recibe el menor, se considera de menor peligrosidad el hecho de que se trafique con el niño, acreditándose la finalidad de esa recepción con la finalidad de incorporarlo a su núcleo familiar, dichos beneficios podría ser el otorgarle un nombre y apellidos, alterando su filiación; dado que al disponer del menor a cambio de un pago, crea una mayor peligrosidad en su conducta; es necesario señalar que la pena sólo se aplica al receptor y en consecuencia la pena aplicable al que otorga el consentimiento y al que entrega al menor es la precisada en el párrafo primero.

El párrafo quinto establece la posibilidad de que se realice el tráfico del menor cuando no exista el consentimiento que alude el párrafo primero por parte de quien deba darlo, aumentándose hasta el doble de penalidad para el que lo sustraiga del seno familiar al que pertenece pudiendo ser cualquier persona que lo entregue a un tercero; dejando abierta la posibilidad que realicen la conducta los familiares mas allegados al menor y que se les atribuya la penalidad.

El consentimiento únicamente puede ser otorgado por el sujeto que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia del menor, que como ya se indicó haya sido o no declarada; obviamente que estos quedan excluidos de la penalidad agravada que se impone.

Por lo anterior, la imposición de la pena sólo corresponderá al sujeto que sin el consentimiento de quien ejerza la patria potestad o tenga su custodia del menor, lo sustraigan de su esfera familiar, para entregarlo a un tercero, a quien también le es aplicable la pena agravada.

Analizando éste párrafo quinto, que al no haber consentimiento por parte de quien deba darlo, se hace suponer que es el intermediario (estimando que cualquier persona lo puede ser) quien sustrae al menor de su familia, para entregarlo al tercero que lo recibe; al no haber ese previo consentimiento encaja perfectamente en el párrafo planteado.

El párrafo sexto refiere a una pena accesoria que se aplicará a los sujetos que ejercen la patria potestad, tutela o custodia del menor que es traficado, condenándolos a la pérdida definitiva de su ejercicio. Esta pena solo se aplicará cuando se otorgue el consentimiento por quienes tienen el deber y la obligación del cuidado del menor.

De acuerdo con el artículo, los tres sujetos obtienen la misma penalidad y bien podría plantearse que no haya atenuación de la misma, ya que de nada ayudaría al menor con el que se trafica el reducir la penalidad, por incorporarlo a otro núcleo familiar y que le sean ministrados todos los beneficios, si de todas formas se está vulnerando sus garantías y el núcleo al que en realidad pertenece; pero por otro lado surge otro problema en el caso que el menor se haya acostumbrado al tercero que lo que recibió y que posteriormente sea incorporado judicialmente a otra familia en lo que se resuelve su situación jurídica de los sujetos activos y con la atenuación de la penalidad no resolvería el sufrimiento del menor al pasar de una familia a otra.

Lo que bien valdría es, reducir los fatigosos trámites burocráticos y omitir algunos requisitos no indispensables para poder llegar a una adopción legal rápida; ya que en muchas ocasiones por no poder adoptar legalmente los matrimonios, optan por la ilegalidad en la forma de conseguir a un menor y consecuentemente aumentando el número de tráfico de menores que con ellos se realiza.

Cabría la posibilidad que se pueda reducir la pena, cuando por cuestiones notorias de pobreza, la madre soltera que no pueda garantizarle al menor una buena educación, cuidados y que por las circunstancias se vea en la necesidad de lucrar con el menor, en razón de la mínima peligrosidad que se representa en estos casos.

Con tal propósito se propone una nueva redacción al delito de Tráfico de Menores del que refiere el artículo 199 bis; y que primeramente sea puesto en la Sección Cuarta, relativa a los delitos contra las personas, Título Segundo relativo a los delitos contra la Libertad y la Seguridad de la Personas, dentro del Capítulo Primero referente a los delitos

de Privación de la Libertad; proponiéndose una nueva redacción al tipo penal que contempla éste numeral, con el siguiente planteamiento:

“Al ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, haya sido o no declarada, con su consentimiento lo entregue ilegítimamente, por sí o por interpósita persona a un tercero, para su custodia definitiva, haya o no un beneficio económico, se les aplicará de dos a nueve años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa.

La misma pena se aplicará al tercero que recibe el menor que alude el párrafo anterior.

Si la entrega que se realiza al tercero se acredita que se recibió al menor para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, la pena aplicable al tercero será de uno a tres años de prisión y de treinta a cien días multa.

Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo inicial, la pena se aumentará hasta el doble de la prevista en aquél, al tercero que obtuvo al menor y en su caso, al que sustraiga al menor.

Además de las penas establecidas, se privará de los derechos que se ejercen en la patria potestad, tutela o custodia, en su caso, a quienes teniendo el ejercicio de éstos, cometan el delito a que se refiere el presente artículo.”

BIBLIOGRAFIA

AMUCHATEGUI REQUEÑA, IRMA. DERECHO PENAL.

Editorial Harla, Primera edición, 1998. México.

BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES

Editorial Porrúa. 23ª. Edición. México. 1991.

CARDONA ARIZMENDI, ENRIQUE Y OJEDA RODRÍGUEZ, CUAUHTEMOC.

CÓDIGO PENAL COMENTADO DEL ESTADO DE GUANAJUATO,
CONCORDANDO CON EL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

Editorial Orlando Cárdenas, Tercera edición. México. 1994

CARRANCÁ Y TRUJILLO, RAÚL. DERECHO PENAL MEXICANO.

Editorial Antigua Librería Robledo, Parte General, Tomo I, Quinta edición, 1958. México.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, RAÚL. DERECHO PENAL MEXICANO.

Editorial Porrúa, Tomo II, Décima segunda edición, 1956. México.

CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO
PENAL.

Editorial Porrúa, Parte General, Trigésima primera edición, 1992. México.

CUELLO CALÓN, EUGENIO. DERECHO PENAL.

Editorial Nacional, Novena edición, 1961. México.

DE PINA VARA, RAFAEL. DERECHO. CIVIL MEXICANO.

Editorial Porrúa. Volumen I. Décimo novena Edición. México. 1995.

GARCÍA DOMÍNGUEZ, MIGUEL ÁNGEL. LOS DELITOS ESPECIALES
Editorial Trillas. México. 1987

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. DERECHO PENAL.
Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1990.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. EL CÓDIGO PENAL COMENTADO.
Editorial Porrúa. México. 1989

GONZÁLEZ, JUAN ANTONIO. ELEMENTOS DEL DERECHO CIVIL.
Editorial Trillas. México. 1980.

GUIZA ALDAY, FRANCISCO. CÓDIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS
PENALES, DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE GUANAJUATO.
Editorial Cajica S. A. Segunda edición. México. 1995.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. TRATADO DE DERECHO PENAL
Buenos Aires, Argentina. Tercera edición. Editorial Lozada. 1975

JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO.
Tomo I. Introducción a las Figuras Públicas.
Editorial Porrúa, Segunda edición, 1977.

JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO.
Editorial Porrúa, Tomo II. Cuarta Edición. México. 1983

LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL.
Editorial Porrúa, Quinta edición, México. 1997

MALO CAMACHO, FERNANDO. DERECHO PENAL MEXICANO.
Editorial Porrúa, Primera edición, México. 1997

MANZANERO RODRÍGUEZ, LUIS. CRIMINOLOGÍA.

Editorial Porrúa, Segunda Edición. México. 1998.

MEZGUER, EDMUND. DERECHO PENAL.

Editorial Cárdenas, Segunda edición, México. 1990

MIR PUIG, SANTIAGO. DERECHO PENAL.

Barcelona, España, Segunda edición, Editorial Promociones y publicaciones Universitarias 1985.

OSORIO Y NIETO, CÉSAR AUGUSTO. LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Editorial Porrúa. México. 1998

PÉREZ FERNÁNDEZ, RAMÓN. ELEMENTOS BÁSICOS DE LA MEDICINA FORENSE.

Editorial Zepol, Tercera edición, México. 1977

PORTE PETIT, CELESTINO. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL
DERECHO PENAL.

Editorial Porrúa, Cuarta edición, México. 1978.

VILLALOBOS, IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO.

Editorial Porrúa, Segunda edición, México. 1960.

LEGISLACION

MÉXICO. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

GUANAJUATO. CÓDIGO PENAL.

DISTRITO FEDERAL. CÓDIGO PENAL.

QUERÉTARO. CÓDIGO PENAL.

GUANAJUATO. CÓDIGO CIVIL.

DISTRITO FEDERAL. CÓDIGO CIVIL.

OTRAS FUENTES

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO.

Editorial Porrúa. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1994.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.

Editorial Real Academia Española. 1970

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO SOPENA.

Tomo IV. Barcelona España. 1977.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN.

PERIÓDICO OFICIAL DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE GUANAJUATO.

*PERIÓDICO OFICIAL DEL GOBIERNO DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DEL ESTADO
DE QUERÉTARO "LA SOMBRA DE ARTEAGA"*

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.