



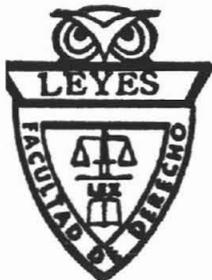
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

"REFORMA A LOS ARTICULOS 366 TER DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL Y AL ARTICULO 169 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL SOBRE EL TRÁFICO DE MENORES PARA UNA MEJOR APLICACIÓN"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ALEJANDRO DONIS CASTRO

ASESOR DE TESIS: LICENCIADO CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA



MEXICO, D. F.

2005

m 344578



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/075/SP/04/05
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno **DONIS CASTRO ALEJANDRO**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **LIC. CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA**, la tesis profesional titulada "**REFORMA A LOS ARTICULOS 366 TER DEL CODIGO PENAL FEDERAL Y AL ARTICULO 169 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL SOBRE EL TRAFICO DE MENORES PARA UNA MEJOR APLICACIÓN**", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor **LIC. CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA** en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "**REFORMA A LOS ARTICULOS 366 TER DEL CODIGO PENAL FEDERAL Y AL ARTICULO 169 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL SOBRE EL TRAFICO DE MENORES PARA UNA MEJOR APLICACIÓN**", puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a el alumno **DONIS CASTRO ALEJANDRO**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., a 14 de abril de 2005

LIC. JOSÉ PABLO MARTÍNEZ Y SOUZA
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/075/SP/04/05
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno **DONIS CASTRO ALEJANDRO**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **LIC. CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA**, la tesis profesional titulada "**REFORMA A LOS ARTICULOS 366 TER DEL CODIGO PENAL FEDERAL Y AL ARTICULO 169 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL SOBRE EL TRAFICO DE MENORES PARA UNA MEJOR APLICACIÓN**", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor **LIC. CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA** en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "**REFORMA A LOS ARTICULOS 366 TER DEL CODIGO PENAL FEDERAL Y AL ARTICULO 169 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL SOBRE EL TRAFICO DE MENORES PARA UNA MEJOR APLICACIÓN**", puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a el alumno **DONIS CASTRO ALEJANDRO**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÉ EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F., a 14 de abril de 2005

LIC. JOSÉ PABLO PATIÑO Y SOUZA
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

A DIOS

Por permitirme compartir este momento con la gente que amo
(familia Donis y Anzaldo).

A MIS PADRES

Por su apoyo, comprensión y amor, me hacen falta palabras para agradecerles, porque me dieron la mejor y mayor herencia que un hijo pueda tener una carrera profesional, por esos a ustedes les dedico este trabajo, porque se que siempre podré acudir a pedirles un consejo, gracias papa por ser mi amigo, gracias mama por tu amor y comprensión, los quiero mucho y agradezco que pueda compartir con ambos este humilde trabajo.

A MIS HERMANOS

Quienes me importan mas de lo que creen y a quienes espero poder dar siempre el mejor ejemplo, siempre seré su amigo y aunque duro siempre trataré de darles el mejor de los consejos gracias por estar conmigo.

A NALLELY CARRERA VAZQUEZ

Leal amiga, confidente, futura esposa y madre de mis hijos espero contar contigo siempre, y que sepas que mi carrera y el amor a lo que hago es muy importante para mi y requiere de tiempo, sacrificio y dedicación espero estemos juntos siempre te amo y serás la parte mas importante de m vida, gracias por estar conmigo.

AL LIC. CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA

Con afecto por el tiempo y dedicación brindado en la elaboración de este trabajo y a quien se lo dedico no solo por su apoyo, sino porque durante la elaboración de este trabajo me percate de su entrega y trabajo en favor de la universidad, de la cátedra y a sus alumnos, gracias maestro.

A JORGE ANZALDO CASTRO

A quien agradezco el apoyo brindado y su participación en este trabajo y a quien quiero decirle que un hermano podrá no ser un amigo, pero un amigo será siempre un hermano y yo soy su amigo y hermano, gracias primo, sabes creo que tome la mejor decisión en mi vida apoyarme hermano.

A SAUL ANZALDO CASTRO

Quien ha sido en mi desempeño profesional, el mejor compañero, socio y amigo, que cualquier abogado pueda tener me siento honrado Saúl, y en lo personal mi hermano mayor has sido, y me has enseñado, que m trabajo no es lo mas importante sino m familia y con ello me has enseñado mas de lo que muchas personas pudieran enseñarme, gracias hermano cofia en mi siempre y sabes siempre contaras con migo y espero reciproco contigo.

A MI TÍO CESAR RAMIREZ MANJARREZ

A quien le debo gran parte de mi formación profesional y porque me apoyo de forma desinteresadamente, gracias.

A MI TIA SOCORRO CASTRO GARDUÑO

A quien admiro y quien me ha dado el mejor ejemplo de fortaleza la quiero mucho madrina gracias por estar conmigo en este momento.

A MI TIO JORGE Y JENNY

Quienes me han dado un apoyo moral incondicional en muchas ocasiones y me han escuchado gracias.

A MI TIA OLVIA DONIS MANJARREZ

A quien quiero mucho y que ha apoyado a mi familia siempre gracias.

A MARIA DEL CARMEN VARGAS Y SU MADRE

A quienes no se como agradecer que me escucharon y me dieron su apoyo incondicional y desinteresadamente en uno de los momentos mas dificiles de mi vida, les dedico este trabajo porque tienen un lugar muy especial en mi corazón esperando se amplié.

**A MAURICIO CRODA, GABRIEL MONRROY,
OSCAR ESTRADA Y JACOBO CEDEÑO**

Por su amistad desinteresada.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS

Por los muchos momentos que comparti en las aulas y a quienes sigo viendo en el ámbito profesional.

**“QUE MEJOR ES CON TRABAJO
ESPERAR LO DESEADO,
QUE PERDER LO TRABAJADO
POR CODICIA DE UN ATAJO.”**

Juan Rufo Jurado Cordobes

**REFORMA A LOS ARTICULOS 366 TER DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL Y
AL 169 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL SOBRE EL
TRAFICO DE MENORES PARA UNA MEJOR APLICACIÓN.**

Introducción 1

CAPITULO I. TRÁFICO DE MENORES

1.1 Concepto 1
1.2 Antecedentes históricos 9

CAPITULO II DELITO

2.1 Concepto de delito 25
2.2 Aspectos positivos del delito 31
2.3 Aspectos negativos del delito 52
2.4 Clasificación del delito 78

**CAPITULO III TRAFICO DE MENORES EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL Y
DEL DISTRITO FEDERAL**

3.1.- Delito de tráfico de menores 87
3.2.- Aspectos positivos del tráfico de menores 101
3.3.- Aspectos negativos del delito de tráfico de menores 109
3.4.- Clasificación del delito de tráfico de menores 127

**CAPITULO IV LA PROBLEMÁTICA Y POSIBLES SOLUCIONES DEL
TRÁFICO DE MENORES**

4.1 Problemática y posibles soluciones 128
4.2 Problemática derivada de la mala redacción del delito
de tráfico de menores 133
4.3 Problemática social internacional 137
4.4 Prevención y participación social del delito de tráfico de menores 143

Conclusiones 153

Propuesta 158

Bibliografía 160

Otras fuentes 161

Legislación 162

INTRODUCCIÓN

El Derecho es por esencia dinámico, en virtud de que se encuentra en constante transformación, pues debe adecuarse a las circunstancias de cada época y lugar. Una de las ramas que se modifica rápidamente es la correspondiente al Derecho Penal. Un ejemplo de esto es la delincuencia, ya que es un fenómeno social que se encuentra en proliferación requiriéndose constantes reformas legales para combatirla de manera eficaz.

En consecuencia, el Derecho Penal debe de estar en constante evolución para convertirse en un instrumento útil, capaz de permitir la coexistencia dentro de la sociedad y de salvaguardar sus intereses.

Es bien sabido que aún en las sociedades de alto desarrollo social, se generan actos delictivos que el Estado debe perseguir, sancionar y especialmente prevenir.

En la actualidad, existen diversas circunstancias Internacionales que propician la violencia social y la delincuencia, así como la irrupción de fenómenos inéditos para delinquir, con profundas repercusiones en los esfuerzos globales de desarrollo de las naciones y en la estabilidad de las mismas para prevenir la comisión de delitos; todos estos problemas y circunstancias, son los que hacen ver la complejidad de los retos que nuestro país debe encarar para prevenir el delito en general y dar seguridad a nuestros ciudadanos. El tráfico de menores es un problema que la delincuencia organizada se ha encargado de incrementar día con día, y por ello se ha vuelto un delito cada vez mas común, ya que como se señalará en los distintos capítulos de este trabajo, nuestro gobierno en general, se preocupa más por los delitos consumados que por la prevención de los mismos. Este es un problema, quizá el mayor de todos, ya que si bien es cierto que se debe atender de manera rápida a los delitos que se están cometiendo o se han cometido, también lo es que es más importante el tratar de disminuir la comisión de los delitos, por medio de campañas que concienticen a los ciudadanos de participar en la prevención de los mismos, y esas campañas

deben ser lideradas por nuestro gobierno, a través de los medios electrónicos y publicitarios, como la televisión y los medios periodísticos en general, en los cuales se fomente la participación de la población, mediante la enseñanza de cómo puede prevenirse la comisión de delitos; un ejemplo de ello es la actual campaña publicitaria del Gobierno Federal y de la Ciudad de México para combatir la corrupción, que existe en nuestro país, incentivando a los ciudadanos a no contribuir con el problema y a denunciar a las autoridades corruptas.

Puesto que el delito en estudio es evidente que cada vez se da con mayor continuidad debido a los problemas sociales, por ello nosotros creemos que es necesario puntualizar las deficiencias de esta figura que se encuentra contemplada en el artículo 169 y 366 ter, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y el Código Penal Federal respectivamente, por lo tanto esta investigación está dedicada al estudio de esta figura, comprendiéndose cuatro capítulos, dedicando el primero de ellos a los antecedentes de este delito.

El capítulo segundo está dedicado a los aspectos positivos y negativos del delito en general, y el tercero también a los aspectos señalados pero en particular del tráfico de menores.

El cuarto capítulo trata de los problemas actuales que de alguna manera generan este problema y de algunas cuestiones que pensamos pueden ser las soluciones más adecuadas, o bien sirvan para establecer una mejor política preventiva de los delitos que nos permitan el vivir en una sociedad con cada vez menos delincuencia.

Asimismo se trata de proponer algunas modificaciones al artículo que de alguna manera faciliten a nuestras autoridades la integración, persecución o investigación del delito señalado, esperando sirva para que nuestras autoridades valoren lo aquí escrito y en su caso promuevan la reforma legal correspondiente, a efecto de evitar que el problema siga aumentando esto mediante campañas de prevención del delito que no se da de manera eficiente

en nuestro país. Por ello es que espero que este trabajo sirva de base para los estudiosos del Derecho, y que se concientice la gente al respecto, asimismo se plantea una reforma al tipo penal en estudio para que responda de una manera más eficaz a nuestra realidad social por los múltiples mecanismos que la delincuencia actualmente utiliza y que cada vez son mejores y mas desarrollados.

**REFORMA A LOS ARTÍCULOS 366 TER DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL Y AL 169 DEL
CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL SOBRE EL TRÁFICO DE MENORES PARA
UNA MEJOR APLICACIÓN.
ALUMNO ALEJANDRO DONIS CASTRO**

**CAPÍTULO I
TRÁFICO DE MENORES**

1.1 CONCEPTO DE TRÁFICO DE MENORES

Para dar un concepto de lo que es el tráfico de menores y más aun el delito de tráfico de menores que analizaremos, es necesario realizar un análisis de cada una de las palabras que lo conforman, comenzando por definir la primera que es tráfico. En términos del Diccionario para Juristas, tráfico "deviene del vocablo latino *traffico*, y significa acción de traficar; así pues traficar deriva del vocablo latino *transfigicare*, que significa cambiar de sitio, por lo que en este Diccionario, traficar significa comerciar, negociar con el dinero y las mercaderías trocando, comprando o vendiendo."¹ Conforme esta definición podemos decir que traficar significa el comerciar con las mercancías o negociar con el dinero, sin embargo no estamos de acuerdo con ello, por las razones que más adelante expondremos.

Por otro lado "como lo consigna el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, traficar significa acción de "traficar"; y "traficar": comerciar, negociar con dinero y las mercaderías o mercancías, hacer negocios no lícitos".²

En el Diccionario Larousse traficar se define como "comerciar, negociar, especialmente de forma ilegal, hacer indebidamente negocio de algo, "acción y efecto de traficar", comercio ilegal y clandestino; y "traficar" por otro lado significa, negociar, realizar operaciones comerciales generalmente ilícitas y clandestinas".³

¹ Palomar de Miguel, Juan. Diccionario Para Juristas., Editorial Porrúa, tomo II, primera Edición en Editorial Porrúa 2000.

² Diccionario de la lengua Española Real Academia Española, vigésima segunda edición, Editorial Espasa Calpe S.A., editado e impreso en la ciudad de España, en octubre del 2001

³ El Pequeño Larousse Ilustrado 1997, Diccionario Enciclopédico, Ediciones Larousse S.A.de C.V. México 1997, pag. 990.

Respecto a esta definición debemos destacar que se señala que tráfico es la comercialización que se hace de manera ilegal o clandestina, y por el otro lado traficar, es la realización de operaciones comerciales generalmente ilícitas, debido a que se entiende que es la compra-venta de cosas, pero en la actualidad se utiliza el término para referimos al comercio que se realiza de manera ilegal.

El Diccionario Manual Seco, Del Español Olimpia Andrés Actual Gabino Ramos, señala que tráfico significa; "acción de traficar, y traficar es comercio o negocio que se hace de manera irregular o ilegal."⁴ En este Diccionario también se señala que es el comercio irregular o ilegal.

De lo anterior podemos concluir que el término traficar, se refiere básicamente a la comercialización o negociación de mercancías o cosas, pero en el marco jurídico del Derecho, se utiliza para señalar que esa comercialización o negociación de cosas, se realiza de manera ilegal o clandestina, es decir al margen de la tutela de la norma jurídica, pues la conducta es contraria al Derecho en general. Mas adelante puntualizaremos el por qué en la actualidad se ha optado por dar el nombre de tráfico de menores, a la compra venta de niños, que es el delito que este trabajo analizará.

Así pues la jurisprudencia ha definido a la palabra tráfico, acertadamente como comercio ilegal fundamentalmente, por lo que citamos a continuación diversos criterios.

⁴ Olimpia Andrés, Actual Gabino Ramos, Diccionario Manual Seco Del Español Olimpia Andrés, volumen II, segunda reimpresión, Editorial Aguilar lexicografía, 1999 .

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO NOVENO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XI, Marzo de 2000

Tesis: XIX.1o. J/11

Página: 941

TRÁFICO DE INDOCUMENTADOS. PARA LA CONFIGURACIÓN DEL TIPO PENAL NO SE EXIGE QUE HAYA UNA CONDUCTA REITERADA. Del análisis del artículo 138 de la Ley General de Población se advierte que, aun cuando hace referencia al "tráfico" de indocumentados, no se exige como elemento típico de dicha figura jurídica una conducta reiterada, pues gramaticalmente esa expresión no es sinónimo de habitualidad, sino que, de acuerdo con el Diccionario de Derecho de Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, tal vocablo significa "negociar o comerciar", por lo que es obvio que el ilícito en comento, sólo implica el traslado ilegal de personas de un país a otro con la intención de cobrar o pretender cobrar una cantidad de dinero; máxime que de la exposición de motivos presentada por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión el diecinueve de septiembre de mil novecientos noventa y seis, publicada en el Diario Oficial de la Federación el ocho de noviembre del mismo año, no se advierte que la finalidad del legislador haya sido precisamente la de exigir una conducta reiterada para que se configure el tipo penal del delito que nos ocupa (pues si así hubiera sido, lo habría plasmado de manera precisa), sino la de combatir con mayor rigor las conductas vinculadas con el traslado ilegal de seres humanos.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO.

Amparo en revisión 719/97. 27 de febrero de 1997. Unanimidad de votos.

Ponente: Guillermo Loreto Martínez. Secretario: Rafael Roberto Torres Valdez.

Amparo directo 254/98. 2 de septiembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Loreto Martínez. Secretario: Gerónimo Luis Ramos García.

Amparo en revisión 808/97. 16 de noviembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Alfredo Gómez Molina. Secretario: Miguel Ángel Cantú Cisneros.

Amparo directo 917/97. 13 de enero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Alfredo Gómez Molina. Secretario: Ramón Zúñiga Vera.

Amparo directo 139/99. 29 de septiembre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Sofía Virgen Avendaño. Secretario: Sergio Arturo López Servín.

La Convención Interamericana Sobre El Tráfico Internacional de Menores, define al tráfico para efectos internacionales en su artículo 2 de la siguiente manera: "Tráfico Internacional de Menores significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de cualquiera de éstas, de un menor con propósitos lícitos⁵.

Sin embargo no estamos de acuerdo con esta definición, pues los propósitos ilícitos desde nuestro punto de vista son la consecuencia o finalidad secundaria del delito de tráfico de menores, por lo que creemos que inclusive a nivel internacional puede ser una concepción errónea, sin embargo mas adelante en los antecedentes cuando analicemos a la convención, señalaremos de manera mas precisa el por qué consideramos que esta definición es incorrecta.

Por otro lado para hablar de tráfico de menores, tenemos la necesidad también, de definir quienes son aquellas personas a quienes en términos generales la ley considera como menor, y qué significa esta palabra, por lo que señalaremos que la misma deviene del latín "*minor*", y que el Diccionario para Juristas señala que significa; "El que no ha cumplido aun la edad fijada por la ley,

⁵ Portal de internet: http://www.iin.oea.org/convención_Interamericana_sobre_tráfico.pdf 14 de febrero 2003.

para gozar de plena capacidad jurídica reconocida con la mayoría de edad”.⁶ Sin embargo no estamos de acuerdo con este concepto, debido a que la capacidad jurídica, la otorga la ley y se adquiere desde el momento mismo del nacimiento, en cambio la minoría de edad, como señala el Código Civil Del Distrito Federal en su artículo 24, es una restricción a la capacidad de ejercicio y no de goce, por lo que el ser menor, desde nuestro punto de vista no es el que no ha cumplido con la edad para gozar de plena capacidad jurídica, pues por el simple hecho de nacer, se adquiere la capacidad jurídica de goce, y lo único que no se tiene es la capacidad jurídica de ejercicio, que se tiene solamente hasta la mayoría de edad, por ello es que a nuestro parecer la definición es equívoca, pues la capacidad jurídica es la facultad de una persona de adquirir derechos y obligaciones, y a este respecto el propio Código Civil del Distrito Federal en el artículo referido, dispone que los menores también se pueden obligar, por lo que la minoría se hace presente cuando no se tiene la capacidad para ejercer por sí, esos derechos y obligaciones.

Por otro lado hemos de señalar que en muchos casos se confunden los términos de menor y niño, que a simple vista parecería que tienen un significado similar, pero no es así, ya que tienen una acepción diferente. El Diccionario de la Real Academia Española, define el término niñez, “como el período de la vida que va desde el nacimiento hasta la pubertad, que fue un término surgido del latín *púber*, que significa la primera fase de la adolescencia en la cual se producen las modificaciones propias del paso de la infancia a la edad adulta”⁷, de ahí que nos tenemos que remitir al derecho romano, en el que determinaron, ellos según dice María Isabel Alvarez Velez, en su libro *La Protección de los Derechos del Niño en el marco de las Naciones Unidas y el Derecho Constitucional Español*, “que la edad era un fenómeno que se daba con el desarrollo físico de la persona, partiendo en un principio de dos aspectos: físicos, por un lado y por el otro el completo desarrollo corporal; así al que no podía hablar se le llamó *infante*, que

⁶ Painmar De Miguel, Juan. Diccionario Para Juristas. Editorial Porrúa, Tomo II, primera edición en Editorial Porrúa 2000.

⁷ Diccionario de la lengua Española Real Academia Española. Ob cit.pag. 1582

deviene del latín *Infans*, y a aquél que ya había logrado el desarrollo corporal pleno refiriéndose a la capacidad de procreación, y que se ajustaba en este supuesto, se le llamó *impúber*; otra a aquél que había logrado el desarrollo corporal pleno y con ello plena capacidad legal para ejercer sus derechos y obligaciones es decir su capacidad de ejercicio, denominándole a éste *púber*, y a partir de la *lex pleatoria* romana la cual retomamos mas adelante, se protege a los mayores de doce y menores de veinticinco no dotándoles de la capacidad de ejercicio" ⁸. Siguiendo esta terminología, debido a que nuestros ordenamientos legales tienen influencia de los romanos, se ha retomado esta situación, simplificando la distinción de la edad; dividiéndose solamente en mayores de edad y menores de edad; por lo que podemos concluir diciendo, que la diferencia entre el término menor y niño, es que el primero, es el término genérico de toda aquella persona que no ha cumplido, conforme a la legislación, la mayoría de edad y por lo tanto, carece de capacidad de ejercicio, abarcando desde los niños hasta los adolescentes. El término *niño* es la especie, pues éste es el periodo de la vida que va desde el nacimiento hasta la pubertad, y por lo tanto se encuentra dentro del supuesto de la minoría de edad, pero no de la adolescencia, por lo que consideramos que el término menor, es un término más amplio, que también busca proteger tanto a los niños como a los adolescentes. A continuación citamos algunas definiciones del término menor.

En el Diccionario Procesal Penal, de Marco Antonio Díaz De León, se señala que menor; "es aquella persona que no ha cumplido los dieciocho años de edad según la legislación de México",⁹ definición que creemos, es la más acertada, ya que para los efectos legales efectivamente es menor en nuestro país toda aquella persona que no ha cumplido los dieciocho años.

El Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, de Don Joaquín Esquirche Magistrado Honorario de la Audiencia de Madrid, señala que menor es:

⁸ Alvarez Velez, María Isabel. La Protección De Los Derechos Del Niño En El Marco De Las Naciones Unidas Y En El Derecho Constitucional Español, Editorial publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas Madrid, impreso en Madrid en 1994, pag 23.

⁹ Díaz De León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, Cuarta Edición 2000.

“persona que no ha cumplido los veinticinco años de edad,”¹⁰ ello obedece al hecho de que al ser un autor español, en España la mayoría de edad se obtenía en el año de 1974 hasta los veinticinco años por lo que al decir que es aquél que no ha cumplido estos conforme a la ley, es menor aquél que no haya cumplido la edad necesaria para considerarlo como mayor de edad.

El Diccionario de la Real Academia Española lo define como, “edad del hijo de familia o pupilo que no puede aún disponer de sí y de su hacienda,”¹¹ así pues encontramos que el menor es aquella persona que conforme a la ley no tiene ninguna capacidad legal, para disponer de su hacienda o patrimonio.

La Convención Interamericana Sobre El Tráfico Internacional De Menores, de 1994 que se celebró en México, define al menor para efectos internacionales en su artículo 2 de la siguiente manera, “Menor significa todo ser humano cuya edad sea menor a los dieciocho años”.¹²

De lo anterior desde nuestro punto de vista, y a Contrariu-Sensu, menor. es toda aquella persona que conforme a la ley no es considerada como mayor de edad.

Analizadas algunas de las distintas connotaciones de lo que es tráfico y de lo que es menor, y diferenciada la terminología entre niño y menor, hemos pretendido dar la siguiente definición, que consideramos puede ser la mas correcta del delito en estudio:

“ El tráfico de menores debe ser entendido: como la comercialización de menores, es decir la compra venta de menores, que se realiza de manera ilegal y clandestina”.

¹⁰ Esquirche, Joaquin. El Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Don Joaquin Esquirche Magistrado Jefe de la Audiencia de Madrid. editorial baicacaliforniana. nueva edición segunda reimpression. pag. 1230

¹¹ Diccionario de la lengua Española Real Academia Española. Ob. Cit pag. 1620

¹² Portal de internet: http://www.iin.oea.org/convencción_Interamericana_sobre_tráfico.pdf 14 de febrero 2003..

Por el simple hecho de tratarse de personas, ya es ilegal, y resulta redundante señalar que se realice de manera ilegal, pues toda persona sea menor o no, no puede ser objeto de compraventa, ni estar sujeta a ningún tipo de comercialización; sin embargo podemos decir que no es del todo errónea la definición dada, pues en la actualidad, el término de tráfico se utiliza para referirse a la comercialización de manera ilegal y en el caso que nos ocupa de menores, pero más adelante retomaremos este tema, cuando analicemos el delito en estudio y que se encuentra tipificado en nuestra legislación penal del fuero común y del fuero federal, por lo que por el momento nos quedaremos con esta idea. Como ya dijimos no está del todo errónea la definición señalada anteriormente, ya que en la actualidad debido a que el delito como todas las cosas va evolucionando y va tomando nuevas formas, ha llegado a tal grado, que efectivamente se realiza la comercialización de menores en nuestros tiempos. En épocas anteriores también se dio este fenómeno; en roma, era legal esta situación, por ello se comercializaba con personas, los romanos llegaron a considerar a sus esclavos como cosas, y ante esto la compra venta de esclavos era válida, sin embargo en la actualidad las personas han aceptado la idea de que no somos cosas y que por ello, nadie puede ser vendido a otra persona, razón por la cual la humanidad entera, ha pretendido defender y proteger la libertad, y en estos momentos también a los menores, por ser éstos los entes razonables más vulnerables de nuestra sociedad, por lo que la comercialización de personas en cualquiera de sus formas, es a todas luces ilegal, y por lo tanto esta prohibida en la ley. Y por tratados internacionales, y mediante la regulación y creación de leyes que repriman este tipo de conductas y al mismo tiempo protejan a los menores, mediante el otorgamiento y reconocimiento de derechos que éstos siempre han tenido, pero que hasta hoy se les han reconocido. Por ello es que trataremos de señalar algunos de sus antecedentes más importantes y que tienen una relación directa con nuestro tema en estudio.

1.2 ANTECEDENTES HISTORICOS

Para poder hablar de los antecedentes del tráfico de menores es necesario remontarnos a los orígenes de los derechos que se han creado y que se han reconocido con la finalidad de proteger a los menores, por ser estos los más vulnerables en nuestra sociedad, ya que al ser inimputables no tienen la plena conciencia para saber cuales son sus derechos y cómo hacerlos valer, por ello la sociedad en general y la comunidad internacional ha creado normas y sistemas para velar por sus intereses, y ha optado por llevar a cabo campañas tendientes a ampararlos y protegerlos ante los diversos problemas sociales que en la actualidad se viven día con día, sobre todo, por el hecho de que los menores enfrentan actualmente diversas problemáticas, tales como la prostitución infantil, la pornografía infantil, el abuso, el secuestro, y el traslado ilegal de un país a otro con diversos fines ilícitos, siendo el tráfico de menores en muchos de los casos, el medio que sirve para cumplir con ellos y en su mayoría para efectuar otros delitos de los cuales son víctimas continuamente.

Así pues encontramos como antecedentes mas mediatos y recientes, y ante la grave y continua desprotección y violación a los derechos de los niños, por un lado en 1924 la Declaración de Ginebra, por otro la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1959, que fueron los primeros antecedentes así como La Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, y desde luego el antecedente directo de nuestro tema de estudio, que es la Convención Interamericana sobre el Tráfico De Menores y que dieron origen a que en nuestra legislación en el Nuevo Código Penal del Distrito Federal y el Código Penal Federal, la regulara y no se quedara a la saga del derecho internacional.

Sabemos que la venta y el tráfico de niños afecta de modo particular a numerosos países, apareciendo como una nueva forma de violencia sobre los niños. La Convención sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de Noviembre de 1989,

asigna especial atención a este problema, comprometiéndose a diversos países en ellos el nuestro, a la adopción de "medidas que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma" y por lo cual citamos lo estipulado en el artículo 35 de la misma sin perjuicio de retomarla más adelante:

"Los Estados parte tomarán todas las medidas de carácter Nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma"¹³.

Este es un artículo, quizás el más importante de esta convención que tiene relación con nuestro tema en estudio, y debido a que el tipo penal de tráfico de menores es de reciente creación, también los antecedentes de éste lo son, ya que anteriormente no se había dado con tal frecuencia y magnitud esta problemática, y ante el aumento actual de la venta de menores, se han empezado a concientizar los distintos Estados y países, y han comenzado a tratar de proteger a éstos, con distintos instrumentos internacionales; sin embargo hemos de señalar y resaltar como primer antecedente en relación a la protección de los menores y quizás el más antiguo, a la *Lex Pleatoria* del Derecho Romano, que fue una ley que trató de proteger a los menores de doce ó catorce años y menores de veinticinco años no dotándoles de capacidad de ejercicio. María Isabel Álvarez Vélez en su libro "La Protección de los Derechos del Niño en el Marco de las Naciones Unidas y en El Derecho Constitucional Español" cita al pie de su página 4, lo siguiente "la *lex pleatoria de circumscriptione adolescentum*, fue rogada por el tribuno pleatorius, anterior al año 186, A.C, y pretendía amparar a los menores de veinticinco años castigando a aquellos que abusando de su inexperiencia les indujeran a realizar actos que les fueran desventajosos o perjudiciales,"¹⁴. con lo que se puede apreciar que desde los romanos ya existía preocupación por los menores y la conciencia de que se les tenía que proteger por ser más vulnerables. Así muchos

¹³ López Rivera, José Alberto. libro en CD Rom, Los Lineamientos del Derecho Internacional Privado y La adopción en el ámbito internacional, punto 2 del disco uno, México 26 de octubre 2000, Pág. 20.

¹⁴ Álvarez Velez, María Isabel. Ob cit. ,pag 23.

de los países que tiene influencia del Derecho Romano, si no es que todos, han señalado diversas edades como mínimas para dotar a los menores de capacidad de ejercicio, pero ahí es donde muchos se quedaron, y no fue sino hasta nuestros días que se comenzó una verdadera campaña para tratar de protegerlos, siendo considerado menor, en el ámbito internacional de manera estandarizada, la edad inferior a dieciocho años, igual que en La Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional De Menores en su artículo segundo que ya señalamos anteriormente y que más adelante retomaremos. Por otro lado los Estados en nuestros días, han celebrado diversos tratados y convenciones que forman parte del antecedente de nuestro tema en estudio y que a continuación analizaremos.

Como primer antecedente reciente señalaremos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la cual en la mayoría de sus artículos le es aplicable a los menores, con excepción de aquellos artículos que se refieren a los derechos políticos y de los ciudadanos. Citando a Loretta Ortiz Ahlf, en su artículo de Los Derechos Humanos del Niño, ella señala "el niño es titular de todos los derechos, que los instrumentos internacionales conceptualizan como derechos de toda persona humana", salvo aquellos que están sujetos a algún requisito de edad o de Estado. En ese supuesto se encuentran por ejemplo: el derecho a casarse y fundar una familia y los derechos políticos."¹² En este sentido estamos de acuerdo en lo que ella señala, pues como tal los niños también entran en este supuesto por el simple hecho de ser humanos, y como tal tienen la prerrogativa a los mismos y a que se les proteja.

La Declaración Universal De Los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, como dijimos, es uno de los antecedentes primarios de los derechos de los niños. En el penúltimo de sus considerandos señala: "considerando que los Estados miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades

¹² Ortiz Ahlf, Loretta. Derechos de la Niñez, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, serie G, Estudios Doctrinales número 126, México 1990, pag. 242.

fundamentales del hombre, ..."¹⁶ en este párrafo se aprecia que la humanidad en general se ha propuesto a garantizar, como se dice en dicha declaración, el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos, por lo que esta declaración no sólo protege a los adultos sino que se extiende su ámbito de protección a los niños, por el simple hecho de ser éstos, también seres humanos, y tiene como finalidad proteger a ambos en su libertad humana. Por otro lado encontramos en esta declaración dentro de los artículos que contiene, uno que se nos hace el más importante; el artículo séptimo de la misma, que señala lo siguiente:

Artículo 7.- todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

En el artículo que se ha citado, se resalta en su primera parte, que todos sin distinción, tenemos derecho a la protección de la ley, que es un principio general de nuestro derecho, y que como tal, no excluye a los niños de ninguna manera de esa protección, sino todo lo contrario se extiende hasta ellos, de ahí que se hayan preocupado los Estados de crear leyes, que permitan también el proteger a los niños de nuestra humanidad y al mismo tiempo crear leyes y celebrar Convenios Internacionales que se avoquen a protegerlos del mundo en general, dando origen a la Declaración de los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, de 1959, así como a la Convención sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989, y a la Convención Interamericana sobre el Tráfico de Menores. Este artículo, considero que es la base de toda persona, y del derecho ha ser protegidos por la ley, dichas leyes deberán ser otorgadas por los Estados y los países, tendientes a proteger a su población y en el caso que nos ocupa a los niños en particular, no sólo por el hecho de que el Derecho regula la conducta

¹⁶ Rodríguez y Rodríguez, Jesús (compilador), Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-DEA, editado por la Comisión Nacional De Derechos Humanos, México diciembre de 1994, pag 121.

de los hombres sino que éste, en tratándose de menores, también se debe preocupar por ampararlos y protegerlos de la violación a su libertad y a su integridad física.

Esta Declaración de Derechos Humanos, es el primer antecedente tendiente a proteger a todos los seres humanos, dentro de los cuales encontramos a los menores sin lugar a dudas, por lo que es señalada como el primer antecedente tendiente al reconocimiento de los derechos de los niños y a la creación de normas de carácter nacional e internacional que les otorgue una protección adecuada y al mismo tiempo se sancione a quienes transgredan a dichos ordenamientos legales. *De éste precepto se infiere que todos tenemos derecho a la protección legal y como tal es una obligación del Estado el crear normas tendientes a lograr éste la protección por medio de la ley de todo ser humano.*

Por cuanto hace ya a nuestro tema en estudio, encontramos como otro antecedente la Declaración De Ginebra de 1924. La Sociedad de las Naciones creada por el Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919, que incluye el pacto constitutivo que dio origen a ésta, en su V asamblea de 24 de septiembre de 1924, redactó La Declaración de Derechos del Niño, llamada ó mas conocida como La Declaración de Ginebra de 1924, y en la que se señala lo siguiente:

“Por La presente Declaración de Derechos del Niño, llamada Declaración De Ginebra, los hombres y las mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe conceder al niño cuanto estime mejor y más beneficioso para él, afirma como sus deberes, excluida toda consideración de raza, nacionalidad y creencia religiosa, los siguientes:

1.- El niño debe ser puesto en condiciones de realizar normalmente su desarrollo físico y espiritual.

2.- El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el niño retrasado en su educación debe ser alentado a proseguirla; el niño desviado de la buena senda debe ser vuelto a ella; el huérfano y el abandonado deben ser corregidos y socorridos.

3.- El niño debe ser el primero en recibir socorros en toda ocasión de calamidad pública.

4.- El niño debe ser puesto en condiciones de ganar la subsistencia y de ser protegido contra toda clase de explotación.

5.- El niño debe ser educado inculcándosele el sentimiento del deber que tiene de poner todas sus cualidades al servicio de sus hermanos".¹⁷

En la Declaración transcrita podemos decir que sólo se hace alusión a obligaciones de la sociedad hacia los menores, y no les confiere derecho alguno, sin embargo ésta dio la pauta para comenzar a tratar de crearse diversos tratados y convenciones que les reconocieran Derechos a los niños, y también fueron los primeros esfuerzos porque la humanidad en general se concientizara de que éstos tenían derechos y habrá que reconocérselos.

Otro antecedente fue La Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que es el primer instrumento, con el que por fin se reconocen y se tutelan de manera directa a los menores, la cual realmente es muy pequeña y a continuación citamos y que más adelante comentaremos por ser ésta importante en cuanto al nacimiento de normas que van dirigidas concretamente a tutelar los derechos de los menores:

¹⁷ López Rivera, José Alberto. Ob. Cit. Pag. 23

"DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO PROCLAMADA POR LA ASAMBLEA GENERAL EN SU RESOLUCION 1386 (XIV), DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1959.

Preámbulo.

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y su determinación de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Considerando que las Naciones Unidas han proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento,

Considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle,

La Asamblea General.

Proclama la presente Declaración de los Derechos del Niño a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios:

Principio 1. El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

Principio 2.

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Principio 3.

El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

Principio 4.

El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse,

tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

Principio 5.

El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

Principio 6.

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

Principio 7.

El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.

El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

Principio 8.

El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Principio 9.

El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Principio 10.

El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes¹⁰.

Como podemos apreciar esta declaración es importante fundamentalmente, por el hecho de enfatizar en diversos principios, por un lado que el niño o menor debe ser protegido y figurar entre los primeros que reciban protección y socorro, y que siempre se atenderá al interés superior del niño, y por otro lado que se deben

¹⁰ Rodríguez y Rodríguez, Jesús. Ob. Cit. Pag. 121

crear normas especiales que vayan dirigidas a su protección y que se le debe otorgar mediante la creación de normas, la seguridad social que requiera; estos aspectos en términos de la declaración no son potestativas de los países o de los Estados, sino que son una obligación para los mismos, y son un derecho del niño como parte fundamental de nuestra sociedad, por ser los niños la base de las futuras generaciones.

Es por ello que consideramos que esta es un antecedente de los más importantes para la creación de normas que vayan encaminadas a la protección de los menores y como tal a la creación del tipo penal en estudio, que no tiene otra finalidad más importante que proteger a los menores y tutelarlos. Esta declaración sienta las bases necesarias para concientizar a los Estados, que éstos son la base de nuestra sociedad y como tal deben ser protegidos, hemos de resaltar entre los principios anteriores los que a nuestro parecer tienen mas relación y relevancia con el tema en estudio. Tal es el caso del principio 1 que señala que el niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración, imponiendo una obligación a los Estados de que se respete la declaración y se otorguen los derechos consagrados en la misma a los niños y menores de todos los países. Después el segundo que señala que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño., en este se impone la obligación de los Estados a crear leyes que persigan como fin el que el niño goce de una protección especial. El cuarto principio señala que El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social, este principio es por demás importante por el hecho de que el niño, tiene derecho a gozar de seguridad social de la cual a sido en nuestros tiempos violentada con las problemáticas señaladas con anterioridad, como la explotación laboral a la que algunos son sujetos, aunado a ello el hecho de que en el caso que nos ocupa, el tráfico de menores es una forma de transgredir esa

seguridad social y por el simple hecho de que éstos tienen derecho a gozar de ella, el Estado debe crear esas disposiciones tendientes a brindársela, y entre esas disposiciones encontramos al tipo penal en estudio y el principio séptimo uno de los más importantes; éste señala en el segundo párrafo que *"El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres"*, y esa situación en el caso que nos ocupa en muchas ocasiones no es respetada ni por los padres, este principio tiene una obligación no solo para el Estado sino también para ellos y es la obligación de que el interés superior del menor, debe ser el principio más importante. En el caso de los padres a veces los primeros en lucrar con un niño son ellos, quienes en muchos casos son quienes los venden. El principio octavo señala como obligación que el niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro, y como tal el Estado está obligado a dar una protección a través de la creación de normas tendientes a conseguir ese objetivo. *El principio nueve también es uno de los más importantes pues señala que "El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata"; desde nuestro punto de vista es el antecedente más directo de las normas protectoras de los menores, y en lo particular es el más importante y directo del tráfico de menores, pues prohíbe cualquier tipo de trata de los niños, es decir el tráfico o comercio de los niños. Por lo que hemos de señalar como antecedente primario y directo este principio de la declaración de los derechos del niño, para que en nuestra legislación se tipificara el delito de tráfico de menores.*

Es necesario señalar que en el diccionario El Pequeño Larousse Ilustrado de 1997, se define a la palabra Trata como "el tráfico o comercio con seres humanos."¹⁹

¹⁹ El Pequeño Larousse Ilustrado 1997, Diccionario Enciclopédico. Ob. Cit. pag. 993.

En la Convención de los Derechos del Niño encontramos ya visos claros de normas tendientes a proteger a los niños del tráfico de menores, sobre todo en su artículo 11 que a la letra dispone:

Artículo 11.-

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Otro antecedente, el más mediato quizá y que dio origen a que las legislaciones de varios Estados se preocuparan por proteger a los menores es la Convención Interamericana Sobre el Tráfico Internacional de Menores, incluyendo a nuestro país, la convención de referencia se encuentra constituida por treinta y cinco artículos, y toma como base el artículo 11 y 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de Noviembre de 1989, artículos de los cuales ya hemos hablado anteriormente. La Convención Interamericana Sobre el Tráfico Internacional de Menores, fue firmada por los Estados que participaron el dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, de ésta, considero que tiene dos artículos muy importantes, y que tienen relación directa con nuestro tema en estudio, ya que los demás se refieren a sistemas de cooperación y obligaciones de los Estados para prevenir, adoptar medidas y normas, y restituir a los menores que han sido objeto del delito de tráfico internacional de menores. Los dos artículos son el primero y segundo que resaltaremos a continuación;

Artículo 1.- el objeto de la presente convención, con miras a la protección de los derechos fundamentales y de interés superior del menor, es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo.

En tal sentido los Estados parte de esta convención se obligan a:

- a) Asegurar la protección del menor en consideración a su interés superior;
- b) Instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados parte que consagre la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese propósito ; y
- c) Asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Artículo 2.- esta convención se aplicará a cualquier menor que se encuentre o resida habitualmente en un Estado parte al tiempo de la comisión de un acto de tráfico internacional contra dicho menor.

Para los efectos de esta convención:

- a) "Menor" significa todo ser humano cuya edad sea menor a los dieciocho años.
- b) "Tráfico internacional de menores" significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción el traslado o la retención, de un menor con propósitos ilícitos.
- c) "Propósitos ilícitos" incluyen , entre otros, prostitución, exploración sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se halle localizado.

d) "Medios ilícitos" incluyen entre otros secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pago o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se encuentre.

Como podemos apreciar estos dos artículos son la base para regular en los Estados y en nuestro país el tráfico de menores, sin embargo no estamos de acuerdo en la concepción que estos dan sobre los que es el tráfico internacional de menores, pues en la definición señalan que se da el tráfico cuando se hace el traslado retención o sustracción del menor con fines ilícitos, situación que no necesariamente tiene que ser así, ya que el tráfico internacional desde nuestro punto de vista se actualiza, cuando se hace entrega de un menor a otro en custodia definitiva a cambio de una remuneración económica y se traslada al menor de un país a otro. hemos pretendido puntualizar esta situación derivada de la definición dada por nosotros anteriormente, trasladándola al ámbito internacional, ya que consideramos que el tráfico internacional de menores se describe de manera incorrecta, pues en el ámbito del derecho internacional es el traslado, retención o sustracción de un menor con propósitos ilícitos, y consideramos que no se requiere de los fines ilícitos necesariamente para que se actualice, pues en muchos de los casos estos propósitos ilícitos señalados en esta convención, constituyen delitos diversos y autónomos y desde nuestro punto de vista, el tráfico es un delito con características propias, y por ello autónomo y diferente a los antes descritos, por ello este se configura de acuerdo al concepto de tráfico y de menor como lo hemos definido, ya que los propósitos ilícitos que señala la convención pueden constituir una consecuencia o fin del tráfico de menores y como tal pueden constituir otros delitos diversos; dicho de otra manera, un mismo sujeto puede cometer el delito de tráfico de menores y otro de los delitos enunciados en la convención como propósitos ilícitos, tal es así que nuestros

códigos penales en estudio los han separado tipificándolos como delitos diferentes y separando cada una de las conductas delictivas señaladas por la convención como propósitos o fines ilícitos, como ejemplo en nuestro código se tipifica el tráfico de menores y la prostitución infantil, que son conductas diversas y delitos autónomos; en una se trafica con el menor y en otra se prostituye al menor, las dos conductas son diferentes y en nuestra legislación se han creado dos tipos penales autónomos, pudiéndose cometer por un sólo sujeto ambos delitos, sin embargo y para no abundar en el tema que no forma parte de nuestro estudio, concluiremos que es el antecedente directo y más mediato del delito que en nuestros Códigos Penales Del Fuero Común y Federal se encuentra tipificado como tráfico de menores, y que a continuación entraremos a analizar en nuestros siguientes capítulos.

CAPITULO II

DELITO

2.1 CONCEPTO DE DELITO

En este capítulo señalaremos qué es un delito y cómo es definido por nosotros y por algunos autores, pues consideramos que es necesario comenzar con su etimología, para después considerar algunas acepciones generales que nos darán una idea más amplia de lo que es el delito en general.

Fernando Castellanos Tena nos dice que delito viene del "verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley"²⁰.

Por otro lado Ignacio Villalobos , señala que "la palabra delito deriva del supino *delictum*, del verbo *delinquere*, a su vez compuesto de *linquere*, dejar, y el prefijo de; en la connotación peyorativa, se toma como *linquere viam o rectam viam*; dejar o abandonar el buen camino"²¹.

En cuanto a como es conceptualizado el delito, hemos de referir que existen diversas definiciones de tipo sociológicas, psicológicas, criminológicas, etcétera pero hemos de atender en el caso que nos interesa a la jurídica fundamentalmente.

En este sentido encontramos a Francesco Carrara que es considerado como el padre de la escuela clásica, y define al delito como "la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que

²⁰ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales De Derecho Penal, Editorial Porrúa, trigésima séptima edición 1987, pag. 12

²¹ Villalobos, Ignacio. Derecho penal mexicano parte general, editorial porrúa, tercera edición, México. 1975, pag. 202.

resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y socialmente dañoso²², este nos dice que el delito no es un ente de hecho sino un ente jurídico, es decir que no lo considera como un hecho, algo que existe, sino como algo jurídico, que nace del propio derecho, pues es éste, el que le da su existencia, y solo surgirá el delito, cuando se viola al derecho mismo.

Este autor señala que es una *infracción a la ley*, porque para que se dé el delito, se requiere de la violación a la misma, es decir el abandono de la norma jurídica, entendida como una infracción de la ley *del estado*, pues nace de la violación de leyes dadas por el hombre; pero no sólo eso, sino que también esa ley debe ser además *promulgada*, puesto que está se vuelve obligatoria, únicamente a partir de que es promulgada a los ciudadanos, y se da para *proteger su seguridad*, ya que la idea del delito, surge de la agresión a la seguridad de los mismos, y sólo nace éste, cuando se lesiona a esa ley. Así pues el autor también nos señala *de los ciudadanos*, precisamente para expresar la idea de seguridad pública, pues los derechos privados son de carácter particular, pero la seguridad pública se refiere a derechos públicos cuya obligación pensamos ésta en el Estado de protegerlos, y al decir que *resulta de un acto externo*, se refiere a que, para ser sancionado el hombre, necesita realizar un acto, pues de otra manera no se puede sancionar su actuar interno como su pensamiento o sus ideas, sino únicamente cuando los exterioriza, de ahí que diga que son actos del hombre porque el derecho regula solo a éstos. éste acto debe ser siempre *positivo o negativo*, refiriéndose así a que el hombre en ciertas circunstancias está obligado legalmente a realizar un acto y en otras a no realizarlo; *moralmente imputable*, porque éste tiene la capacidad de entender lo bueno y lo malo, es decir, que tiene libre albedrío y por tanto, se le puede reprochar su conducta; y por último dice que el acto debe ser *socialmente dañoso* pues con su conducta daña a la sociedad, que el derecho trata de proteger.

²² Carrara Francesco Programa de Derecho Criminal Parte General, volumen I, Editorial Temis, Bogota Colombia 1998 pag 43.

De lo anterior podemos decir que Francesco Carrara, señala como delito a la infracción a la ley, cometida por un acto humano, básicamente, pues desde nuestro punto de vista el acto moralmente imputable, y socialmente dañoso, no forma parte del delito en sí, sino de la reprochabilidad de esa conducta, y tampoco es posible hablar de conductas moralmente imputables, pues las normas morales no son sancionadas legalmente, sólo las normas y leyes jurídicas, por tanto consideramos que su definición de delito es muy criticable y lo mas que podemos rescatar es que señala que el delito nace de la violación a la ley, que hace una persona y que esa violación se realiza a normas del derecho público, pues las normas de derecho privado se sancionan civilmente, y no penalmente. Por lo que para él. el delito se constituye de la infracción al derecho mismo.

Según diversos autores señalan dos nociones de carácter jurídico, la jurídico-formal y la jurídico-sustancial. La primera trata de definir al delito pensando en que se debe partir de su característica fundamental, y que es que éste tenga una pena y la segunda trata de definirlo partiendo de las partes que lo conforman, integran y constituyen.

En la corriente jurídico-formal, Francesco Carrara señala que dentro de esta corriente "encontramos a Edmundo Mezger, que señala que el delito es una acción punible, esto es el conjunto de presupuestos de la pena"²⁰.

Por otro lado en nuestro derecho positivo Mexicano, encontramos el concepto de delito en "el Artículo 7 del Código Penal Federal, que lo define como el acto u omisión que sancionan las leyes penales"²¹.

²⁰ Casteñanos Tena, Fernando. *Op. Cit.* pag. 129

²¹ *Agenda Penal, Código Penal Federal.*, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, México, 2004. Pag. 2

El delito puede ser castigado por una pena o medida de seguridad y no por ello ya no es delito, de ahí que no podemos considerar que el delito depende forzosamente de una pena, como lo señala Edmundo Mezger, o lo señala el Código referido, por lo que desde ahora apuntamos que no siempre puede hablarse de la pena como característica del delito.

En este sentido, podemos apuntar que existen delitos en los que no se aplica una pena, pues en muchos casos, sólo ameritan la imposición de una medida de seguridad, por ello creo que al referirse el legislador que delito es todo acto u omisión que sancionan las leyes penales, indudablemente se refirió a que delito es el acto u omisión que es sancionado con una pena de prisión, y creo que lo hizo de manera errónea, por lo que si el legislador, quiso definir al delito, debió decir que delito es todo acto u omisión que puede ser sancionado con una pena o medida de seguridad, en su caso, pero no por ello, queremos decir, que estemos de acuerdo, en que el delito requiere necesariamente de la imposición de una pena o medida de seguridad para ser delito, pues pensamos que la pena es una consecuencia de la comisión del delito y por ello no forma parte del mismo, por ejemplo una persona que roba, comete un delito, pero si por el transcurso de el tiempo prescribe la posibilidad de ser sancionado ese delito de robo, no por ello deja de ser delito, sino que el delito sigue existiendo, solamente que por cuestiones legales, ya no puede ser castigado.

El Nuevo Código Penal Del Distrito Federal, que entró en vigor el 16 de noviembre del año 2002, modificó la redacción del artículo séptimo del Código Penal Federal, y en el mismo ordenamiento define el delito en su artículo primero, el cual dispone lo siguiente:

“A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para

cada una de ellas señale la ley y la pena y medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta²².

De este precepto se desprende que delito es el acto u omisión que la ley determine como tal.

Asimismo de ésta se destaca, que no señala como requisito una pena para que el acto u omisión se considere delito, sino que la pena y la medida de seguridad se considera como una consecuencia de la comisión del ilícito, la cual se impondrá cuando éste se actualice.

El Código en comento acepta que el delito se conforma por varios elementos y solo se aplicará pena o medida de seguridad cuando se acredite la existencia de ellos, como establece en su artículo segundo:

“No podrá imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate²³.”

Por lo tanto, el legislador señala que delito es el acto u omisión que es considerado por la ley como tal y a su vez, se conforma por diversos elementos.

Otra forma de definir al delito es la jurídico-substancial, la cual trata de desentrañar su verdadera naturaleza, y en este sentido definirlo a través de las partes que lo integran, por lo cual diversos autores han pretendido partir de esas partes variando en todos ellos algunos elementos, que para unos son indispensables y para otros no; por ejemplo, para algunos es indispensable la punibilidad, y para otros no, por ello señalaremos algunas de las definiciones que consideramos mas importantes, para el maestro Raúl Carranca y Trujillo “el delito presenta las siguientes características: es una acción antijurídica, culpable y típica, por ello es punible según ciertas condiciones objetivas o sea que esté conminada

²² Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal, Editorial ISEF México, 2004. Pag. 1

²³ Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal, Ob. Cit. Pag. 2

con la amenaza de una pena²⁴, y además éste agrega la imputabilidad, como elemento del delito; sin embargo nosotros consideramos que la imputabilidad no es un elemento del delito en sí, sino que es un elemento para la aplicación de la sanción, pues la misma, está supeditada a la capacidad de entender el hecho delictuoso y en estas condiciones se conozca o no, ésta se tomará en cuenta para la aplicación de la sanción, por ello desde nuestro punto de vista no forma parte.

Mezger, define al delito como "el acto humano típicamente antijurídico y culpable"²⁵.

Cuello Calón define al delito como "la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible"²⁶.

Jiménez de Asúa textualmente dice: "delito es el acto típicamente antijurídico culpable sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal"²⁷.

Para Beling es una "acción típica antijurídica culpable sometida a una adecuada sanción penal"²⁸.

Para Max Ernesto Mayer delito es un "acontecimiento típico, antijurídico e imputable"²⁹.

Coincidimos con la definición del Nuevo Código Penal del Distrito Federal, en la que señala que delito es el acto u omisión que es considerado por la ley de esta manera y que puede o no, ser sancionado con la imposición de una pena o medida de seguridad, y al mismo tiempo, se conforma por diversos elementos,

²⁴ Carrasqui y Trujillo, Raúl, Carrasqui y Rivas, Raúl, Derecho Penal Mexicano Parte General, Porrúa, México, 1998, pag 223.

²⁵ Villalobos, Ignacio., Ob. cit. pag. 210

²⁶ Castejanes Tena, Fernando., Ob. cit. pag. 129

²⁷ Lopez Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito, Editorial Porrúa, cuarta edición, México 1997, pag 65.

²⁸ Ibid pag 65.

²⁹ Ibid. pag 65.

que analizaremos a continuación señalando cuales son los aspectos positivos y aspectos negativos del delito.

2.2 ASPECTOS POSITIVOS DEL DELITO

Podemos decir, que el delito está conformado por diversos elementos, y entre esos encontramos los aspectos positivos y los aspectos negativos; de éstos sólo los primeros son elementos del delito, y los segundos son aspectos que niegan la existencia del mismo y por tanto se contraponen a los primeros. Los aspectos positivos son aquellos que dan vida al delito como tal y al mismo tiempo forman parte de él de una u otra manera, en algunos casos son inherentes al delito y en otros son consecuencia del mismo, sin embargo de cierta forma siguen dependiendo de él; en cambio los aspectos negativos son todos aquellos que anulan la existencia del delito, es decir lo dejan sin vida, por tanto los aspectos positivos cuando se presentan en conjunto dan vida al delito, y contrario-sensu, los aspectos negativos cuando se presenta alguno de ellos, no permiten su existencia.

En los aspectos positivos encontramos a los siguientes elementos que según la doctrina y diversos autores son, la conducta, la tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condicionalidad objetiva y punibilidad, por ello hablaremos en este capítulo de cada uno de estos, puntualizando que es cada uno de ellos a que se refiere cada elemento, sin entrar al estudio de la condicionalidad objetiva y la punibilidad por considerar nosotros que no forman parte del delito en sí mismo, por ser una consecuencia del mismo pero no un requisito para su existencia.

Empezaremos por hablar del primer aspecto positivo mencionado que es la conducta, pues es el primero de los elementos del que requiere el delito para su configuración y existencia.

LA CONDUCTA

La conducta es definida por diversos autores como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito. Otros la definen como el comportamiento humano voluntario activo o negativo, que produce un resultado. Nosotros consideramos que la conducta es un comportamiento humano voluntario activo o negativo, pues si hablamos de que va encaminado a un propósito ya implica desde nuestro punto de vista, la realización de un hecho, y por tanto una manifestación de la voluntad, y con ello un comportamiento activo, y de ninguna manera un comportamiento pasivo, pues en el comportamiento negativo implica un actuar pasivo, es decir un no actuar, un no manifestar la voluntad que puede o no estar encaminado a producir un resultado, y no por ello implica necesariamente que se tenga un propósito o bien se busque producir ese resultado, tal es así que nuestro derecho positivo, sanciona tanto a quien actúa como al que omite actuar; de igual forma se puede dar un delito al omitir una acción para producir un resultado, por ello consideramos que la conducta es un comportamiento humano voluntario positivo o negativo, por ejemplo el sujeto que ve un incendio y teniendo la posibilidad de evitar que una persona se lastime omite evitar ese resultado, en este supuesto el sujeto puede o no querer el resultado, que es que una persona se lesione, pero no hace nada por evitarlo, en este supuesto el sujeto tiene un comportamiento negativo que no necesariamente va encaminado a un propósito o a producir un resultado, pero por su omisión se lesiona una persona, por ello también es sancionada, haya o no querido el resultado, por lo que la conducta solo se compone por un comportamiento humano positivo o negativo independientemente de que el sujeto tenga un propósito o quiera producir el resultado, de ahí que la conducta es un elemento del delito sin duda alguna, pues es indispensable para que exista el delito, ya que se requiere de un actuar, o un no actuar de un humano, esto acorde con nuestra legislación, únicamente son responsables de un delito, las personas, que en su actuar pueden distinguir del bien y el mal y no los animales, los objetos

o las personas morales, pues el Derecho Penal regula solo a los seres humanos, ya que los animales actúan por instinto, los objetos no actúan y las personas morales requieren para su actuar de personas físicas necesariamente.

La conducta que se sanciona penalmente según se desprende del Código Penal Del Distrito Federal en su artículo 1 y del artículo 7 del Código Penal Federal, por dos aspectos a saber, por hacer positivo ó negativo, el primero consiste en actos que la ley determina como acciones, y el segundo en abstenciones que la ley determina como omisiones, y las cuales son consideradas como delitos en el Derecho Penal, pues los mismos a la letra disponen:

“Artículo 1.- A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad sino por la realización de una **acción u omisión expresamente previstas como delito** en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en esta³⁰.”

“Artículo 7.- **delito es todo acto u omisión que sancionan las leyes penales**”³¹.

De los mismos se infiere que el delito y en particular la conducta se presenta por realizar una acción o por realizar una omisión, por lo que a continuación estudiaremos a ambas.

Acción

La acción es definida como aquella actividad que realiza el sujeto.

³⁰ -jencia penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal, Ob. Cit. pag. 1

³¹ Agenda penal. Nuevo Código Penal Federal, Ob. Cit. pag. 2

También se dice que es aquella actividad que realiza el sujeto produciendo consecuencias en el mundo jurídico. Esta consiste en una actividad corporal, externa, y el derecho solo se ocupa de los actos externos, pues estos son los únicos que pueden producir un resultado en el exterior, pues cualquier otro acto interno, no produce ningún resultado en éste, ya que quedan dentro de la mente del sujeto, la conducta de acción es un acto voluntario que consta de un elemento físico y un elemento psíquico, mientras que el acto interno solo consta de un elemento psíquico, por ello es que el acto externo de acción, tiene siempre una actividad voluntaria del sujeto que tiene un nexo causal con el resultado producido.

La Licenciada Irma Griselda Amuchategui Requena, al respecto señala; "la acción consiste en un actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo varios movimientos corporales,"³² a lo que nosotros estamos de acuerdo en virtud de que esos movimientos corporales se manifiestan al exterior, y para que se de el movimiento se requiere de la voluntad del agente.

El Doctor Fernando Castellanos Tena, señala, " el acto o acción , *strictu sensu*, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación, y menciona que según Cuello Calón, la acción, en sentido estricto es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro que se produzca."³³, por ello es que concluimos, que la acción es un acto o hecho positivo, voluntario que produce una modificación en el mundo exterior, y a la cual denominamos resultado.

Diversos autores señalan que la acción, en el derecho penal, está compuesta por tres elementos para ser sancionada penalmente, que son los siguientes.

³² Amuchategui Requena, Irma Griselda, Derecho penal, Arla, México, 1998. pag. 49

³³ Castellanos Tena, Fernando., Ob. cit. pag. 152

- 1.- movimiento voluntario
- 2.- resultado
- 3.- nexo causal o relación de causalidad entre estos dos.

Movimiento voluntario

El movimiento se refiere a el acto voluntario que realiza el sujeto, es decir el acto positivo que el sujeto quiere realizar, y que se manifiesta en el exterior, esto se da pues en caso de que el sujeto realice un movimiento involuntario estaríamos ante un acto reflejo quizás, y que por lo tanto no implica la voluntad del agente, por lo que en este caso estaríamos ante una ausencia de conducta que mas adelante estudiaremos, de tal suerte que para que la acción sea sancionada penalmente se requiere que el sujeto realice esa acción o hecho de manera voluntaria; algunos autores dividen este elemento en dos, en movimiento y voluntad, sin embargo la acción del derecho penal requiere necesariamente, de la voluntad del sujeto, de otra manera no habría delito, por ello es que nosotros los hemos unido en uno solo.

Resultado

El otro elemento es el resultado, que es la consecuencia que se produce en el mundo exterior por la acción o hecho realizado, es el fin buscado por el sujeto con ese actuar, y que para el derecho penal, debe ser sancionado, por violarse una prohibición de la norma, en otras palabras la consecuencia del hecho realizado, es decir el resultado producido, debe ser sancionado en la ley penal, por configurar un delito descrito y penado por la ley.

Nexo causal

El nexo causal o relación de causalidad entre la acción y el resultado, es el nexo que une a la conducta con el resultado, es lo que une a la causa con el efecto, es decir la conducta que da origen al resultado, el nexo causal es la relación que existe entre la acción física y el resultado producido, esto es debe existir en el derecho penal para que esa acción sea sancionada, una relación entre el comportamiento humano y el resultado producido en el mundo exterior.

Estos tres elementos son los componentes de la acción realizada por el sujeto para que en el derecho penal sea sancionada esa acción.

Omisión

La omisión es otro de los aspectos de la conducta. La omisión se define como el no ejecutar, voluntariamente, un hecho que debiera haberse efectuado, o bien como aquella inactividad que realiza el sujeto es decir un hecho negativo, un no hacer o dejar de hacer, cuando se tiene la obligación de actuar de una u otra manera; ésta consiste en una inactividad corporal, voluntaria, cuando el sujeto tiene la obligación de realizar un determinado comportamiento, y que para que tenga efectos en el derecho penal, es necesario, que esa inactividad tenga implícita por la norma una obligación de actuar, de ahí que se desprenda que la omisión se compone de los siguientes elementos:

- 1.- una inactividad voluntaria
- 2.- un deber jurídico de obrar
- 3.- resultado típico jurídico.

Inactividad voluntaria

Esta consiste en que el sujeto deje de realizar una conducta de manera voluntaria, esto es que el sujeto por voluntad propia no efectúa una acción

ordenada por la ley penal, este elemento, algunos autores lo dividen en dos, en inactividad y voluntad, sin embargo en el mundo del derecho penal, para que la omisión sea sancionada, debe realizarse por propia voluntad del sujeto, por ello es que la omisión, siempre debe ser realizada de manera voluntaria, y no por una coacción o un factor ajeno al agente, pues entonces estaríamos ante un aspecto negativo del delito, y por lo tanto no existiría este, de ahí que nosotros concluimos, que este es un elemento, y no dos, como otros autores lo señalan.

Un deber jurídico de obrar

El deber jurídico es la obligación que la ley impone al sujeto de obrar, y en el derecho penal, para que la omisión sea sancionada debe tener impuesta por la norma, la obligación legal de que el sujeto realice un determinado acto, y en caso de no hacerlo, se sancionará penalmente, esto es que la norma debe imponer a el sujeto, una obligación de obrar, de una u otra manera en determinadas circunstancias, y ante su inactividad, se sancionará al sujeto penalmente, el deber jurídico siempre se encuentra inmerso en la norma penal, y en la omisión siempre se incumple con esos deberes.

Resultado típico

Este lo definimos como la consecuencia que se produce por la inactividad del sujeto, teniendo una obligación y un deber jurídico de actuar, es la consecuencia de un hecho negativo, que se encuentra sancionado por la ley penal, ante la obligación que la ley impone de obrar en determinadas circunstancias.

Clases de omisión

Hemos de señalar que la omisión puede tener dos clases, puede ser una omisión simple o comisión por omisión, también llamada omisión impropia.

Omisión propia o simple

La omisión simple, también conocida como omisión propia, consiste en dejar de hacer lo que se tiene obligación de realizar, ya sea voluntaria o imprudencialmente, y con lo cual se comete un delito, aunque no haya un resultado en el mundo exterior, como sucede en los tipos preceptivos, como el no denunciar un delito cuando se está obligado legalmente a hacerlo o el portar un arma cuando se tiene la obligación de no portarla

Comisión por omisión u omisión impropia

La comisión por omisión también conocida como omisión impropia, consiste en una inactividad del sujeto, dejar de hacer lo que se tiene obligación de hacer ya sea voluntaria o imprudencialmente, y cuya abstención produce un resultado en el mundo material, considerado como delito, por violar una norma preceptiva y otra prohibitiva, esto es omitir una ley que da un resultado prohibido por la misma, como cuando un médico tiene la obligación de atender a un paciente, y al no hacerlo éste muere, la norma preceptiva es la que impone la obligación de que el médico atendiera al paciente, y la norma prohibitiva es el hecho de que está prohibido el matar, y se produce un resultado en el exterior pues el sujeto muere, por lo que éste cometerá un delito de homicidio, por no haber atendido a su paciente cuando tenía la obligación de hacerlo, por lo que pensamos que la diferencia entre la omisión y la comisión por omisión, radica substancialmente en que en el primero sólo se realiza un no hacer, es decir una omisión que no produce modificación en el mundo exterior, y en el segundo se realiza, un no

hacer que produce un resultado en el exterior, es decir una omisión que voluntariamente produce un resultado en el exterior.

LA TIPICIDAD

Tipo

El segundo de los aspectos positivos que constituyen al delito es la tipicidad, que es uno de los elementos, básicos del delito, sin embargo antes de entrar al estudio de este es necesario hablar de lo que es el Tipo penal, el cual para muchos autores es la suma de los elementos del delio, definición con la cual no estamos de acuerdo pues entonces ya estaríamos hablando del delito, en sí, y el tipo no es el delito en sí mismo, sino que es desde nuestro punto de vista la descripción legal de una conducta considerada como delictiva o bien la descripción de un hecho humano considerado por la ley como delito.

Podemos decir que Tipo, es la creación legislativa; es la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos penales.

En muchos casos, suele hablarse indistintamente de tipo, delito, figura típica, ilícito penal, conducta típica, y cualquiera otra idea similar, sin embargo estas son ideas de lo que es el tipo para muchos pero no del tipo en sí mismo

La Suprema Corte de Justicia de La Nación, respecto a la clasificación de los delitos en orden al tipo ha manifestado, que desde un punto de vista doctrinario en relación con la autonomía de los tipos estos se clasifican en: básicos, especiales, y complementarios.

Los básicos se estiman en razón de su índole fundamental, y por tener plena independencia.

Los especiales suponen el mantenimiento de los caracteres del tipo básico, pero añadiéndole alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico, y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial, de tal manera que éste elimina al básico.

Por último los tipos complementarios presuponen la aplicación del tipo básico a que se incorporan.

"Al hablar de tipo el profesor Reinhart Maurach Heinz Zipf, señala que mediante la formación de un tipo, se somete a la potestad estatal, a un comportamiento, anti-normativo, solo así la contravención normativa se transforma en delito"³⁴.

Todas las conductas socialmente dañosas que no estén enmarcadas en un tipo, o en la ley, considerados como delito no serán sancionables por el derecho penal, así este representa como todos sabemos una garantía por un lado mediante una limitación al Estado y al poder punitivo del mismo, y por la otra el fundamento del delito mismo, por las razones que ya hemos expresado con anterioridad, asimismo éste es la descripción hecha por el legislador, es una conducta antijurídica plasmada en una ley. Se ha considerado al tipo penal, como un instrumento legal necesario y de naturaleza descriptiva, razón por la cual también se conforma de las modalidades del hecho delictuoso como pueden ser, el tiempo, lugar, referencia legal a otro ilícito, así como los medios empleados que de no darse, tampoco sería posible se de la tipicidad, por lo que son considerados tres los elementos del tipo: la acción, los sujetos y el objeto. La licenciada Irma Griselda Amuchategui Requena, señala que para ella, "el tipo es

³⁴ Heinz Zipf, Reinhart Maurach, derecho penal, parte general, editorial Astrea, séptima edición alemana, 1994, pag. 346.

la descripción legal de un delito, o la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva³⁵.

TIPICIDAD

La tipicidad es la adecuación de la conducta desplegada por el sujeto al tipo penal, o sea el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley.

Cada tipo penal señala sus propios elementos, elementos del tipo, los cuales deberán reunirse en su totalidad, de acuerdo con lo señalado en la norma, de manera que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal, formulada por el legislador.

Para Jiménez de Asúa, La Tipicidad, es " la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora, expresada en la ley en cada especie de infracción"³⁶.

La Suprema Corte de Justicia de La Nación, ha establecido que: para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad, desplegada por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal.

La importancia de la tipicidad es fundamental, ya que si no hay adecuación de la conducta al tipo penal, podemos afirmar que no hay delito; razón por la cual debemos tener cuidado de no confundir tipicidad con tipo, la primera se refiere a la conducta y el segundo pertenece a la ley en sí misma, es decir a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador sobre un hecho ilícito, es la fórmula legal a la que debe adecuarse la conducta, para la existencia de un delito.

³⁵ Amuchátegui Requena, Irma G. Ob. Cit. Pag. 53

³⁶ Jiménez de Asúa, Luis, tratado de derecho penal, III, segunda edición, editorial lozada s.a. buenos aires, 1958, pag. 744

Por ello existen ciertos principios generales de la tipicidad que se han hecho contener en nuestra carta magna así como en diversos ordenamientos secundarios, para salvaguardar una garantía de legalidad que salvaguarden la libertad de las personas y no se realicen actos arbitrarios por los que el gobernado sea privado de esa libertad, en tanto no exista una ley que establezca que un cierto comportamiento puede constituir un delito y que a saber esos principios generales básicos, de la tipicidad, con los que estamos de acuerdo son los siguientes:

NULLUM CRIMEN SINE LEGE (NO HAY DELITO SIN LEY)

NULLUM CRIMEN SINE TIPO (NO HAY DELITO SIN TIPO)

NULLA POENA SINE TIPO (NO HAY PENA SIN TIPO)

NULLUM POENA SINE CRIMEN (NO HAY PENA SIN DELITO)

NULLUM POENA SINE LEGE (NO HAY PENA SIN LEY)

Por ello decimos que la tipicidad es un elemento esencial del delito, cuya ausencia impide su configuración y nacimiento, habida cuenta de que en nuestra Constitución Federal, en su artículo 14 establece en forma expresa los principios anteriores y a continuación se señalan:

“A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

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

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

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a la falta de esta se fundará en los principios generales del derecho³⁷.

De igual manera en el artículo 1 y 2 del Código Penal para el Distrito Federal establece:

“Artículo 1.- A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad sino por la realización de una acción u omisión expresamente previstas como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta.

Artículo 2.- no podrá imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate. Queda prohibida la aplicación retroactiva, análoga o por mayoría de razón, de la ley penal en perjuicio de persona alguna³⁸.

Lo cual significa y da a entender que no es posible que exista delito alguno sin tipicidad, por lo que es evidente que este aspecto positivo es un aspecto básico para que exista el delito.

LA ANTIJURIDICIDAD

Este es otro de los aspectos positivos del delito es decir otro de los aspectos sin los cuales no podría surgir a la vida el delito.

La antijuridicidad es definida como lo contrario al derecho. El ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica; razón por la

³⁷ Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos. Edr. SISTA MÉXICO 2004 PAG 6

³⁸ Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal, Ob. Cit. Pag. 1

cual podemos afirmar que la antijuridicidad, es un concepto negativo, desaprobador del hecho humano frente al derecho. Por lo cual la conducta es antijurídica cuando siendo típica y anti-normativa, no está amparada por ninguna forma permisiva contraria a derecho, es decir que la norma en sí misma tiene una prohibición a realizar una determinada conducta, y cuando se realiza esa conducta, si no está acompañada de una forma que permita su realización, será entonces que nos encontremos frente a la antijuridicidad de la conducta.

El Estado, como ente representativo de la sociedad, y de los intereses, preponderantes de ésta, crea los tipos penales, cuya función es la de describir de manera objetiva y concreta las conductas prohibidas, por lo que cuando una conducta es típica, en un primer momento podemos afirmar que por ser típica es anti-normativa, al vulnerar esos valores preponderantemente sociales que se encuentran salvaguardados y tutelados por el tipo penal, sin embargo, esta premisa de la conducta típica y anti-normativa no autoriza a concluir que la misma sea antijurídica, en virtud de que el ordenamiento jurídico, no sólo se compone de normas prohibitivas, sino también de normas permisivas por tanto, se dice que la conducta es antijurídica cuando siendo típica y anti-normativa no está amparada por ninguna norma permisiva, y por tanto. se dice que lo antijurídico es lo contrario a derecho.

Nuestro Código Penal del Distrito Federal señala en su artículo 4 del libro primero título preliminar, como el principio de bien jurídico y de la antijuridicidad, lo siguiente:

"Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal"³⁹.

³⁹ Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal., Ob Cit. Pag. 1

El Código Penal Federal es omiso en establecer estos principios, esto debido a que el legislador en el Distrito Federal ha pretendido definir a la antijuridicidad, sin embargo el código no es para definir sino para regular, pues estos principios ya se encuentran plasmados dentro de los tipos penales, al imponerse deberes de prohibición, inmersos en la propia norma, que al no ser cumplidos se realiza el hecho descrito en la ley, y se entiende que se obra antijurídicamente, por ello resulta innecesario el plasmarlos en un artículo, sin embargo, en la ley común del Distrito Federal, se plasman varios de estos aspectos y trata de definirlos, suponemos que para el efecto de ser más entendible para la sociedad común, pues los abogados conocen perfectamente de ellos.

LA CULPABILIDAD

Este es otro aspecto positivo que es esencial para la integración del delito, sin embargo es necesario destacar que la culpabilidad es un reproche al sujeto que ha obrado de manera contraria a derecho y por lo tanto debe responder por ello, ante la sociedad, siempre y cuando hayan existido dos elementos la voluntad y el entendimiento y comprensión del hecho, por ello es que hablaremos también de la imputabilidad de manera conjunta pues estos se encuentran ligados entre sí.

La culpabilidad es el juicio de reproche que se le hace al autor de una conducta antijurídica, por tanto para que proceda habrá que analizar si dicho sujeto es imputable, ya que éste es un presupuesto de la culpabilidad misma que en nuestro sistema jurídico de conformidad con el artículo dieciocho del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, reviste de dos formas, el dolo y la culpa, sin embargo hemos de hablar de la imputabilidad antes de entrar a estas dos formas, ya que tanto el aspecto de la culpabilidad como el de la imputabilidad, se encuentran ligadas entre sí, por las razones que más adelante expondremos por lo que por el momento hemos de quedarnos con esta idea y sin perjuicio de retomarlo más adelante.

LA IMPUTABILIDAD

Es necesario hablar de la imputabilidad, Como presupuesto de las formas de la culpabilidad (dolo y culpa), pues es necesario analizar, la capacidad psíquica del delincuente para ver si éste actúa queriendo y conociendo. La imputabilidad, se define como la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en derecho penal, es decir, de realizar actos referidos al mismo, que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. En pocas palabras, podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y capacidad de querer, lo que conlleva a establecer que el sujeto, es capaz de ser culpable, ya que se le puede formular un juicio de reproche, pues la imputabilidad se refiere a un aspecto psicológico y biológico del sujeto, para entender el hecho que realiza, y la culpabilidad se refiere, a que por el hecho de entender ese hecho es un sujeto capaz para hacerle un juicio de reproche de su conducta. De ahí que era necesario hablar de la culpabilidad y de la imputabilidad antes de entrar al estudio de las formas de la culpabilidad.

FORMAS DE LA CULPABILIDAD DOLO Y CULPA

DOLO

El dolo. Se define como el actuar consciente y voluntario dirigido a la producción de un resultado típico

El Código Penal del Distrito Federal define al dolo y la culpa en su artículo 18 que a la letra dispone:

“Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente

Obra dolosamente el que conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate o previendo como posible el resultado típico acepta su realización.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que objetivamente era necesario observar³⁹.

El Código Penal Federal en su artículo 9 define de igual manera al dolo y la culpa y dispone lo siguiente:

“Obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales⁴⁰”.

Así pues nuestro máximo órgano jurisdiccional ha definido al dolo de la siguiente manera:

³⁹ Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal.. Ob Cit. Pag. 4

⁴⁰ Agenda penal. Código Penal Federal,. Ob Cit. Pag. 3

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, LII

Página: 28

DOLO, CONCEPTO DE. El dolo consiste en la intención de ejecutar un hecho que es delictuoso.

Amparo directo 3611/61. Plinio Santiago Musso. 26 de octubre de 1961. Mayoría de tres votos. Disidentes: Juan José González Bustamante y Alberto R. Vela. Ponente: Angel González de la Vega.

Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XXXIII

Página: 280

DOLO EN MATERIA PENAL. Dolo es, en materia penal, el conocimiento que del carácter delictuoso de un hecho, tiene el agente que lo ejecuta.

Amparo penal directo 2055/30. Ratto Roberto L. 10 septiembre de 1931. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Por ello definimos al dolo como el obrar queriendo y conociendo el carácter delictuoso de un hecho o el obrar previendo el resultado delictuoso de la conducta y no obstante ello se acepta el resultado.

Los Elementos del dolo

Existen dos elementos a saber del dolo el elemento intelectual y el elemento volitivo.

Elemento intelectual

El elemento intelectual, este se da por lo siguiente, para actuar dolosamente el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace, y los elementos que caracterizan su acción, como acción típica es decir, debe entender su acción y debe querer el resultado de su acción; ha de saber, por ejemplo en el homicidio, "debe saber y entender que mata a otra persona"; en el robo, "que se apodera de una cosa ajena mueble". El elemento intelectual dolo se refiere por tanto a los elementos que caracterizan objetivamente la acción como típica es decir el conocimiento de que lo que se está haciendo, es algo antijurídico; y.

Elemento volitivo

El elemento volitivo se da, de la siguiente manera: para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además, querer realizarlos. Este querer no se confunde con los deseos o con los móviles del sujeto. El elemento volitivo, supone voluntad incondicionada de realizar algo que el autor quiere realizar.

LOS TIPOS DE DOLO

Existen dos tipos de dolo, el Dolo directo, y el Dolo eventual.

Dolo directo

Dentro del artículo 18 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal nos define en su segundo párrafo que es el dolo, al manifestar "... obra dolosamente el que conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate... quiere su realización"⁴², es decir, aquí el sujeto conoce los elementos del tipo penal, elemento cognoscitivo del dolo y quiere la realización del hecho descrito por la ley, elemento volitivo del dolo.

Asimismo el Código Penal Federal al señalar en su Artículo 9: "...obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley,"⁴³....En la parte de conociendo los elementos del tipo penal y quiere la realización del hecho, se da el dolo directo, pues la conducta se da de manera directa por querer y conocer.

Dolo eventual o dolo indirecto

El Artículo 18 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su párrafo segundo señala; "... obra dolosamente el que conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate o previendo como posible el resultado típico acepta su realización"⁴⁴. Es decir, el sujeto conoce los elementos del tipo penal, elemento cognoscitivo del dolo, y prevé como posible el resultado típico, descrito por la ley; y no obstante haber previsto acepta la realización del hecho, elemento volitivo del dolo.

⁴² Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal., Ob Cit. Pág. 2

⁴³ Agenda penal. Nuevo Código Penal Federal., Ob Cit. Pág. 3

⁴⁴ Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal., Ob Cit. Pág. 4

Asimismo en el artículo 9 del Código Penal Federal al señalar: " o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley"⁴⁵, se da el dolo eventual, es eventual porque puede o no darse eventualmente, en este no necesariamente se quiere el resultado típico pero se acepta.

Por ello es que concluimos que el dolo puede ser, directo cuando se conoce y se quiere, y eventual cuando se conoce, no se quiere el resultado pero sin embargo si sucede se acepta.

Dolo directo, conocer y querer.

Dolo eventual prever y aceptar.

CULPA

Decimos que existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañino previsible y penado por la ley. Algunos autores señalan que actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever.

El artículo 18 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en su tercer párrafo, manifiesta: "... obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que objetivamente era necesario observar"⁴⁶.

Asimismo el Código Penal Federal define a la culpa en su segundo párrafo del artículo 9 que a la letra dice:

⁴⁵ Agenda penal. Nuevo Código Penal Federal, Ob Cit. Pág. 4

⁴⁶ Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal., Ob Cit. Pág. 4

“Obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales⁴⁷.

Clases de culpa

Existen dos clases de culpa, a saber la Culpa con representación y Culpa sin representación

Culpa con representación en esta se actúa previendo pero confiado en que el hecho no se de. (previó confiado en que no se produciría el resultado).

Culpa sin representación no se previó el resultado siendo previsible.

2.3 ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO

En cada uno de los aspectos positivos vistos encontramos que cada uno de esos aspectos, tiene su aspecto negativo, y es lo que estudiaremos en este momento, pues estos aspectos negativos son todos aquellos que desvirtúan el delito, y de una u otra manera le quitan vida y hacen que deje de existir.

El primero de los aspectos negativos que estudiaremos será el aspecto negativo de la conducta, que es la ausencia de conducta.

⁴⁷ Agenda penal. Nuevo Código Penal Federal., Ob CIL. Pag. 3

ASPECTO NEGATIVO DE LA CONDUCTA QUE ES LA AUSENCIA DE CONDUCTA

En algunas circunstancias, surge el aspecto negativo de la conducta, o sea, la ausencia de conducta. Eso quiere decir que la conducta no existe, y por tanto, da lugar a la inexistencia del delito:

Esta causal de exclusión del delito, se encuentra en el Título segundo, Capítulo V, titulado, Causas de Exclusión del Delito en el Artículo 29 fracción I, del Código Penal del Distrito Federal.

“(Causas de exclusión del delito). El delito se excluye cuando:

Fracción I.- (ausencia de conducta) La actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente⁴⁹.

Asimismo se encuentra contemplada en el artículo 15 del Código Penal Federal en su fracción I que a la letra dice:

“el delito se excluye cuando:

I.- (ausencia de conducta) el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente⁴⁹.

Existirá ausencia de conducta, en los siguientes casos:

Vis absoluta

Vis maior

Actos reflejos

Sonambulismo

E hipnosis

⁴⁹ Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal, Ob Cit. Pág. 18

⁴⁹ Agenda penal. Nuevo Código Penal Federal, Ob Cit. Pág. 4

Vis absoluta

La Vis absoluta consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien quien en apariencia comete la conducta delictiva, por ejemplo presionar la mano de alguien sobre el gatillo de un arma de fuego para que se accione y ésta mate a otra persona. La Vis absoluta o fuerza irresistible supone por tanto, ausencia del coeficiente físico(voluntad) en la actividad o inactividad de manera que la expresión puramente física de la conducta no puede integrar, por sí una acción o una omisión relevante para el derecho,

Vis mayor o La fuerza mayor

En la fuerza mayor, se presenta similar fenómeno al de la Vis Absoluta: actividad o inactividad involuntarias, por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales, ésta también se encuentra incluida dentro del artículo anteriormente transcrito.

Actos reflejos

Actos reflejos, los movimientos corporales, en los que la excitación de los nervios motores, no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, (sin intervención de la conciencia del sujeto),

Sonambulismo

El estado sonambúlico, es similar, al sueño distinguiéndose de éste en que el sujeto, deambula dormido, existen movimientos corporales inconscientes y por ello involuntarios, es una enfermedad nerviosa, o mejor dicho, posiblemente, no

es mas que una manifestación parcial de otras neuropatías o de epilepsia, los abscesos se repiten abecés, todos los días en horas determinadas y siempre deben de ir precedidas del sueño, es decir que la persona debe de estar completamente dormida.

Sueño

El sueño es un estado fisiológico, normal de descanso, del cuerpo y de la mente consciente, pero puede originar, movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos.

Hipnosis

El hipnotismo, es un procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por facinación, influjo personal, o por aparatos personales, consiste esencialmente, en una serie de manifestaciones del sistema nervioso, producidas, por una causa artificial. Tales manifestaciones, desde un simple estado de somnolencia, hasta uno sonambúlico, se dice que en el sonambulismo, para que se considere como una excluyente de responsabilidad se requiere de ciertos requisitos dice Celestino Porte Petiit, según cita Eduardo López Betancourt en su libro Teoría del Delito en su pagina 101.

"1.- Que se hipnotice al sujeto sin su consentimiento y realice una conducta o hechos tipificados por la ley penal.

en este caso el sujeto no es responsable

2.- Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento con fines delictuosos.

En este caso el sujeto sí es responsable pues estamos ante la actio liberae in causa, cuando el sujeto se colocó intencionalmente en ese estado para cometer el delito

3.- Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento, sin intención delictuosa por parte de éste.

En esta última hipótesis el sujeto es responsable de un delito culposo, ya sea culpa con representación o sin ella según el caso⁵⁰.

Sin embargo no estamos de acuerdo pues el sujeto hipnotizado sí se deja hipnotizar pero el no sabe que este será utilizado para la comisión de un delito.

ASPECTO NEGATIVO DE LA TIPICIDAD QUE ES LA ATIPICIDAD

La atipicidad es el aspecto negativo de la tipicidad, que es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal. Es importante diferenciar la atipicidad de la falta de tipo, siendo que en el segundo caso no existe descripción de la conducta o hecho, en la norma penal, en este sentido la Suprema Corte de Justicia de La Nación ha determinado: dentro de la teoría del delito una cuestión es la ausencia de tipicidad o la atipicidad y otra diversa la falta de tipo (inexistencia del presupuesto general del delito) pues la primera, supone una conducta que no llega a ser típica por la falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, mientras en la segunda es la ausencia total de descripción del hecho en la ley, por ejemplo, en la violación: que se de en ésta consentimiento de la cópula y no hay violencia física o moral, en el fraude: que no hay lucro indebido, en el estupro: que no haya castidad.

Este aspecto se encuentra contemplado en el artículo 29 del Código Penal del Distrito Federal, en su fracción II que a la letra dice:

“el delito se excluye cuando:

⁵⁰ Lopez Betancourt, Eduardo, Ob. cit. pagina 1

II.- (atipicidad) falte alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate⁵¹;

Asimismo se encuentra contemplada en el artículo 15 del Código Penal Federal en su fracción II que a la letra dice:

“El delito se excluye cuando:

II.- (atipicidad) se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate⁵²;

Por ello concluimos que la atipicidad es la falta de uno o más de los presupuestos de la descripción típica.

ASPECTO NEGATIVO DE LA ANTIJURIDICIDAD. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Cuando a un hecho presumiblemente delictuoso, le falta la antijuridicidad, podemos decir que no hay delito, por la existencia de una causa de justificación, es decir, el individuo ha actuado en determinada forma, sin el ánimo de transgredir las normas penales; dentro de las causa de justificación el agente obra con voluntad consciente, en condiciones normales, de imputabilidad, pero su conducta no será delictiva, por ser conforme a derecho. Es así como no podrá exigírsele responsabilidad alguna ya sea civil o penal, porque quien actúa conforme a derecho, no puede lesionar, ningún bien jurídico.

El aspecto negativo de la antijuridicidad, lo constituyen las causa de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador consideró,

⁵¹ Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal, Ob. Cit. Pág. 4

⁵² Agenda penal. Nuevo Código Penal Federal, Ob. Cit. Pág. 4

para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al considerarla lícita, jurídica o justificativa.

En principio, la ley penal castiga a todo aquello que la contraría (antijuridicidad), pero excepcionalmente la propia ley establece casos en que justifica la conducta típica (causas de justificación), con lo cual desaparece la antijuridicidad, en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, y el Código Penal Federal, de manera genérica, las denomina causas de exclusión del delito, encontrándose comprendidas dentro de este aspecto las siguientes conductas:

- Legítima defensa
- Estado de necesidad
- Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho
- Actuar con consentimiento del interesado

Legítima Defensa

La legítima defensa es la causa de justificación más importante la legítima defensa consiste en repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, cuando exista necesidad racional de la defensa empleada y siempre que no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona que se defiende. Se ha considerado que la legítima defensa fue creada para conservar el orden jurídico y garantizar el ejercicio de los derechos.

La legítima defensa no se restringe a la propia persona e intereses jurídicos propios, puede ejercitarse a favor de los parientes y hasta de algún extraño, nuestro sistema jurídico se ha basado en la salvaguarda de un interés jurídico preponderante, y aun cuando son de igual valor, mediante el necesario sacrificio de el interés legítimo del atacante, razón por la cual no se trata de una preponderancia cuantitativa, sino cualitativa. El artículo 29 del Nuevo Código

Penal para el Distrito Federal en su fracción IV establece que la legítima defensa es cuando se repele una agresión real, actual inminente y sin derecho en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor. Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, a lugar en que habite de forma temporal o permanente del que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que existan la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

En nuestra legislación se encuentran previstas en el Código Penal del Distrito Federal en el artículo 29 fracción IV, que a letra dispone:

“El delito se excluye cuando:

IV.- (legítima defensa) se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor⁵³.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la

⁵³ Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal., Ob Cit. Pag. 9

misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

Asimismo en el Código Penal Federal se encuentra contemplada en el artículo 15 fracción IV, que a la letra señala:

“El delito se excluye cuando:

IV.- (legítima defensa) se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y la racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende”⁵⁴.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

Por lo que la legítima defensa también es definida en ambas disposiciones legales, y cuando esta se da el delito se excluye por no tener el aspecto positivo de la antijuridicidad, al ser esta una conducta desplegada y permitida en estos casos por la ley.

⁵⁴ Agenda penal. Nuevo Código Penal Federal., Ob Cit. Pag. 4

Estado de Necesidad

El estado de necesidad, es un peligro actual e inmediato, de bienes jurídicamente tutelados que sólo pueden salvaguardarse mediante el daño a otro bien que también se encuentra jurídicamente tutelado por la ley; el estado de necesidad consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno respecto de un peligro, real, actual o inminente, no ocasionado por el agente sin tener el deber de afrontar, siempre que no exista otro medio menos perjudicial, a su alcance, con lo cual cause algún daño, o afectación a bienes jurídicos ajenos.

En nuestra legislación se encuentran previstas en el Código Penal del Distrito Federal en el artículo 29 fracción V, que a letra dispone:

*El delito se excluye cuando:

V.- Estado de necesidad: se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo⁵⁵.

Asimismo en el Código Penal Federal se encuentra contemplada en el artículo 15 fracción V que a la letra señala:

*El delito se excluye cuando:

V.- Estado de necesidad: se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real actual o inminente, no ocasionado

⁵⁵ Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal., Ob Cit. Pag. 9

dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o de igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo⁵⁶.

En relación con la jerarquía de los bienes (salvado y sacrificado) existe desigualdad de opinión entre los autores; para unos, el bien sacrificado debe ser menor que el bien salvado, mientras que para otros puede tener la misma jerarquía. A nuestro parecer, deben tener la misma jerarquía por lo menos, pudiendo ser mayor en algunos casos, al analizar la definición legal del estado de necesidad contemplada en el artículo 29 en su fracción V del nuevo código penal del Distrito Federal, y del artículo 15 fracción V, del Código Penal Federal, se observa que ese se integra de los elementos siguientes.

1.- el peligro: debe existir la amenaza de una situación que pueda causar daño a alguno de los bienes jurídicos de los cuales es titular una persona.

2.- el peligro no debe haberlo ocasionado dolosamente el agente.

3.- el peligro debe existir sobre bienes jurídicos propios o ajenos.

4.- causar un daño: esto quiere decir que el agente obrara ante el peligro de tal forma que causara una afectación o un daño a un bien jurídico para salvar otro, ya sea propio o ajeno.

5.- que el agente no tenga el deber de afrontar el peligro, ya que si éste lo tiene no sería un estado de necesidad, sino otra causa de justificación.

6.- que no exista otro medio practicable y menos perjudicial:

⁵⁶ Agenda penal. Nuevo Código Penal Federal., Ob Cit. Pag. 4

A nuestro parecer un ejemplo del sacrificio de uno de los bienes de igual jerarquía, en el que se tiene que sacrificar a uno de ellos, sería el de una mujer embarazada la cual por complicaciones de parto está en peligro, tanto la vida de la madre como la del producto, teniéndose que salvar sólo uno de ellos.

Un ejemplo de un sacrificio mayor respecto del bien jurídico salvaguardado, sería aquél en que en el mar, se hunde un barco y cuatro marineros se avientan al agua y sólo existe un bote, el cual sirve para una sola persona la cual se sube al bote, éste sabe que no puede dejar subir a los otros tres marineros, pues la lancha se hundiría, y por ello él se salva y no deja que se suban los otros ahogándose y salvándose sólo uno; en este caso algunos dirían que el sacrificio sería mayor pero es un estado de necesidad por ser necesario el que los otros se hayan ahogado para salvaguardar su vida el que se encontraba en el bote, quien por las circunstancias dejó morir a los otros tres, debido a las circunstancias es que no se le puede exigir otra conducta a este sujeto, por lo que en este caso nos encontramos ante una excluyente del delito, que se encuentra contemplada en la ley.

Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho

Cumplimiento de un deber consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. El artículo 29 fracción VI del nuevo Código Penal del Distrito Federal contempla esta figura simultáneamente con el ejercicio de un derecho, igual que el artículo 15 fracción VI del Código Penal Federal, éstos se encuentran íntimamente ligados sin ser los mismo, ya que el cumplimiento de un deber deriva del ejercicio de ciertas profesiones, o actividades, en este orden de ideas. En el apartado relativo al ejercicio de un derecho la ley penal los iguala al definirlos en el mismo precepto, los cuales citaremos más adelante. La única diferencia de fondo entre estas figuras, radica en que en el primer caso, consiste en el cumplimiento de un deber es decir, el cumplimiento de una obligación que

por disposición de la ley se tiene, en función de una actividad, oficio o profesión, y en el segundo, se ejercita o hacer valer un derecho que no es un obligación. La mayoría de las veces ambas situaciones se encuentran unidas o una se desprende de la otra, y la única diferencia de fondo básicamente, es que en el ejercicio de un derecho si no se actúa no se incurre en ninguna responsabilidad, mientras que en el cumplimiento de un deber si no se actúa, sí se finca una responsabilidad, pues en este caso se tiene la obligación por ser parte de las facultades de una persona, que por la función que realiza, y por la obligación que ésta tiene, actúa en determinadas circunstancias.

Este aspecto se encuentra contemplado en el artículo 29 del Código Penal del Distrito Federal, en su fracción VI que a la letra dice:

"El delito se excluye cuando:

VI.- (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho) la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo⁵⁷;

Asimismo se encuentra contemplada en el artículo 15 del Código Penal Federal en su fracción VI que a la letra dice:

"El delito se excluye cuando:

VI.- (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho) la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de el medio empleado para

⁵⁷ Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal., Ob Cit. Pag. 9

cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro⁵⁸;

Estas dos hipótesis legales se encuentran condicionadas al arbitrio subjetivo, pues creemos que será discrecional del Juez o Ministerio Público, el analizar si existe o no la necesidad racional de hacer uso de ese derecho o de cumplir ese deber, y en el caso del artículo federal, existe también la condición de que no realice esa acción o la omisión con el propósito de dañar a otro, sin embargo consideramos que está de más el señalar ésta situación, pues en este caso se estaría ante un delito y no ante una excluyente del delito como los códigos le denominan.

El consentimiento del titular del bien jurídico

Esta es una causa de justificación que se da siempre y cuando la víctima o el ofendido hayan dado el consentimiento para que se cometiera en su agravo el delito y siempre que el tipo penal, no requiera del consentimiento del perjudicado para que se de el mismo, pues en éste se destaca que puede ser causa de atipicidad, o causa de justificación, según sea el caso, cuando el tipo requiere que se realice sin consentimiento de la víctima o el ofendido, será causa de atipicidad, pero cuando el tipo no lo requiera será causa de justificación.

Este aspecto se encuentra contemplado en el artículo 29 del Código Penal del Distrito Federal, en su fracción III que a la letra dice:

*El delito se excluye cuando:

⁵⁸ Agenda penal. Nuevo Código Penal Federal,. Ob Cit. Pag. 4

III.- consentimiento del titular: se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos:

- A) que se trate de un bien jurídico disponible;
- B) que el titular del bien jurídico, o quien este legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y
- C) que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento cuando el hecho se realiza en circunstancias tales, que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o quien éste legitimado para consentir éstos hubiese otorgado el consentimiento⁵⁹.

Asimismo se encuentra contemplada en el artículo 15 del Código Penal Federal en su fracción III que a la letra dice:

"El delito se excluye cuando:

III.- consentimiento del titular: se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- A) que el bien jurídico sea disponible;
- B) que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

⁵⁹ Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal., Ob Cit. Pag. 9

C) que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio del consentimiento; o bien que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que de haberse consultado al titular, este hubiese otorgado el mismo⁶⁰;

La diferencia de ambas disposiciones radica fundamentalmente en el hecho de que en el Distrito Federal el consentimiento del interesado se presume en ciertas circunstancias, mientras que en la disposición federal se debe demostrar.

ASPECTO NEGATIVO DE LA CULPABILIDAD. LA INCULPABILIDAD

El aspecto negativo de la culpabilidad es la inculpabilidad, o sea, la ausencia del elemento culpabilidad. La inculpabilidad se presenta cuando una persona actúa en forma aparentemente delictuosa, pero no se le puede reprochar su conducta por existir una causa de inculpabilidad que se refiere a la ausencia de conocimiento o voluntad, en la realización de la conducta en el caso del error, esencial del hecho, y en términos generales, la coacción sobre la voluntad. La inculpabilidad se da en una persona completamente capaz, pero no se le puede reprochar su conducta, porque esta es resultado de un error, o por no podersele exigir otra forma de actuar porque se le debe absolver en el juicio de reproche; la base de la inculpabilidad es el error, pero existen diversas causas de inculpabilidad.

Causas de inculpabilidad

Las causas de inculpabilidad son las circunstancias que anulan la voluntad o el conocimiento del agente, es decir que las inculpabilidades son aquellas que anulan el conocimiento real del hecho apareciendo un error esencial del hecho, y

⁶⁰ Agenda penal. Nuevo Código Penal Federal., Ob Cit. Pag. 4

por otro lado se presentan también por la coacción de la voluntad: a saber pueden ser:

- 1.- error esencial del hecho invencible
- 2.- eximentes putativas
- 3.- no exigibilidad de otra conducta
- 4.- temor fundado
- 5.- caso fortuito

Error esencial del hecho invencible

El error es la falsa concepción de la realidad, no es la ausencia de conocimiento, sino un conocimiento deformado o incorrecto, Existe el error de hecho y de derecho sin embargo hemos de decir que respecto a este último, realmente no habrá lugar a la inculpabilidad, por el hecho de que en éste se alega ignorancia de la norma o error en la ley, y bajo el principio de que la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento no es dable la inculpabilidad, no así el segundo por razones que más adelante señalaremos.

Error del hecho

Recae en las condiciones del hecho, así, puede ser de tipo o de prohibición, el primero, es un error respecto a los elementos del tipo, y en el segundo sujeto, cree que no es antijurídico su obrar el artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en su fracción VIII establece el error de tipo y el error de prohibición:

"El delito se excluye cuando:

VIII.- (error de tipo y error de prohibición) se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

- a) (ERROR DE TIPO) sobre alguno de los elementos esenciales, que integran el tipo penal; ó
- b) (ERROR DE PROHIBICION) respecto de la ilicitud de la conducta ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 66 del Código Penal Federal señala⁶¹:

Así como en el artículo 15 de la legislación penal federal en su fracción VIII, se describe de la siguiente manera:

"El delito se excluye cuando:

Fracción VIII.- se realice la acción o la omisión bajo un error invencible respecto de:

- A) (ERROR DE TIPO) alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate;

⁶¹ Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal., Ob Cit. Pag. 9

B) (ERROR DE PROHIBICIÓN) la ilicitud de la conducta ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este código⁶².

Respecto a éste es importante destacar que el error no debe ser vencible es decir que el sujeto éste imposibilitado para conocer la ilicitud de su acción u omisión; el error de tipo se da cuando el sujeto cree atípica su acción considerándola conforme a derecho, por lo que esta causa no se podrá hacer valer cuando el sujeto haya tenido la posibilidad de investigar y obtener información de la ley o su sentido y no lo haya hecho. En cuanto al error de prohibición se refiere fundamentalmente a que el sujeto, cree encontrarse ante una causa de justificación, pero tiene un falso concepto de los presupuestos de la misma, es decir, se da cuando el sujeto piensa que su actuar se encuentra justificado por una norma y por tanto su conducta, piensa que no es antijurídico.

Solamente estos dos errores son causa de inculpabilidad, pues en el derecho penal también existe el error de hecho, que a su vez se subdivide en error en el golpe (*aberratio ictus*), en la persona (*aberratio in personae*) y en el delito (*aberratio in delicti*), sin embargo en este caso siempre se quiere cometer un ilícito, sin embargo por circunstancias ajenas al delincuente, se comete un delito que no se quería cometer o se comete uno diferente al que el sujeto pensó que cometía o el delito recae sobre otra persona diferente a la que se quería, por lo que en estos caso no se da la causa de inculpabilidad pues el delincuente tenía la intención de delinquir y por tanto no es un aspecto negativo de la culpabilidad.

⁶² Agenda penal. Nuevo Código Penal Federal., Ob Cit. Pag. 4

Eximentes Putativas

Son considerados así los casos en que el agente cree por un error que está amparado por una circunstancia justificativa.

En estas encontramos a las siguientes:

legítima defensa putativa: se da cuando el sujeto cree que actúa en legítima defensa por un error esencial invencible en el hecho, es decir cuando el sujeto cree encontrarse en una situación que necesita repeler mediante la legítima defensa.

Estado de necesidad putativo: esta se da cuando una persona cree encontrarse en un estado de necesidad. Para algunos autores, es considerada como una causa de inculpabilidad.

Cumplimiento de un deber putativo: el sujeto piensa que actúa en cumplimiento de un deber a causa de un error esencial de hecho invencible.

Ejercicio de un derecho putativo: esta figura se da cuando el sujeto cree que actúa en ejercicio de un derecho pero no es así.

Obediencia Jerárquica

Se encuentra contemplada dentro del cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho. Cuando se analizaron las causas de justificación también se habló de ésta, pero en este caso será causa de justificación cuando el inferior produzca un resultado típico en cumplimiento de una obligación legal, y será causa de inculpabilidad cuando sepa que la conducta es ilícita pero por temor o por una amenaza, obedece a la disciplina pues se coacciona la voluntad, es decir que cuando el inferior actúa con desconocimiento de la ilicitud de una orden por no

tener éste los medios para saber si es o no ilícita su conducta o por la coacción de su voluntad, ante la amenaza de que de no obedecer sufrirá varias consecuencias. Estaremos ante una causa de inculpabilidad, en el primer caso por un error en el hecho invencible, en el segundo por una coacción a su voluntad, en cambio cuando el sujeto actuó para acatar órdenes, no tener medio de saber la ilicitud de su actuar, y por tener esa obligación legal, entonces estaremos ante una causa de justificación por la no exigibilidad de otra conducta.

No exigibilidad de otra conducta

Se considera causa de inculpabilidad, cuando se produce una conducta típica, por las circunstancias, condiciones, características, relaciones, parentesco, etc. Y no puede esperarse y menos exigirse otro comportamiento, por ello la conducta y la voluntad se coacciona en un solo sentido, cuando nos referimos a la no exigibilidad de otra conducta nos referimos a una circunstancia que es especial y por la cual el comportamiento típico se hace excusable.

Este aspecto se encuentra contemplado en el artículo 29 del Código Penal del Distrito Federal, en su fracción IX que a la letra dice:

"El delito se excluye cuando:

IX.- Inexigibilidad de otra conducta. En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho⁶³.

Asimismo se encuentra contemplada en el artículo 15 del Código Penal Federal en su fracción IX que a la letra dice:

⁶³ Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal., Ob Cit. Pag. 9

"El delito se excluye cuando:

IX.- Inexigibilidad de otra conducta. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho, o⁶⁴.

Temor fundado

Consiste en causar un daño por creerse el sujeto fundadamente que se halla amenazado de un mal inminente y grave, por lo que actúa por ese temor de modo que se origina una causa de inculpabilidad por la coacción que sufre su voluntad para actuar de una u otra forma, Cesar Augusto Osorio y Nieto, señala que "...existe una fuerza sobre la voluntad del sujeto que lo lleva a comportarse bajo una auténtica coacción mental, la cual le impide conducirse con plenitud de juicio y determinación"⁶⁵. Son circunstancias ciertas que obligan al sujeto a actuar de determinada forma pues esas circunstancias coaccionan su mente.

Caso fortuito

Consiste en causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, al realizar un hecho lícito con todas las precauciones debidas, algunos la consideran causa de inculpabilidad y otros, causa de exclusión de la responsabilidad.

Sólo se encuentra contemplada en la legislación federal, sin embargo consideramos que está se encuentra incluida dentro del artículo 29 del Código Penal del Distrito Federal en la fracción IX, de la excluyente de inexigibilidad de otra conducta, pues en el Código Penal Federal en el artículo 15 sí se encuentra contemplada en la tracción X del mismo que a la letra dice.

⁶⁴ Agenda penal. Nuevo Código Penal Federal, Ob Cit. Pag. 4

⁶⁵ Osorio Y Nieto, Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte General, Editorial Trillas, Mexico, 2002. pag. 73.

El delito se excluye cuando:

X.- el resultado típico se produce por caso fortuito".

ASPECTO NEGATIVO DE LA IMPUTABILIDAD. INIMPUTABILIDAD

Es el aspecto negativo de la imputabilidad; consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender el hecho considerado por la ley como delito, las causas de inimputabilidad son las siguientes:

- 1.- Trastorno mental
- 2.- Desarrollo intelectual retardado
- 3.- Miedo grave
- 4.- minoría de edad

Este aspecto se encuentra contemplado en el artículo 29 del Código Penal del Distrito Federal, en su fracción VII que a la letra dice:

"EL delito se excluye cuando:

VII.- (imputabilidad y acción libre en su causa) al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter lícito, de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental, para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este código⁶⁶.

⁶⁶ Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal., Ob Cit. Pag. 9

Asimismo se encuentra contemplada en el artículo 15 del Código Penal Federal en su fracción VII que a la letra dice:

“El delito se excluye cuando:

VII.- (imputabilidad y acción libre en su causa) al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito, de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental, dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior solo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este código⁶⁷;

A continuación señalaremos los trastornos psíquicos que no permiten conocer el hecho.

Trastorno mental

El trastorno mental incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impidan al agente comprender la ilicitud del hecho o conducirse acorde con esa comprensión, puede ser transitorio o permanente, por ingestión de alguna sustancia nociva o por un proceso patológico interno, es una perturbación de las facultades psíquicas. La ley no distingue en una alteración de carácter temporal o permanente, sin embargo si es clara en el sentido de que dicho trastorno, debe ser de tal magnitud que impida al

⁶⁷ Agenda penal. Nuevo Código Penal Federal.. Ob Cit. Pag. 4

agente comprender el carácter ilícito de hecho realizado, o conducirse de acuerdo a esa comprensión.

Sólo se excluye el caso en que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad, ya sea intencional o imprudencialmente.

Desarrollo intelectual retardado

El desarrollo intelectual retardado es un proceso tardío de la inteligencia que provoca incapacidad para entender y querer. La sordomudez será causa de inimputabilidad, solo si el sujeto carece de capacidad para entender y querer.

Miedo grave

El miedo grave es un proceso psicológico mediante el cual el sujeto cree estar en un mal inminente y grave. Es algo de naturaleza interna a diferencia del temor, que tiene su origen en algo externo, por tanto el temor fundado, es causa de inculpabilidad. Respecto a ésta la jurisprudencia lo confunde con la figura del temor fundado, sin embargo podemos decir que la diferencia substancial se da, en el sentido de que el temor fundado se debe a una situación externa que produce en el sujeto un temor, mientras que el miedo grave es un estado psicológico interno, que genera sólo un miedo a algo, por ello se tiene un trastorno mental que no permite entender el hecho realizado de manera clara, sin embargo es entendible pues el temor fundado y el miedo grave están íntimamente ligados por el hecho de derivar una de la culpabilidad y otra de la inimputabilidad, las cuales se encuentran íntimamente ligadas, pues la culpabilidad depende de la imputabilidad y cuando se da la imputabilidad no se puede reprochar a alguien su conducta, por ello para que el agente sea sujeto del juicio de reproche, debe darse la capacidad de querer y entender, y en el miedo grave o temor fundado no se da esta situación, por ello citamos la siguiente jurisprudencia:

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo II, Parte SCJN

Tesis: 217

Página: 124

MIEDO GRAVE O TEMOR FUNDADO, CONCEPTO DE. El miedo grave o el temor fundado sólo excluyen el carácter delictuoso del resultado objetivo, cuando el agente ejecuta los hechos ilícitos bajo un estado psicológico que nulifica su capacidad de entender y querer tanto la acción como su resultado.

Sexta Epoca:

Amparo directo 1234/60. Teófilo Hurtado Yocupicio. 1o. de julio de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 4532/60. Luis Cortés Ramírez. 23 de septiembre de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 367/60. Leonardo Morqa León. 5 de octubre de 1960. Cinco votos.

Amparo directo 4744/60. Abel Morales Montes de Oca. 5 de octubre de 1960. Cinco votos.

Amparo directo 6907/60. Pedro Cardona Rangel. 2 de diciembre de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

De ésta se desprende que el sujeto entra en un estado mental que no le permite entender el hecho, sólo que en el miedo grave se produce por cuestiones

psicológicas, mientras que el temor fundado se produce por cuestiones externas que forman un temor en el sujeto.

Minoría de edad

Se considera que los menores de edad carecen de madurez y por tanto, de capacidad para querer y entender; de lo anterior se colige que el menor no comete delitos sino infracciones a la ley. El problema es determinar la edad, en la legislación penal del Distrito Federal y en materia federal, esa edad es de dieciocho años, pues estos serán enviados al Consejo Tutelar para Menores.

2.4 CLASIFICACIÓN DEL DELITO

Los delitos de acuerdo a su forma de comisión, al bien jurídico que tutelan al resultado que producen, a la forma de conducta del agente, al daño que causan y en fin a múltiples factores, se han clasificado de distinta manera. Varios autores han hecho diversas clasificaciones tomando en cuenta algunos de estos aspectos, sin embargo en este sentido nosotros nos avocaremos solamente al estudio de algunas de ellas y hemos tomado las clasificaciones que a nuestro parecer son las más importantes en la práctica profesional, y por ello las hemos reproducido en este trabajo.

EN FUNCIÓN DE SU GRAVEDAD

Tomando en cuenta la gravedad de las infracciones penales se han hecho diversas clasificaciones. Según una división bipartita se distinguen los delitos de las faltas; la clasificación tripartita habla de crímenes, delitos y faltas o contravenciones, esta última es la que nosotros consideramos más importante, pues en esta división se consideran:

Crímenes

Los atentados contra la vida y derechos naturales del hombre;

Delitos

Las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, o bien que se encuentran contempladas en nuestra legislación penal, la cual contempla solamente delitos, como el derecho de propiedad, o la integridad física de las personas.

Faltas y contravenciones

Las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno, que son simples contravenciones administrativas, que se sancionan por medio de nuestras autoridades que tienen el mismo carácter administrativo.

Sin embargo esta clasificación en nuestro país no es importante, pues nuestra legislación penal, en general, sólo contempla a los delitos en general subsumiendo en nuestros códigos algunos delitos que en otras legislaciones se les denomina como crímenes y no como delitos, pero en nuestro país se usa como términos genérico el de delito, sin hacer en ellos una distinción.

POR LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE.

Por la conducta del agente, o como dicen algunos autores, según la manifestación de la voluntad del sujeto activo, es decir a su actividad o inactividad, los delitos pueden cometerse por acción o por omisión.

De acción

Los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo voluntario, y por ese comportamiento se da una violación a una ley prohibitiva contemplada en otros códigos penales, es decir que el sujeto realice un movimiento corporal para cometer el ilícito penal.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

De Omisión

Son aquellos delitos que para que se produzcan requieren que el sujeto no realice ningún movimiento corporal, es decir que el sujeto se abstenga de realizar un acto que está obligado a realizar. Estos delitos se dividen a su vez en delitos de simple omisión o también conocidos como de omisión simple, y en delitos de comisión por omisión o también conocidos como de omisión impropia.

A) Omisión simple

Estos delitos consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada con independencia del resultado material que produzcan, es decir se sancionan por la abstención misma del sujeto. Un ejemplo de ello sería el no cumplir con un mandato o un requerimiento de una autoridad, cuando se encuentra plasmada en la ley dicha obligación de cumplir con lo ordenado, y que nos conlleva a la comisión de un incumplimiento a un mandato de una autoridad, lo cual es un delito en muchos de nuestros códigos penales. En este ejemplo es evidente que no importa el resultado sino que por la omisión se origina y comete un delito.

B) Comisión por omisión u omisión impropia

Son aquellos delitos en los que el sujeto decide no actuar y por esa inactividad se produce un resultado material. Un ejemplo de ello sería la obligación de los padres de dar alimento a los menores, y por el hecho de no hacerlo éstos mueran, es decir que el resultado es la muerte de los menores, derivada de la inactividad de un padre de darle de comer.

POR LA LESIÓN QUE CAUSAN

Atendiendo al daño resentido por la víctima o sujeto pasivo del delito, es decir en razón al bien jurídico que tutela la norma penal, los delitos se pueden dividir en de daño y de peligro.

De daño

Estos delitos son aquéllos que consumados causan un daño directo y efectivo en los intereses o el bien jurídico tutelado por la norma jurídico penal que ha sido violada, como las lesiones, fraude, robo entre otros; en el primero de los delitos enunciados, las lesiones el bien jurídico tutelado es la integridad física de las personas. En los siguientes delitos enunciados el bien jurídico es el patrimonio; entonces decimos que son de daño cuando se consuma el resultado del sujeto activo sobre el sujeto pasivo, y que produce una mutación en el mundo fáctico.

De peligro

En estos no se causa un daño directo al bien jurídico tutelado, pero por el actuar del sujeto activo, el mismo es puesto en peligro, como el abandono de personas, o la omisión de auxiliar a una persona. El peligro es entendido por algunos autores como una situación en la que se coloca un bien jurídico del cual puede derivar un daño, independientemente de que se produzca un resultado, pues estos casos se sancionan por el hecho de poner en riesgo el bien jurídico tutelado por la norma penal.

POR SU DURACIÓN

----- pueden dividirse por su duración en instantáneos, permanentes o continuos y continuados, dependiendo de la prolongación en el tiempo del delito.

Instantáneo

Estos delitos se dan cuando la consumación se da en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal. En general, en la práctica, son los que se presentan de manera más común porque en el momento mismo que se realiza la conducta se actualiza el delito o la descripción típica legal, en otras palabras la acción que lo consuma y le da vida se perfecciona en un sólo momento en carácter de instantáneo.

Permanente o continuo.

Se da cuando se viola el mismo precepto legal y la consumación se prolonga en el tiempo; la conducta de este tipo de delitos tiene una prolongación en el tiempo, es decir una vez que se inicia la conducta delictiva el delito está consumado, sin embargo dicha conducta se puede prolongar en el tiempo y consecuentemente el delito se está cometiendo de momento a momento, un ejemplo de ello es el secuestro.

Continuado

Este se da cuando en una unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo se concretan los elementos de un tipo penal, un ejemplo de este delito es el denominado robo hormiga, en el que el obrero de una fábrica se propone robar un tomo de la misma y para no ser descubierto cada día saca una pieza, hasta lograr el objetivo final que es

elapoderamiento y robo del tomo, es decir, éste delito se produce y consuma con diversas acciones y una sola lesión jurídica.

POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD

Estos delitos se dan teniendo como base a la culpabilidad, y se clasifican en dolosos y culposos; de acuerdo a nuestra legislación penal las acciones y omisiones delictivas solamente se pueden realizar dolosa o culposamente.

Dolosos

Se dicen que los delitos son dolosos, cuando existe la plena y absoluta intención del sujeto activo para cometer un delito, o cuando se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho y a la producción de un resultado típico y antijurídico; también se dice que los delitos son dolosos, cuando el sujeto conoce los elementos de la descripción legal y el daño que va a producir de manera consciente, y aun así quiere y acepta su realización.

Culposos

Los delitos culposos se dan cuando el sujeto activo no tiene la intención de delinquir pero actúa de manera imprudente, negligente, descuidada o con torpeza, y produce un resultado típico derivado de la falta de previsión de ese resultado a pesar de ser previsible, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar, es decir, que éste surge por el obrar sin las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para asegurar la vida en común. Un ejemplo claro es cuando alguien atropella a otra persona por imprudencia o exceso de velocidad.

POR EL NÚMERO DE ACTOS INTEGRANTES EN LA COMISIÓN DE LOS DELITOS

Por el número de actos integrantes de la descripción típica, los delitos se pueden dividir en unisubsistentes y plurisubsistentes, esta se da partiendo de si el delito requiere de una o varias conductas para su realización.

Unisubsistentes

Tienen lugar cuando es suficiente un sólo acto para cometer un delito.

Plurisubsistentes

Necesariamente se requieren la concurrencia de dos o más actos en la realización del ilícito.

ATENDIENDO A LA UNIDAD O PLURALIDAD DE SUJETOS QUE INTERVIENEN PARA EJECUTAR EL HECHO DESCRITO EN EL TIPO PENAL

Atendiendo a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo penal, estos se dividen en unisubjetivos y plurisubjetivos

Unisubjetivos

Para la configuración de los elementos que integran la descripción legal de estos delitos, es decir los aspectos positivos, se requiere única y exclusivamente de la actuación de un sólo sujeto.

Plurisubjetivos

Para la configuración de los elementos que integran la descripción legal, es decir los aspectos positivos del delito se requiere necesariamente de la actuación de dos o más sujetos en la comisión del un delito, un ejemplo sería el adulterio.

POR SU FORMA DE PERSECUCIÓN

Por su forma de persecución en nuestra legislación penal, existen delitos que sólo pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido o su representante y existen delitos que no requieren de ello, basta con que cualquier persona lo haga del conocimiento de una autoridad, para que ésta persiga e investigue el delito. Así se dividen en delitos de querrela necesaria y delitos que se persiguen de oficio.

De querrela

Estos son los delitos que para su persecución requieren necesariamente de la denuncia de la parte ofendida o su representante, pues de otra manera el Ministerio Público no tendría la obligación legal de perseguir e investigar por ejemplo un delito como el abuso de confianza.

De oficio

Son aquellos delitos en que la autoridad del Ministerio Público está obligada a actuar por el mandato de una disposición legal, persiguiendo a los responsables de un delito sin importar la voluntad del ofendido o su representante, es decir son los delitos en que no es necesaria la denuncia del ofendido o su representante, sino que cualquier persona la puede efectuar y el Ministerio Público está obligado a su persecución como el robo o el homicidio.

EN FUNCIÓN DE LA MATERIA

Los delitos se clasifican en delitos federales, comunes y militares.

Federales

Son aquéllos delitos que se establecen en las leyes expedidas por el Congreso de la Unión.

Comunes

Son aquéllos que se formulan en leyes dictadas por las legislaturas locales.

Militares

Estos son aquellos que solamente afectan la disciplina del ejército y no a personas civiles.

Existen delitos que se pueden ubicar en una o más de las clasificaciones que hemos señalado anteriormente, inclusive el delito en estudio y materia de este trabajo, se puede ubicar en varias de las clasificaciones señaladas, por ello tratamos éstas que son las que se presentan de manera más común en la prácticas profesional.

CAPÍTULO III: TRÁFICO DE MENORES EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL Y DEL DISTRITO FEDERAL

3.1.- DELITO DE TRÁFICO DE MENORES

En este capítulo trataremos y analizaremos el delito de tráfico de menores, y sus elementos positivos y negativos derivados de su descripción típica. Es evidente que mediante la descripción del delito en comento existe el interés colectivo y naturalmente por parte del Estado de proteger un bien jurídico concreto al respecto y sancionar conductas ilícitas relacionadas con la violación de los derechos de los menores, y en el caso en particular, que atente contra su libertad, de tal suerte que para lograr dichos objetivos es necesario sin duda alguna que un delito o tipo penal no sólo debe quedar descrito en la ley penal respetando así algunos principios elementales, pues se requiere que la definición legal sea clara y lo más precisa posible, para que pueda tener una efectiva aplicación práctica, lo que lamentablemente no siempre sucede y un ejemplo de ello es el delito que nos ocupa como lo veremos más adelante en algunos incisos.

Como ya hemos señalado en los capítulos que anteceden al tráfico de menores nosotros lo definimos como:

"La comercialización de menores, es decir la compra venta de menores, que se realiza de manera ilegal y clandestina".

Ahora bien, el delito de tráfico de menores tipificado en el Nuevo Código Penal del Distrito Federal señala en su artículo 169 lo siguiente:

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

un beneficio económico, se le impondrán de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días multa⁶⁸.

Las mismas penas a que se refiere el párrafo anterior, se impondrán a los que a cambio de un beneficio económico, otorguen el consentimiento al tercero que reciba al menor o al ascendiente que sin intervención de intermediario, incurra en la conducta señalada en el párrafo anterior.

Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo primero, las penas se aumentarán en un tanto más de la prevista en aquél.

Si el menor es trasladado fuera del territorio del Distrito Federal, las sanciones se incrementarán en un tercio.

Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable al que lo entrega 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, se reducirá en una mitad la pena prevista en el párrafo anterior.

Además de las penas señaladas, los responsables de los delitos perderán los derechos que tengan en relación con el menor, incluidos los de carácter sucesorio.

Ahora bien, el delito de tráfico de menores tipificado en el Código Penal Federal señala en su artículo 366 ter lo siguiente:

“Comete el delito de tráfico de menores quien traslade a un menor de dieciséis años de edad o lo entregue a un tercero, de manera ilícita, fuera del territorio

⁶⁸ Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal, . Ob. cit. Pág. 41

nacional, con el propósito de obtener un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega del menor.

Comete el delito a que se refiere el párrafo anterior:

I.- Quienes ejerzan la patria potestad o custodia sobre el menor, aunque no haya sido declarada, cuando realicen materialmente el traslado o la entrega o por haber otorgado su consentimiento para ello;

II.- los ascendientes sin límite de grado, los parientes colaterales y por afinidad hasta el cuarto grado, así como cualquier tercero que no tenga parentesco con el menor.

Se entenderá que las personas a que se refiere el párrafo anterior actúan de manera ilícita, cuando tengan conocimiento de que:

- A) quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor no han otorgado su consentimiento expreso para el traslado o la entrega, o,
- B) quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor obtendrán un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega.

III.- la persona o personas que reciban al menor.

A quienes cometan el delito a que se refiere el presente artículo se les impondrá una pena de tres a diez años de prisión y de cuatrocientos a mil días multa.

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

Se aplicarán hasta las dos terceras partes de las penas a las que se refiere este artículo, cuando el traslado o entrega del menor se realicen en territorio nacional⁶⁹.

Analizando estos artículos nos podemos dar cuenta de que son muy largos, en los que se trata de cubrir de manera específica varias conductas que tienen un mismo objetivo, el dar o entregar a un menor a un tercero a cambio de un beneficio económico, y en el otro caso no necesariamente para obtener un beneficio económico sino para deshacerse del menor, al señalar que, "si la entrega del menor se realiza sin la finalidad de obtener un beneficio económico, se impondrá tal pena..." sin embargo nosotros consideramos que se puede dar una descripción legal genérica que abarque cualquier conducta, consistente en el tráfico de menores, pues en algunos casos como es, en el párrafo en que señala que se sancionará de dos a nueve años de prisión por ejemplo, al que realice la conducta sin consentimiento de quien tenga la custodia del menor, no se habla del tráfico de menores, sino que está abarcando dos figuras diversas, la sustracción de un menor, y el tráfico de menores, y con ello no se sanciona debidamente al sujeto activo que incurra en estas hipótesis mediante la realización de un concurso, pues en realidad está llevando a cabo dos conductas delictuosas, la sustracción y el tráfico, por ello es necesario decir que el delito de tráfico de menores debe ser descrito, de manera genérica, **de tal modo que abarque cualquier conducta por la cual una persona, entregue a un menor a un tercero a cambio de un beneficio económico**, de ahí que, sea necesario criticar los artículos anteriores y analizar sus elementos que los conforman para darnos cuenta de que abarcan diversas hipótesis.

Hemos de señalar que a simple vista los artículos del Código Penal del Fuero Común y del Código Penal Federal, no cambian substancialmente, sino que solo cambian en cuanto a su descripción textual, por lo que empezaremos realizando una crítica a ambos artículos de manera separada para una mejor comprensión párrafo

⁶⁹ Agenda penal. Código Penal Federal, .Ob. cit Pág. 97

por párrafo. de los dos artículos tanto del Código Penal Federal como del Código Penal del Distrito Federal.

El Nuevo Código Penal del Distrito Federal señala en el artículo 169 lo siguiente:

“Al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada, lo entregue ilegalmente a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le impondrán de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días multa”⁷⁰.

En éste se prevé la hipótesis, de que una persona que con el consentimiento de quien ejerce la patria potestad o custodia entregue a un menor a un tercero para su custodia definitiva a cambio de un beneficio económico, se le impondrá determinada sanción, en este caso estamos hablando de un intermediario, que obtenga el consentimiento de quien ejerce un derecho sobre el menor, y que además entregara a un tercero al menor a cambio de un beneficio económico.

En el párrafo segundo se señala lo siguiente:

“Las mismas penas a que se refiere el párrafo anterior, se impondrán a los que a cambio de un beneficio económico, otorguen el consentimiento al tercero que reciba al menor o al ascendiente que sin intervención de intermediario, incurra en la conducta señalada en el párrafo anterior”⁷¹.

En el Código Penal del Distrito Federal están contenidas dos hipótesis de conductas delictivas, la primera es que se sancionará a los que otorguen el consentimiento a cambio de un beneficio económico. y la segunda es a los

⁷⁰ Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal. Ob. cit. Pág. 41

⁷¹ Ibid.

ascendientes que sin intermediario entreguen a cambio de un beneficio económico a un menor a un tercero para su custodia definitiva, de tal suerte que se sanciona al ascendiente que sin intermediario entregue al menor, y a quien tenga su custodia y entregue al menor a un tercero a cambio de un beneficio económico, pero resulta innecesario el separar y señalar dos hipótesis que se podrían contener en una sola como en el Código Penal Federal que se transcribe mas adelante.

El Nuevo Código Penal del Distrito Federal señala en su párrafo tercero del artículo 169 lo siguiente:

“Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo primero, las penas se aumentarán en un tanto más de la prevista en aquél”⁷².

En este párrafo se trató de poner una agravante al delito, sin embargo, de manera errónea se contemplaron dos hipótesis delictivas diferentes, esto es, la sustracción y el tráfico de menores, pues si no se tiene el consentimiento para entregar a un menor a un tercero se tiene forzosamente que quitar al menor a quien tiene su guarda y custodia, y en ese momento, se consume el primer delito señalado, de tal suerte que en la hipótesis en estudio del artículo 169, se encuentran sancionadas dos hipótesis, la sustracción y el tráfico de menores, y ello no permite el sancionar a los dos delitos de manera autónoma e independiente, por lo que no se sanciona debidamente esta hipótesis, contemplada que trató de ser una agravante al tráfico de menores, y que resultó una atenuante a la sustracción, pues en el artículo 169 la penalidad máxima es de nueve años, siendo que debería ser más grave la sanción pues se dan dos conductas delictivas al mismo tiempo y se presenta un concurso ideal. En el primer tipo referido se sanciona esta conducta, con quince años de prisión, dando la posibilidad de que el delincuente que sustraiga un menor

⁷² Ibid.

señale que dicha sustracción fue para entregarlo a un tercero a cambio de un beneficio económico, para que en vez de sancionarlo con la pena impuesta a la sustracción, se le sancione con la pena del tráfico de menores, de tal suerte que se sancionaría con una pena menor, por lo que ésta hipótesis, desde nuestro punto de vista debería ser derogada, o en su caso modificada. Para una mejor comprensión de lo que aquí señalamos, se transcribe el artículo 171 que señala lo siguiente:

“Al que sin tener relación familiar o de tutela con un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, se le impondrá prisión de uno a cinco años y de cien a quinientos días multa.

A quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior lo sustraiga de la custodia legítima o de su guarda, se le impondrá de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa”⁷³.

Por lo que se esta en presencia de la sustracción y del tráfico de menores en la hipótesis en estudio, pues se sustrae al menor para entregarlo a un tercero a cambio de un beneficio económico, sancionándose con una penalidad menor, a la de la sustracción y con ello más que una agravante resulta una atenuante para la sustracción de menores, no permitiendo que se sancione debidamente a los dos delitos que con dos conductas diversas se consuman, al momento de la entrega al tercero, por lo que en todo caso como ya señalamos se debió describir dicha conducta con una penalidad mucho mayor o en su caso no debió incluirse en el texto del artículo pues ya se encontraba contenida en la sustracción esta conducta.

El Nuevo Código Penal del Distrito Federal señala en su párrafo cuarto del artículo 169 lo siguiente:

⁷³ Ibid. Pág. 42

“Si el menor es trasladado fuera del territorio del Distrito Federal, las sanciones se incrementarían en un tercio”⁷⁴.

En este párrafo solo se estipuló una agravante del delito, que es el trasladarlo fuera del territorio del Distrito Federal.

El Nuevo Código Penal del Distrito Federal señala en su párrafo quinto y sexto del artículo 169 lo siguiente:

“Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable al que lo entrega 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, se reducirá en una mitad la pena prevista en el párrafo anterior”⁷⁵.

En este caso se dan dos atenuantes a dos personas que intervienen en el tráfico de menores, que es cuando se entrega un menor a un tercero sin la finalidad de obtener beneficio económico alguno; sin embargo, para ello existen los procedimientos legales conducentes, tales como la pérdida de la patria potestad, y por el otro lado se atenúa la sanción a quien reciba al menor para incorporarlo a su núcleo familiar. En este caso está prevista en nuestra legislación la adopción para incorporar a un menor al núcleo familiar, sin embargo en este artículo lo que se trata es de sancionar a quienes no lleven a cabo y conforme a nuestro marco jurídico, la entrega de un menor a un tercero para su guarda y custodia definitiva, o bien a quienes incorporen a un menor a su núcleo familiar sin respetar los lineamientos legales existentes, que desde nuestro punto de vista en estos supuestos no estamos en presencia de una conducta de tráfico de menores, pues no existe traslado de un menor a un tercero a cambio de un beneficio económico por lo que consideramos

⁷⁴ Ibid Pág. 41

⁷⁵ Ibid.

que estas conductas contempladas en la ley deberían de ser sancionadas como una falta administrativa, mediante la imposición de una multa, o bien aplicando ciertas medidas de seguridad, pero no con prisión, por tratarse de un acto de buena fe o de un obrar humano, para incorporar a un menor a un núcleo familiar.

El Nuevo Código Penal del Distrito Federal señala en su párrafo séptimo del artículo 169 lo siguiente:

“Además de las penas señaladas en los responsables de los delitos perderán los derechos que tengan en relación con el menor, incluidos los de carácter sucesorio”⁷⁶.

En este párrafo se sanciona al adulto, con la pérdida de los derechos que pudiesen existir respecto del menor, en virtud de no ejercer adecuadamente la patria potestad o la custodia que este tenga sobre el menor.

Por otro lado el artículo 366 ter del Código Penal Federal al igual que el artículo del Código Penal del Distrito Federal prevé varias hipótesis, sin embargo consideramos que resultan innecesarias, pues quizás con una definición genérica se abarcaría cualquier conducta que se pudiera dar en el tráfico de menores, y con ello se evitaría el problema práctico de aplicar una cierta hipótesis determinada, pues con una adecuada descripción legal del tráfico de menores se evitaría esta situación por abarcar cualquier conducta dentro de un mismo tipo.

El artículo 366 ter del Código Penal Federal prevé en su primer párrafo lo siguiente:

“Comete el delito de tráfico de menores quien traslade a un menor de dieciséis años de edad o lo entregue a un tercero, de manera ilícita, fuera del territorio

⁷⁶ Ibid

nacional, con el propósito de obtener un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega del menor.””

En este párrafo podemos ver ciertos intentos por tratar de dar una descripción mas genérica de lo que es el tráfico de menores, pero también vemos que al no darla completa, recurre a dar ciertas hipótesis de las formas de intervención de la personas en el tráfico de menores mediante la descripción de ciertas circunstancias en que se puede cometer el delito de tráfico de menores.

El artículo 366 ter del Código Penal Federal en el tercer párrafo se dividió en tres fracciones I, II y III,

“Comete el delito a que se refiere el párrafo anterior:

I.- Quienes ejerzan la patria potestad o custodia sobre el menor, aunque no haya sido declarada, cuando realicen materialmente el traslado o la entrega o por haber otorgado su consentimiento para ello;

II.- los ascendientes sin límite de grado, los parientes colaterales y por afinidad hasta el cuarto grado, así como cualquier tercero que no tenga parentesco con el menor.

Se entenderá que las personas a que se refiere el párrafo anterior actúan de manera ilícita, cuando tengan conocimiento de que:

- A) quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor no han otorgado su consentimiento expreso para el traslado o la entrega, o
- B) quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor obtendrán un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega⁷⁶.

⁷⁶ Código Penal, Código Penal Federal, 636, art 366, 97

⁷⁸ Ibid. Pág. 98

Se trata de sancionar a cualquier persona que haya participado en la comisión del tráfico de menores mediante el señalamiento, de que los padres del menor también pueden incurrir en este delito, e inclusive cualquier familiar del menor o un tercero que no tenga ninguna relación con el menor, pero nos parece innecesario hacer ese señalamiento, que podría estar debidamente contenido en una descripción genérica.

Por otro lado se da una definición de cuando se obra de manera ilícita en el tráfico de menores, y se dice refiriéndose al intermediario, que es cuando éste sabe que el pariente del menor o sus padres o quien tenga la custodia del mismo obtendrá un beneficio económico por la entrega al tercero, y por el otro lado cuando se hace la entrega a un tercero a cambio de un beneficio económico sin consentimiento de estos, es decir como autor y no como intermediario, abarcando dos hipótesis y formas de autoría y participación.

Y en la fracción tres que a continuación se transcribe:

“III.- la persona o personas que reciban al menor”⁷⁹.

En esta caso se sanciona también a la persona que reciba al menor, pero dejando fuera de toda sanción, a aquel que entregue el beneficio económico aunque no reciba al menor, una creando una hipótesis sin sancionar y atípica.

El artículo 366 ter del Código Penal Federal prevé en su cuarto, quinto y sexto párrafo lo siguiente:

“A quienes cometan el delito a que se refiere el presente artículo se les impondrá una pena de tres a diez años de prisión y de cuatrocientos a mil días multa.

⁷⁹ Ibid.

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

Se aplicara hasta las dos terceras partes de las penas a las que se refiere este artículo, cuando el traslado o entrega del menor se realicen en territorio nacional⁸⁰.

Aquí solamente se determinan las sanciones a quienes se ubiquen en los supuestos marcados por la norma.

Nosotros consideramos que el delito de tráfico de menores debería contemplar cualquier conducta que se relacione con la compra venta de menores, o bien que abarque la entrega de un menor a un tercero a cambio de un beneficio económico y que **será local cuando se realice dentro del territorio nacional en cada entidad, agravándose la penalidad cuando se traslade de una entidad a otra por estar en presencia del tráfico local de menores, y será federal cuando se realice el traslado del menor al extranjero, o se entregue un menor a un tercero a cambio de un beneficio económico con la finalidad de llevarlo al extranjero, porque estamos en presencia de el trafico internacional de menores.**

De ahí que consideremos nosotros que el tipo en su descripción, de manera más adecuada del tráfico de menores para el fuero común, debería quedar de la siguiente manera:

“Al que a cambio de un beneficio económico entregue a un tercero a un menor se le impondrá de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días multa la misma sanción se aplicará a quienes intervengan en su realización siempre y cuando no se encuentre justificado el actuar del sujeto por una norma permisiva en virtud de un empleo, cargo o comisión.

⁸⁰ Ibid.

La redacción que damos, abarca a cualquier persona que intervenga en la comisión del delito de tráfico de menores, pues al señalar que puede cometerlo cualquier persona sin necesidad de una calidad específica, en el sujeto que interviene como en las descripciones que actualmente se dan sobre el tráfico de menores, y que mas que un tipo, parece ser que tratan de definir al delito a esté, pues con esto se evitaría el tratar de adecuar la conducta en alguna de las hipótesis de la descripción legal y que marcan ciertas calidades en el sujeto activo del delito, pues con esta descripción cualquier persona se ubicaría en el supuesto, y además no requiere el elemento subjetivo consistente en el fin de obtener beneficio económico, que es un elemento que solamente obstaculiza la integración del cuerpo del delito, bastando que se reciba este a cambio de la entrega del menor a un tercero, para que se ubique en este supuesto, mientras que en las descripciones actuales se requiere del elemento subjetivo de realizar la conducta con el propósito de obtener un beneficio económico dificultando su sanción debido a que se tendría que acreditar el elemento subjetivo como parte del cuerpo del delito, de otra manera no podría sancionarse dicha conducta con una penalidad sino con otra menor contemplada en otra hipótesis que es el hacer la entrega del menor sin la finalidad de obtener un beneficio económico, y bastaría que el delincuente hiciera esa aseveración para que no se le sancionara debidamente, por ello es tan importante eliminar también los elementos subjetivos que las descripciones típicas actuales requieren, para sancionar adecuadamente a quienes cometan el delito de tráfico de menores, que se da siempre que se obtenga un beneficio económico por la entrega de un menor a un tercero, y además permitiría en los casos en que se sustraiga a un menor sancionar también la sustracción independientemente de las sanciones por el tráfico de menores permitiendo sancionar cada conducta de manera mas adecuada pues actualmente la aplicación de la sanción del delito de trafico de menores excluye la posibilidad de sancionar la sustracción de un menor y con ello se imposibilita el sancionar adecuadamente al delincuente.

Por otro lado a efecto de que se sancione también a aquella persona que entregue a un menor a un tercero sin obtener un beneficio económico, consideramos

que debe hablarse de otra figura, pues nosotros consideramos que no es propiamente el tráfico de menores, toda vez que no se persigue ningún beneficio económico, sino que sólo se busca el deshacerse de un menor, por ello más que decir que se presenta este tipo penal, sentimos que se debe hablar de una figura equiparable, pero no es propiamente el delito en estudio de tráfico de menores, de tal suerte que se podría decir en cuanto a la redacción de esta hipótesis lo siguiente:

Se equipara al tráfico de menores la entrega de un menor que una persona realiza a un tercero sin la finalidad de obtener un beneficio económico para su guarda y custodia definitiva, y se sancionará con la misma pena.

Cubriendo así también a aquellas personas que traten de deshacerse de un menor, y que no sea un abandono del mismo.

Y así se evita el confundir también la sustracción del menor con el tráfico de menores, pues si se realiza la primera y después se realiza el segundo estamos en presencia de un concurso ideal de delitos, y se sancionará debidamente ese actuar, y no como actualmente sucede que se da la sustracción pero no se sanciona por estar contemplada dentro del tráfico de menores siendo dos figuras completamente diferentes.

El delito de tráfico de menores se encuentra constituido por varios elementos a saber, por un lado los elementos del delito, y por otro los del propio cuerpo del delito en sí, es decir los que la propia descripción legal da para su configuración, nosotros a continuación, estudiaremos cada uno, desde los aspectos positivos y los aspectos negativos de este delito.

3.2.- ASPECTOS POSITIVOS DEL TRÁFICO DE MENORES

LA CONDUCTA

El primero de los aspectos positivos de este delito es la conducta que se encuadra en el tipo de tráfico de menores tanto del fuero común como del fuero federal; este elemento a saber y después de haberlo estudiado, decimos que es de acción sin duda alguna, esto en razón de que el delito de tráfico de menores, requiere de un actuar del sujeto activo necesariamente, en virtud de que este delito no acepta la comisión del delito por medio de la omisión, sin embargo sí acepta por excepción, la comisión por omisión, ya que en la descripción legal tanto federal como del Distrito Federal, el tipo señala que el delito se comete por medio de un actuar tendiente a entregar a un menor a un tercero o a otra persona a cambio de un beneficio económico, esto es la realización de un hecho de resultado material, que produce una mutación en el mundo exterior, de ahí que el delito de tráfico de menores, sea un delito de acción. En relación a la comisión por omisión, se admite ésta cuando alguien sabe que se entregará un menor a otra persona a cambio de un beneficio económico, y no hace nada para impedir que se lleve a cabo dicha conducta, teniendo la posibilidad de impedirlo, por ejemplo, si en un matrimonio que tiene un hijo, uno de los padres realiza el acto delictuoso y su cónyuge sabe que se realizará dicho acto y no hace nada por impedirlo, teniendo la obligación legal y moral, y permite su consumación, se estará en el supuesto de la comisión por omisión, solamente así se admitiría por excepción, la comisión por omisión, de otra manera el delito siempre será de acción necesariamente.

Atendiendo al resultado este delito se clasifica dentro de los delitos llamados instantáneos; esta clasificación se encuentra contemplada dentro de nuestros códigos penales, pues este delito se agota en el momento mismo en que el menor es entregado a un tercero, y se obtiene un beneficio económico por su traslado o por su entrega a un tercero.

LA TIPICIDAD

El segundo aspecto positivo del tráfico de menores es la tipicidad. En la doctrina la tipicidad es aceptada como la adecuación de una conducta al tipo, y es considerada como un elemento del delito, el tipo siempre contiene sus propios elementos típicos, que son entre otros el presupuesto del delito, referencias de tiempo, modo, lugar, ocasión, medios empleados, elementos normativos, calidad en los sujetos activos y pasivos y elementos subjetivos del injusto penal, estos siempre variarán en cada uno de los tipos penales, pues en algunos casos se requerirá de uno de estos elementos del cuerpo del delito, y en otros no, de acuerdo a la naturaleza del propio tipo.

Para hacer una adecuación de la conducta al tipo penal lo haremos de acuerdo a los elementos del cuerpo del delito de tráfico de menores, que lo integran, y empezaremos por señalar los presupuestos de este delito.

PRESUPUESTOS DEL DELITO DE TRÁFICO DE MENORES.

Uno de los elementos del tipo son los presupuestos del delito, que se pueden clasificar en generales y especiales; los primeros son comunes al delito en general, y los segundos son los que pertenecen a cada delito en particular, y no requiere tanto en el tipo penal descrito en el artículo 169 del Nuevo Código Penal del Distrito Federal, como en el artículo 366 ter del Código Penal Federal, de un presupuesto del delito, por lo que no existe aspecto negativo respecto de este elemento del tipo.

EL OBJETO MATERIAL

El objeto material que se encuentra protegido por el tipo es la libertad de los menores, y en el caso que nos ocupa hemos de señalar que el tipo requiere como resultado material, de dos resultados, que se atente contra la libertad de los menores, mediante la entrega de éstos a un tercero, ya sea para obtener un beneficio económico,

o para deshacerse del menor, y el segundo resultado, que se obtenga un beneficio económico, por su entrega o traslado o se deshaga del menor, esto porque no necesariamente se tiene como finalidad el obtener un lucro sino también deshacerse del menor.

BIEN JURÍDICO TUTELADO.

En el caso del tráfico de menores descrito en el artículo 169 del Nuevo Código Penal del Distrito Federal como en el artículo 366 ter del Código Penal Federal, el bien jurídico tutelado es la libertad, y para que se atente contra ésta en estos delitos, tratándose de los menores, se debe atentar contra su libertad personal, en este caso se vulnera este bien jurídico tutelado, en virtud de que los menores conforme a las legislaciones existentes, no son libres en su actuar, y por ello están supeditados a la supervisión de un adulto, ya sea por uno que ejerce sobre ellos la patria potestad o bien tiene a su cargo su guarda y custodia, y cuando, en virtud de estos derechos y obligaciones, no se llevan acabo de conformidad con nuestras legislaciones y las convenciones internacionales señaladas en capítulos anteriores, buscando el interés más alto y que sea mejor para el menor, se atenta contra ese interés y se violenta ese derecho, por ello se atenta contra la libertad del menor, entregándolo a un tercero, contra su voluntad y en perjuicio de sus intereses, para obtener un beneficio económico, privando al menor de su libertad personal para estar con quien busque su mejor interés, de ahí que el tráfico de menores este en el capítulo, de delitos contra la libertad personal, ya que los menores desde un principio no son libres para actuar por sí solos y sí estando con quien tiene su guarda y custodia o quien ejerce su patria potestad, no busca su mejor interés se atenta contra sus beneficios y libertad personales, por lo que se sanciona esta situación.

SUJETO ACTIVO.

Debe entenderse por sujeto activo al sujeto que lleva a cabo la conducta delictiva, de tráfico de menores o participa en su realización. En el caso del delito de

tráfico de menores, el sujeto activo será, quien traslade a un menor o lo entregue a un tercero a cambio de un beneficio económico, y en algunos de los supuestos que se señalan en el artículo 169 del Nuevo Código Penal del Distrito Federal así como en el artículo 366 ter del Código Penal Federal, si requieren de calidad específica en el sujeto, y en otros no, siendo esto un defecto de la descripción legal que en ellos se contiene respecto del tráfico de menores, por ejemplo en ciertos casos se requiere que se de un consentimiento por quien tiene la calidad de ascendiente o quien tenga una relación de parentesco, en otros casos se requiere ejercer la patria potestad sobre el menor o que esta persona dé su consentimiento, en otros casos se requiere que la calidad de ejercer la guarda y custodia del menor y que este efectúe la conducta descrita por el injusto o bien otorgue su consentimiento a un tercero para llevar a cabo el injusto penal, siendo en todos los casos sujeto activo del delito por tener una participación en su comisión, por ello en algunos casos sí se requiere de cierta calidad en el sujeto activo y en otros no.

SUJETO PASIVO

En el delito de tráfico de menores por obvias razones se requiere de cierta calidad en el sujeto pasivo del delito, que generalmente es la víctima del delito, y que siempre será en el delito de tráfico de menores el menor, existe la clasificación de tipos penales personales e impersonales, serán personales cuando requieran una calidad específica en el sujeto pasivo e impersonales cuando no requieran de ninguna calidad en el sujeto pasivo del delito, en el tipo penal en estudio, ubicamos al injusto penal dentro de los personales, ya que requiere que el sujeto pasivo del delito, es decir la víctima sea un menor de edad; en el caso del artículo 366 ter del Código Penal Federal, se requiere que el menor sea menor de dieciséis años, de otra manera estaríamos en presencia de otro tipo penal, y en una causa de atipicidad, de tal suerte que nos parece un error del legislador que se haya señalado edad en el Código Federal, para que se dé el tráfico de menores, pero afortunadamente en el Distrito Federal no se señala edad específica del menor, entrando en la hipótesis normativa cualquier menor de edad, entendiéndose en ella los menores de dieciocho años. Se estará en otro supuesto que

es el delito contemplado en el artículo 364 del Código Penal Federal, y no en el tráfico de menores cuando el menor tenga dieciséis o diecisiete años de edad, por no encuadrar la conducta dentro de la descripción del delito en estudio, pues de otra manera se violentarían las garantías de seguridad jurídica y legalidad, que trata de salvaguardar este elemento del delito, reduciéndose la penalidad solamente a la privación ilegal de la libertad, y no permitiendo una adecuada sanción al tráfico de menores; como nos damos cuenta en el caso del sujeto pasivo sí se requiere de una calidad específica, y por ello este es un tipo penal personal por requerir una calidad específica en el sujeto pasivo.

EN CUANTO A EL TIPO

Los tipos pueden ser básicos, especiales y complementarios, siendo los básicos los que señalan las características básicas de una figura delictiva, así como las que entran también dentro de los tipos especiales que tengan la misma naturaleza jurídica; especiales los que derivan de tipos genéricos conteniendo sus mismas características pero además contienen circunstancias especiales que pueden agravar o atenuar la pena, y por su descripción tienen ciertas características propias, y que los hacen diferentes a los tipos básicos, y complementarios son los que sirven solamente para complementar a los demás tipos especiales y genéricos, y que sirven para agravar o atenuar la pena. El tipo penal en estudio, tanto en el fuero local o federal que estamos estudiando, se ubica dentro de los tipos especiales, pues tiene ciertos elementos propios que lo distinguen de una privación de la libertad, pero que también implican en cuanto a su naturaleza una afectación a la misma, por ello es un tipo especial.

EN CUANTO A LOS MEDIOS COMISIVOS O CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO MODO Y LUGAR

Este tipo no requiere de ciertas circunstancias de tiempo modo o lugar, ni tampoco requiere de medios comisivos, para su ejecución por ello se puede realizar de

cualquier manera la conducta delictiva, y no acepta aspecto negativo en cuanto a estos elementos del cuerpo del delito.

ANTI JURIDICIDAD

La antijuridicidad constituye un elemento del delito en general, de ahí que para que se dé el delito de tráfico de menores, se requiere de la antijuridicidad de la conducta, o sea una conducta contraria a la ley, y para que surja ésta en el mundo fáctico, se requiere que una conducta que se adecua al tipo de tráfico de menores, no esté amparada por ninguna de las causas de licitud, que en el capítulo anterior se señalaron como causas de justificación y que son el aspecto negativo de la antijuridicidad, dicho de otra manera una conducta es antijurídica, cuando siendo típica por adecuarse al tipo, no exista a favor del sujeto ninguna causa de licitud, es decir una norma permisiva.

Por ello, como ya sabemos, en el Derecho Penal existen normas prohibitivas y normas permisivas; las primeras siempre serán los tipos penales, y las segundas serán las causas de licitud de la conducta es decir una contra norma a las primeras. Nosotros consideramos que en el caso del tráfico de menores, se plasma una norma prohibitiva, que en el fondo prohíbe trasladar a un menor o entregarlo a un tercero, a cambio de un beneficio económico, o bien teniendo como finalidad deshacerse del menor, de tal suerte que cuando se incumple con dicha prohibición, el Estado impone una pena. En los tipos penales tanto del fuero común como del fuero federal que contempla el tráfico de menores, cuando una persona realiza dicha conducta, que en el fondo está prohibida por la ley penal, está actuando contra una norma de Derecho, y como tal actúa de manera antijurídica, por ello este elemento general del delito, lo encontramos en ambos tipos como uno de los aspectos positivos del mismo, que le da vida al aspecto antijurídico del obrar del sujeto, de ahí que desde ahora señalamos que este elemento se presenta en el artículo 366 ter del Código Penal Federal y 169 del Nuevo Código Penal del Distrito Federal, como uno de los aspectos positivos para que se de el delito de tráfico de menores, que en ellos se contempla.

CULPABILIDAD

Este es otro aspecto positivo que es esencial para la integración del delito, sin embargo es necesario destacar que la culpabilidad es un reproche al sujeto que ha obrado de manera contraria a Derecho y por lo tanto debe responder por ello ante la sociedad, siempre y cuando haya existido dos elementos la voluntad y el entendimiento y comprensión del hecho, y ya hemos hablado de esta con anterioridad, inclusive se habló de las formas de la culpabilidad, y señalamos que son dos, el dolo o la culpa.

Para que se presente la culpabilidad en el caso del delito de tráfico de menores, es indispensable que se efectúe de manera dolosa, como se señala tanto en el artículo 366 ter del Código Penal Federal como en el artículo 169 del Nuevo Código Penal del Distrito Federal. El dolo se define como el actuar consciente y voluntario dirigido a la producción de un resultado típico. Así pues no se admite la culpa en este delito, esto en virtud de que el sujeto que lleva acabo su actuar, para trasladar a un menor o entregarlo a un tercero, encamina su conducta a obtener un beneficio económico, o bien a deshacerse del menor, pues existen casos en que no se busca un beneficio económico pero sí deshacerse del menor, de tal suerte que se atenta contra los intereses del mismo, cuando existe la obligación legal de buscar cuanto mejor le favorezca, de ahí que se requiera necesariamente de un actuar doloso sin lugar a dudas, es decir el actuar consciente del sujeto para lograr un objetivo que se sabe no es lícito, así pues nuestros códigos han definido al dolo de la siguiente manera:

El Artículo 18.- del Nuevo Código Penal Del Distrito Federal define al dolo y la culpa de la siguiente manera:

“Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Obra dolosamente el que conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate o previendo como posible el resultado típico acepta su realización.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que objetivamente era necesario observar⁸⁰.

El Artículo 9.- del Código Penal Federal en su artículo define de igual manera al dolo y la culpa y dispone lo siguiente:

“Obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales^{80c}.

En este orden de ideas, no se puede hablar de que el delito se puede cometer por medio de la culpa pues no existiría delito alguno, ya que el tipo requiere forzosamente del dolo elemento normativo y subjetivo del injusto, ya que requiere que el sujeto realice el traslado o entrega del menor a un tercero con la finalidad de obtener un beneficio económico o deshacerse del menor, por ello se requiere forzosamente que el sujeto actúe de manera dolosa, para obtener el fin, y por ello si no se actúa con esa finalidad no puede existir delito alguno, por ser parte de los elementos del cuerpo del delito de carácter normativo que necesariamente se tiene que dar para que se pueda efectuar el juicio de reproche de la conducta, es decir el sujeto actúa consciente y voluntariamente,

⁸⁰ Código Penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal. Ob. cit. Pág. 1

⁸² Agenda penal. Código Penal Federal. Ob. cit. Pág. 3

por ello no se puede dar la culpa o en este caso el tipo no admite la culpa, porque el sujeto siempre actuará consciente y voluntariamente para obtener un resultado.

IMPUTABILIDAD

La imputabilidad es un elemento general del delito que en el caso que nos ocupa siempre se requerirá, pues siempre se necesita de un imputable para la comisión del delito de tráfico de menores, resulta de carácter.

3.3.- ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO DE TRÁFICO DE MENORES

Los aspectos negativos del delito de tráfico de menores, son todas aquellas causas que hacen que el delito no exista, o bien que la conducta delictiva se justifique por existir una norma permisiva para su comisión, es decir que los aspectos negativos del delito son aquéllos que evitan que el delito sea sancionado, y por ello dejan sin vida al mismo. En este capítulo hemos estudiado ya los aspectos positivos del delito, ahora estudiaremos los aspectos negativos que son los que dejan sin existencia al mismo, o bien existiendo éste no es sancionado, por existir una norma permisiva que elimina la ilicitud de la conducta desplegada por el agente.

ASPECTO NEGATIVO DE LA CONDUCTA. LA AUSENCIA DE CONDUCTA EN EL TRÁFICO DE MENORES

En algunas circunstancias, surge el aspecto negativo de la conducta, o sea, la ausencia de conducta. Eso quiere decir que la conducta no existe, y por tanto, da lugar a la inexistencia del delito:

Esta causal de exclusión del delito, se encuentra contemplada como ya dijimos en nuestros Códigos Penales, también ya dijimos que la ausencia de conducta se presenta, en los siguientes casos vis absoluta, vis mayor, actos reflejos,

sonambulismo e hipnosis. Ya hemos visto que la vis absoluta consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien quien en apariencia comete la conducta delictiva, por ello la vis absoluta o fuerza irresistible supone por tanto, ausencia de la voluntad en la actividad o inactividad de manera que la expresión puramente física de la conducta, no puede integrar, por sí, una acción o una omisión relevante para el Derecho, sin embargo es difícil suponer que en el delito que nos ocupa se pueda presentar este caso, otro supuesto de ausencia de conducta es vis mayor o la fuerza mayor, en esta se presenta similar fenómeno al de la vis absoluta: actividad o inactividad involuntarias, por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales, en los actos reflejos, que son otra forma de manifestación de la ausencia de conducta, los movimientos corporales, en los que la excitación de los nervios motores, no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, (sin intervención de la conciencia del sujeto), estos tres supuestos es difícil que se presenten como aspecto negativo para la configuración del tráfico de menores tanto del fuero común como del federal.

Otro supuesto es el Estado de sonambulismo, que es similar al sueño, distinguiéndose de éste en que el sujeto, deambula dormido, existen movimientos corporales inconscientes y por ello involuntarios, es una enfermedad nerviosa, o mejor dicho, posiblemente, no es mas que una manifestación parcial de otras neuropatías o de epilepsia, todos los días en horas determinadas y siempre deben ir precedidas del sueño, es decir que la persona debe de estar completamente dormida. En el caso del tráfico de menores, es difícil que surja como aspecto negativo del delito en estudio, pues se requiere de estar consciente y haber hecho una planeación para cometer el delito en estudio, ya que en este delito, siempre se presenta lo que se conoce como "*lter criminis*", es decir el camino al delito, y por ello se requiere de las distintas fases del delito para su comisión, es decir desde que el sujeto decide el delito hasta que lo concreta, dividiéndose éste, en una fase interna y otra externa. La fase interna comprende tres etapas la ideación criminosa,

deliberación y resolución; la ideación es que surja en el individuo la tentación de delinquir, luego la deliberación que consiste en una ponderación entre los pro y contras, y posteriormente la resolución, que es decir efectuar el delito, la fase externa, comprende la manifestación, preparación y ejecución, en la manifestación ya surge al exterior la idea criminosa pero como idea o pensamiento exteriorizado. En la preparación se comienzan a realizar los actos preparatorios para cometer el delito los cuales pueden o no constituir un delito diverso al que se pretende, y la ejecución se da cuando el sujeto realiza la conducta exteriorizada para cometer el delito que puede tener el grado de tentativa o consumación, por lo que en este delito siempre se requerirá de una planeación del sujeto para realizarlo.

Otra forma de ausencia de conducta es el sueño, que es un estado fisiológico, normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, pero puede originar, movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos. Otro es la hipnosis, el cual consideramos que sí se podría presentar en un sujeto, pues el sujeto activo si se puede valer de otro sujeto hipnotizado para efectuar y cometer el delito, y por ello el hipnotismo, es un procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por fascinación, influjo personal, o por aparatos personales, consiste esencialmente, en una serie de manifestaciones del sistema nervioso, producidas, por una causa artificial. Tales manifestaciones van desde un simple estado de somnolencia, hasta uno sonambulismo total; se dice que éste, para que se considere como una excluyente de responsabilidad se requiere de ciertos requisitos que ya hemos enunciado en el capítulo anterior y que en este hemos de retomar y transcribir nuevamente.

1.- Que se hipnotice al sujeto sin su consentimiento y realice una conducta o hechos tipificados por la ley penal.

En este caso el sujeto no es responsable

2.- Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento con fines delictuosos.

En este caso el sujeto sí es responsable pues estamos ante la *actio liberae in causa*, cuando el sujeto se colocó intencionalmente en ese estado para cometer el delito

3.- Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento, sin intención delictuosa por parte de éste.

En esta última hipótesis el sujeto es responsable de un delito culposo, ya sea culpa con representación o sin ella según el caso.

Sin embargo, no estamos de acuerdo necesariamente pues el sujeto hipnotizado, puede ser que sí se deje hipnotizar, pero él no necesariamente sabe que será utilizado para la comisión de un ilícito, puede ser en el caso en estudio, que un sujeto se valga de otro sujeto para entregar a un menor a otra persona y obtenga un beneficio económico por esa entrega o traslado del menor, en este caso el sujeto activo se vale de otro para efectuar la entrega o el traslado, y para obtener el beneficio económico, de ahí que nosotros consideremos que esta es la única hipótesis que se pudiese presentar para cometer el delito de tráfico de menores, como aspecto negativo de la conducta, porque en ésta el sujeto hipnotizado, es manipulado para desarrollar determinadas conductas, y en él no existe la voluntad de llevarlas a cabo, sino que un tercero se vale de él para la comisión del delito, por ello no tiene la voluntad de delinquir y su actuar es involuntario, pues actúa por la manipulación de la cual es objeto, a través de la hipnosis bajo la que se encuentra.

ASPECTO NEGATIVO DE TIPICIDAD QUE ES LA ATIPICIDAD EN EL TRÁFICO DE MENORES

La atipicidad es el aspecto negativo de la tipicidad, como ya hemos dicho en el capítulo anterior la atipicidad supone una conducta que no llega a ser típica por la falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, por ejemplo, en la violación: que se dé en esta consentimiento de la cópula y no haya violencia física o

moral. En el fraude: que no haya lucro indebido, de tal suerte que concluimos nosotros que la atipicidad es la falta de uno o mas de los presupuestos de la descripción típica. En el delito en estudio se puede presentar mediante la simulación de actos jurídicos, en el caso del artículo 169 del Nuevo Código Penal del Distrito Federal, por ejemplo, en muchos casos se sabe que diversas instituciones de manera ilegal llevan a cabo adopciones internacionales, que no son sino únicamente el medio para sacar a un menor de un país, o para entregarlo a un tercero, rompiendo con el elemento de entregar a un menor de manera ilegal, o sin consentimiento de quien legalmente tiene la custodia del menor, y en muchos de los casos se presenta esta situación, de tal suerte que el traslado del menor o la entrega al tercero se vuelve legal, independientemente de que el que tiene la guarda y custodia, o quien ejerce la patria potestad obtenga con esa adopción un beneficio económico, y de que quien recibe al menor tenga o no la voluntad de incorporarlo a su núcleo familiar o bien, de explotar al menor de otra manera, por ello el aspecto negativo de la tipicidad, en este caso se presenta al faltar el elemento *trasladar o entregar a un menor de manera ilegal*, pues el traslado y la entrega se vuelve totalmente legal, mediante una simulación de un acto jurídico como lo es la adopción.

En el caso del artículo 366 ter del Código Penal Federal, la atipicidad se puede presentar en varias y diversas maneras, en virtud de que requiere para que el delito sea federal que el trasladarlo fuera del territorio nacional o que por lo menos se intente trasladar al menor fuera del territorio nacional, de tal suerte que si no es así, el delito federal no se configurará por faltar este elemento de la descripción legal. Otra forma de presentarse la atipicidad es a través de una simulación de un acto jurídico, y asimismo el tipo de carácter federal que enunciamos, requiere de varios elementos de carácter normativo para su configuración, por ejemplo, requiere para su comisión que el menor que es trasladado o entregado a un tercero, sea menor de dieciséis años de edad, por lo que si supera esa edad no se integrarán todos los elementos de la descripción legal, y por ello no se integrará el cuerpo del delito de tráfico de menores, presentándose el aspecto negativo de la tipicidad, y se estaría en otra figura delictiva, pero no en el delito que estudiamos, por ello es indudable que

se requiere de una mejor redacción técnica del tipo penal, y nos resulta absurdo que no se proteja a los menores de dieciocho años, es decir a los de dieciséis y diecisiete años de edad, que también son vulnerables al tráfico de menores internacional, de ahí que se pueda cometer este delito sin que sea sancionado debidamente, sino únicamente como una privación ilegal de la libertad, no obstante de que pueda aparecer la presencia de un concurso de delitos que implicaría una mejor sanción.

ASPECTO NEGATIVO DE LA ANTIJURIDICIDAD QUE SON LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN EL TRÁFICO DE MENORES

Como ya dijimos anteriormente cuando a un hecho presumiblemente delictuoso, le falta la antijuridicidad, podemos decir: que no hay delito, por la existencia de una causa de justificación, es decir, el individuo ha actuado, en determinada forma, sin el ánimo de transgredir las normas penales. Dentro de las causas de justificación el agente obra con voluntad consciente, en condiciones normales de imputabilidad, pero su conducta no será delictiva, por ser conforme a derecho. Es así como no podrá exigírsele responsabilidad alguna ya sea civil o penal, porque quien actúa conforme a Derecho, no puede lesionar, ningún bien jurídico. Por lo cual, el aspecto negativo de la antijuridicidad, lo constituyen las causas de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador consideró, para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al considerarla lícita, jurídica o justificativa.

Podemos decir que en principio, la ley penal castiga a todo aquello que la contraría (antijuridicidad), pero, excepcionalmente la propia ley establece casos en que justifica la conducta típica, (causas de justificación), con lo cual desaparece la antijuridicidad, en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y el Código Penal Federal, de manera genérica, las denomina causas de exclusión del delito, encontrándose comprendidas dentro de este aspecto, la legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, y actuar con consentimiento del interesado, nosotros consideramos que la única causa de

justificación que pudiese presentarse en el tráfico de menores, sería el estado de necesidad, por las razones que más adelante se exponen.

Como ya señalamos, la legítima defensa consiste en repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, cuando exista necesidad racional de la defensa empleada y siempre que no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona que se defiende, sin embargo ésta en el caso que nos ocupa no se puede presentar, como un aspecto negativo de la antijuridicidad del delito de tráfico de menores, en virtud de que normalmente se presenta para repeler una agresión real actual e inminente, y estas hipótesis se presentan normalmente en delitos que atenten contra la vida o la integridad física del individuo, dando licitud al actuar del sujeto que repele una agresión real, actual e inminente pues el bien jurídico protegido por el mismo es la vida o la integridad física, y en el caso del tráfico de menores el bien jurídico protegido por la ley penal es la libertad, y como ya dijimos anteriormente para que se atente contra esta libertad en este delito, en tratándose de los menores, se debe atender contra su libertad personal, vulnerando este bien jurídico tutelado, en virtud de que los menores conforme a las legislaciones existentes, no son libres en su actuar, y por ello están supeditados a la supervisión de un adulto, ya sea por un adulto que ejerce sobre ellos una patria potestad o bien tiene a su cargo su guarda y custodia, y cuando, en virtud de estos derechos y obligaciones, no se llevan a cabo de conformidad con nuestras legislaciones y las convenciones internacionales señaladas en capítulos anteriores, buscando el interés más alto y que sea mejor para el menor, se atenta contra ese interés y se violenta ese derecho, entregándolo a un tercero, contra su voluntad y en perjuicio de sus intereses, para obtener un beneficio económico, de ahí que el tráfico de menores esté en el capítulo de delitos contra la libertad personal, por ello el bien jurídico tutelado en la norma es la libertad, y no es posible que concibamos la existencia de la legítima defensa, en este delito, pues en ningún momento al cometer el delito se repele agresión alguna, y por ello no se encuentra amparada la conducta bajo este aspecto negativo de la antijuridicidad, y no se puede presentar como aspecto negativo.

Otra forma de anular a la antijuridicidad y darle licitud al actuar del sujeto activo del delito, es encontrarse en estado de necesidad, que no es otra cosa sino el actuar ante un peligro actual e inmediato, de bienes jurídicamente tutelados que sólo pueden salvaguardarse, mediante el daño a otro bien, que también se encuentra jurídicamente tutelado por la ley, el estado de necesidad, consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno respecto de un peligro, real, actual o inminente, no ocasionado por el agente sin tener el deber de afrontarlo, y siempre que no exista otro medio menos perjudicial a su alcance, con lo cual cause algún daño, o afectación a bienes jurídicos ajenos, en el caso del tráfico de menores, descrito por nuestros códigos penales del Distrito Federal y el Federal, consideramos que sí existe la posibilidad de que en el mundo fáctico se presente esta causa de licitud en el actuar del sujeto activo del delito, y que como tal anularía la antijuridicidad en ese obrar, por ejemplo nuestra legislación señala como atenuante de la sanción del delito, que el sujeto actúe sin la finalidad de obtener un beneficio económico, o bien que actúe con la finalidad de incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, esto lo dispone en el Nuevo Código Penal del Distrito Federal en el propio artículo 169, y en el Código Penal Federal en su artículo 366 Quater, sin embargo en estos dos casos estamos frente a una conducta en la que los sujetos activos de este delito tanto el que lo entrega al tercero, como el que lo recibe lo hacen con dos finalidades, el primero para deshacerse del menor y el segundo para incorporarlo a su núcleo familiar, por ello se sanciona tanto a uno como a otro, pues el segundo sabe que el primero ya no quiere tener al menor y por ello se lo entrega encubriendo tal situación por ello es que el legislador quiso sancionar dichas conductas, sin embargo, puede presentarse un caso en el que el sujeto que se deshace del menor, se deshaga del menor con la finalidad de buscar su beneficio o de salvarle la vida atentando contra el bien jurídico protegido por la norma, pero salvaguardando otro bien jurídico como lo es la vida o la integridad física del menor; por ejemplo, pudiese darse que un niño se encuentre gravemente enfermo, y que sus padres no tengan los recursos económicos para proporcionarle la atención médica adecuada, corriendo el menor un gran riesgo de

que si no se le proporciona la atención medica adecuada, este muera irremediabilmente, por ello los padres contactan a unas personas que no pueden tener hijos pero que tienen los recursos económicos necesarios para darle esa atención medica al niño y para darle lo necesario para su subsistencia, y se lo entregan con la finalidad de salvarle la vida al menor y darle una mejor vida, ya que los padres están imposibilitados para hacerlo, en esta caso efectivamente se atenta contra el bien jurídico protegido por la norma, pero se actúa para salvaguardar otro bien jurídico tutelado por la ley, y que es aun más importante que el primero, como lo es la vida del menor, actuando los padres con la finalidad de buscar lo que mas favorezca a los intereses del menor, por ello es indudable que esta causa de justificación sin duda alguna sí puede presentarse en el mundo fáctico, y por ello no es posible sancionar a los padres que ante la desesperación de no poder salvarle la vida a su hijo, por la falta de recursos económicos, lo entregan a un tercero buscando el mayor beneficio del menor, y a costa de su sufrimiento como padres, por ello sí puede presentarse un estado de necesidad como causa de exclusión del delito, para los padres, no así para el tercero que recibió al menor, y que se aprovechó de la necesidad en que los primeros se hallaban para hacerse de un menor, por lo que también se requerirá de cumplir con los requisitos del estado de necesidad, para que realmente se justifique el actuar de los sujetos activos del delito, que son el actuar lesionando un bien jurídico tutelado, para salvaguardar otro de igual o mayor valor.

Cumplimiento de un deber consiste en causar un daño obrando en forma legitima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado, el artículo 29 fracción VI del Nuevo Código Penal del Distrito Federal contempla esta figura simultáneamente con el ejercicio de un derecho, igual que el artículo 15 fracción VI del Código Penal Federal, estos se encuentran íntimamente ligados sin ser los mismo, ya que el cumplimiento de un deber deriva del ejercicio de ciertas profesiones o actividades; en este orden de ideas, aquí se da por reproducido todo lo manifestado, en el apartado relativo al ejercicio de un derecho pues la ley penal los iguala al definirlos en el mismo precepto, la única diferencia de fondo entre estas figuras, radica en que en el primer caso, se da el cumplimiento de

un deber, es decir, el cumplimiento de una obligación que por disposición de la ley tiene, en función de una actividad oficio o profesión, y en el segundo se ejercita o se hace valer un derecho que no es una obligación. La mayoría de las veces ambas situaciones se encuentran unidas o una se desprende de la otra, y la única diferencia de fondo básicamente es que en el ejercicio de un derecho si no se actúa no se incurre en ninguna responsabilidad, mientras que en el cumplimiento de un deber si no se actúa, si se incurrirá en una responsabilidad. Pues en este caso se tiene la obligación por ser parte de las facultades de una persona, que por la función que realiza y por la obligación que esta tiene, actúa en determinadas circunstancias. En el caso del tráfico de menores no se puede dar esta situación en virtud de que ninguna persona tiene dentro de sus funciones encomendado el entregar un menor a un tercero a cambio de un beneficio económico, de ahí que exista la imposibilidad legal de que una persona actúe o efectúe el tráfico de menores, en cumplimiento a un mandato que por disposición legal tiene la obligación de hacer, y tampoco se puede presentar el ejercicio de un derecho en virtud de que nadie tiene el derecho de vender a una persona a otro, puede presentarse quizás en una forma de participación del delito cuando se actúe como intermediario en desconocimiento de lo que se hace o de lo que se cobra, pero en el caso directo de los sujetos activos no puede presentarse de manera alguna como causa de justificación.

El consentimiento del interesado, es una causa de justificación que se da siempre y cuando la víctima o el ofendido hayan dado el consentimiento para que se cometiera en su agravo el delito y siempre que el tipo penal no requiera del consentimiento del perjudicado para que se de el delito, pues en este se destaca, que puede ser causa de atipicidad o causa de justificación, según sea el caso, cuando el tipo requiere que se realice sin consentimiento de la víctima o el ofendido, será causa de atipicidad, pero cuando el tipo no lo requiera será causa de justificación, sin embargo en el caso del tráfico de menores como ya hemos dicho antes, conforme a nuestra legislación y a la legislación internacional, los menores no son considerados capaces para decidir sobre sí, de ahí que no se pueda alegar en beneficio de los sujetos activos del delito, que hubieran actuado con el

consentimiento del menor, en virtud de que éste no es considerado capaz para dar su consentimiento por sí solo, pues requiere para la realización de cualquier acto, una autorización de quien ejerce la patria potestad o tiene a su cargo su guarda y custodia, necesariamente y si dicha autorización no es dada no se puede alegar, y por otro lado, aunque esta se dé, en el delito que nos ocupa no es considerada como causa de exclusión del delito pues los tipos penales en estudio disponen la sanción para las personas que tienen la guarda y custodia del menor o para quienes ejercen la patria potestad sobre el menor, que den su autorización para llevar a cabo la conducta descrita en el tipo, de ahí que se proteja mas al menor pues éste es considerado incapaz para dar su consentimiento o estar de acuerdo en ser entregado a un tercero a cambio de un beneficio económico, y por ende, como puede darse que quien ejerce ese derecho de tutelar y ver por los intereses del menor, atente y coarte ese derecho, es que el Estado ha decidido sancionar dicha conducta, y por lo tanto al ser el menor un individuo de la sociedad vulnerable, el Estado ha decidido protegerlo de manera directa a través de la ley, sancionando a la persona que autorice se atente contra los derechos personales del menor cuando esta persona tiene la obligación legal de velar por ellos, no permitiendo que se atente contra los intereses de un menor, a cambio de un beneficio económico (cuando se hace con la finalidad de obtener beneficio económico) o personal (cuando se tiene como finalidad solamente deshacerse del menor), por ello concluimos que no es posible se presente está como causa de justificación o de licitud de la conducta.

ASPECTO NEGATIVO DE LA CULPABILIDAD. LA INCULPABILIDAD EN EL TRÁFICO DE MENORES

Como ya hemos apuntado el aspecto negativo de la culpabilidad es la inculpabilidad, o sea, la ausencia del elemento culpabilidad, ésta se presenta cuando una persona actúa en forma aparentemente delictuosa, pero no se le puede reprochar su conducta por existir una causa de inculpabilidad que se refiere a la ausencia de conocimiento o voluntad, en la realización de la conducta en el caso del error esencial del hecho, y en términos generales, la coacción sobre la voluntad. La

inculpabilidad se da en una persona completamente capaz, pero no se le puede reprochar su conducta, porque esta es resultado de un error, o por no podersele exigir otra forma de actuar porque se le debe absolver en el juicio de reproche, la base de la inculpabilidad es el error, pero existen diversas causas de inculpabilidad que ya hemos apuntado. Las causas de inculpabilidad son las circunstancias, que anulan la voluntad o el conocimiento del agente, es decir que las inculpabilidades son aquéllas que anulan el conocimiento real del hecho apareciendo un error esencial del hecho, y por otro lado se presentan también por la coacción de la voluntad, por error esencial del hecho invencible, eximentes putativas, no exigibilidad de otra conducta, temor fundado y caso fortuito.

Error de Hecho

El error sí se puede presentar en este delito pero sólo cuando exista un autor mediato y en virtud de las razones que más adelante se expresan. Como ya dijimos error es la falsa concepción de la realidad, no es la ausencia de conocimiento, sino un conocimiento deformado o incorrecto. Existe el error de hecho y de derecho, sin embargo hemos de decir que respecto a este último, realmente no habrá lugar a la inculpabilidad, por el hecho de que en este se alega ignorancia de la norma o error en la ley, y bajo el principio de que la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento no es dable la inculpabilidad, no así el segundo, el error de hecho recae en las condiciones del hecho, así, puede ser de tipo o de prohibición, el primero, es un error respecto a los elementos del tipo, y el segundo el sujeto, cree que no es antijurídico su obrar.

Respecto a éste es importante destacar que el error no debe ser vencible es decir que el sujeto esté imposibilitado para conocer la ilicitud de su acción u omisión; el error de tipo se da cuando el sujeto cree atípica su acción considerándola conforme a Derecho, por lo que esta causa no se podrá hacer valer cuando el sujeto haya tenido la posibilidad de investigar y obtener información de la ley o su sentido y no lo haya hecho. En cuanto al error de prohibición se refiere fundamentalmente a que el sujeto, cree encontrarse ante una causa de justificación,

pero tiene un falso concepto de los presupuestos de la misma, es decir se da cuando el sujeto piensa que su actuar se encuentra justificado por una norma y por tanto que su conducta no es antijurídica. en el caso que nos ocupa se puede presentar este error solamente cuando el sujeto activo se vale de otro para cometer un delito, es decir utiliza al autor mediato, ya sea para entregar el dinero, o bien para recibir el beneficio económico, o bien para trasladar al menor a otro lugar, o bien para entregarlo a un tercero, es decir un intermediario que no sabe que su actuar es contrario a la ley porque los sujetos activos del delito no se lo hayan dicho y este desconozca respecto a la ilicitud de su conducta, por ello se encuentra en un error, pero solamente aplicaría para el autor mediato, que es aquél que se vale de un sujeto para cometer el delito, y no así para el autor material, que no conocía el hecho por encontrarse en un error.

Eximentes Putativas

Son consideradas así los casos en que el agente cree por un error que está amparado por una circunstancia justificativa. En este caso encontramos a la legítima defensa putativa, que se da cuando el sujeto cree que actúa en legítima defensa por un error esencial invencible en el hecho, es decir cuando el sujeto cree encontrarse en una situación que necesita repeler mediante la legítima defensa, situación que nunca se presentará en el caso que nos ocupa por las razones expuestas en el aspecto negativo de la antijuridicidad. El estado de necesidad putativo, se puede presentar cuando una persona cree encontrarse en un estado de necesidad, y por ello entrega a un menor a un tercero, pensando que es lo mejor para el mismo. Para algunos autores, es considerada como una causa de inculpabilidad, el cumplimiento de un deber putativo, en esta el sujeto piensa que actúa en cumplimiento de un deber a causa de un error esencial de hecho invencible, que nos resulta difícil se pueda presentar en el tráfico de menores por las razones expuestas en el aspecto negativo de la antijuridicidad, al igual que el ejercicio de un derecho putativo, que será cuando el sujeto cree que actúa en ejercicio de un derecho pero no es así.

Obediencia Jerárquica

Esta se encuentra contemplada dentro del cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho. Cuando se analizaron las causas de justificación también se habló de ésta, pero en este caso será causa de justificación cuando el inferior produzca un resultado típico en cumplimiento de una obligación legal, y será causa de inculpabilidad cuando sepa que la conducta es ilícita pero por temor o por una amenaza, obedece a la disciplina pues se coacciona la voluntad. Cuando el inferior actúa con desconocimiento de la ilicitud de una orden por no tener estos medios para saber si es o no ilícita su conducta o por la coacción de su voluntad, ante la amenaza de que de no obedecer sufrirá de varias consecuencias, estaremos ante una causa de inculpabilidad, en el primer caso por un error en el hecho invencible, en el segundo por una coacción a su voluntad, en cambio cuando el sujeto actúa por acatar órdenes, no tener medio de saber la ilicitud de su actuar, y por tener esa obligación legal, entonces estaremos ante una causa de justificación por la no exigibilidad de otra conducta, por ello quizá exista en ciertos casos pero no sería común, pues se requiere pertenecer a algún órgano de protección civil, para poder actuar bajo esta hipótesis.

No exigibilidad de otra conducta

Esta se considera causa de inculpabilidad, cuando se produce una conducta típica, por las circunstancias, condiciones, características, relaciones, parentesco, etc. y no puede esperarse y menos exigirse otro comportamiento, por ello la conducta y la voluntad se coacciona en un sólo sentido, cuando nos referimos a la no exigibilidad de otra conducta nos referimos a una circunstancia que es especial y por la cual el comportamiento típico se hace excusable, pero también es difícil que se presente en el caso en estudio en virtud de que se debe velar en todo tiempo por los intereses de los menores, de tal suerte que requiere de circunstancias muy especiales, para que se pueda dar, pero es posible que se de cuando una persona

actúa, tiene que dar a un menor a un tercero, debido a que por las circunstancias en las que se haya no se le pueda exigir otra conducta, de tal suerte que tenga que entregar a un menor a un tercero, pero siempre que su voluntad se encuentre de tal grado coaccionada que no se le pueda exigir otro actuar, ya sea porque es amenazado en su integridad física o en la de una persona querida o cercana, de tal suerte que su voluntad sea coaccionada para efectuar la conducta descrita en el tipo.

Temor fundado

Consiste en causar un daño por creerse el sujeto fundamentalmente, que se halla amenazado de un mal inminente y grave, por lo que actúa por ese temor de modo que se origina una causa de inculpabilidad por la coacción que sufre su voluntad para actuar de una u otra forma; así pues el temor grave es una fuerza sobre la voluntad del sujeto que lo lleva a comportarse bajo una auténtica coacción mental, la cual le impide conducirse con plenitud de juicio y determinación, son circunstancias ciertas que obligan al sujeto a actuar de determinada forma pues se refiere únicamente delitos que atentan contra la integridad física o la vida, es decir delitos violentos.

Caso fortuito

Se refiere a causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, al realizar un hecho lícito con todas las precauciones debidas, algunos la consideran causa de inculpabilidad y otros causa de exclusión de la responsabilidad. Tampoco se puede dar como aspecto negativo de la culpabilidad, pues no es factible que se presente, toda vez que el caso fortuito, se presenta sin la voluntad del agente por medio del cual se presenta un ilícito y en el caso del tráfico de menores, si existe generalmente la voluntad de delinquir.

ASPECTO NEGATIVO DE LA IMPUTABILIDAD QUE ES LA INIMPUTABILIDAD EN EL TRÁFICO DE MENORES

Es importante destacar que esta consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender el hecho considerado por la ley como delito, y que las causas de inimputabilidad son trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, miedo grave y la minoría de edad, que no son considerados sino trastornos psíquicos que no permiten conocer el hecho punible, con excepción, de la minoría de edad, en la que algunos jóvenes ya son capaces de conocer el hecho delictivo de su actuar, pero, sin embargo, por su inmadurez se dice no son capaces de responder al hecho .

Este aspecto de la inimputabilidad, se encuentra contemplado en nuestra legislación penal, del fuero común del Distrito Federal, y del fuero federal, tanto en el artículo 29 y 15 en respectivamente, en su fracción VII, de ambos ordenamientos, sin embargo solamente algunas de las causas de inimputabilidad se pueden presentar en el delito que estamos tratando, al igual que en los anteriores aspectos negativos estudiados.

A continuación señalaremos los trastornos psíquicos que no permiten conocer el hecho.

Trastorno mental

El trastorno mental que incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impidan al agente comprender la ilicitud del hecho o conducirse acorde con esa comprensión; puede ser transitorio o permanente, por ingestión de alguna sustancia nociva o por un proceso patológico interno. Es una perturbación de las facultades psíquicas; la ley no

distingue, en una alteración de carácter temporal o permanente, sin embargo si es clara en el sentido de que dicho trastorno, debe ser de tal magnitud que impida al agente comprender el carácter ilícito deshecho realizado, o conducirse de acuerdo a esa comprensión. En el caso que nos ocupa es posible que se presente como aspecto negativo del delito de tráfico de menores, debido a que el sujeto haya sido drogado por medio de enervantes o alcohol, por causas ajenas a su voluntad, y haya sido provocado para ejecutar alguna de las conductas descritas en el tipo penal de tráfico de menores, pero resulta difícil pensar en una hipótesis así, pues es poco probable que se presente, debido a que el sujeto para efectuar el tráfico de menores, requiere de tener plena capacidad para realizar los actos propios y constitutivos del delito, de otra manera sería imposible llevar a cabo dicha conducta.

Esta sólo se excluye en el caso en que el propio sujeto, haya provocado esa incapacidad, ya sea intencional o imprudencialmente.

Desarrollo intelectual retardado

El desarrollo intelectual retardado es un proceso tardío de la inteligencia que provoca incapacidad para entender y querer. La sordomudez será causa de inimputabilidad, sólo si el sujeto carece de capacidad para entender y querer, de ahí que esta causa no se presente en el delito de tráfico de menores, porque el sujeto para efectuar el tráfico de menores, requiere de tener plena capacidad y conciencia para realizar y conocer los actos propios y constitutivos del delito, de otra manera sería imposible llevar a cabo dicha conducta, pues no es posible pensar en que una persona con síndrome de down pueda entender el hecho realizado, pero si es posible el valerse de una persona, para realizar determinados actos, pero no podría sancionarse a esta persona, por razones obvias, no así al que se valió de esta persona denominada autor mediato.

Miedo grave

El miedo grave es un proceso psicológico mediante el cual el sujeto cree estar ante un mal inminente y grave. Es algo de naturaleza interna a diferencia del temor que tiene su origen en algo externo, de ahí que el miedo grave es un estado del sujeto que se genera él solo, por un miedo a algo, por ello se tiene un trastorno mental que no permite entender el hecho realizado de manera clara, sin embargo en el caso que nos ocupa no es posible que el sujeto actúe bajo un miedo grave pues esta figura se da cuando el sujeto de manera interna por un trastorno mental, es decir que el sujeto se crea ideas de estar en un mal grave e inminente, por ello el tráfico de menores no acepta esta hipótesis como aspecto negativo del delito, pues se tendría que coaccionar la voluntad del agente, para la realización del tráfico de menores, y entonces estaríamos ante una de las figuras antes señaladas que es la no exigibilidad de otra conducta, pero no en ésta, de ahí que no se pueda presentar esta causa como aspecto negativo del tipo penal de tráfico de menores.

Minoría de edad

Se considera que los menores de edad carecen de madurez y por tanto, de capacidad para querer y entender, de lo anterior se colige que el menor no comete delitos sino infracciones a la ley. El problema es determinar la edad exacta para considerar capaz a un menor y por lo tanto que éste conozca el hecho delictivo. En la legislación penal del Distrito Federal y en materia federal esa edad es de dieciocho años, pues estos al ser menores serán enviados al Consejo Tutelar para Menores, y no a un centro de readaptación social. Esta hipótesis es una de las más comunes, ya que en la actualidad, para efectuar ciertos delitos, los adultos se valen de los menores para su comisión y resultaría posible el que un menor efectúe esta conducta, pues hay menores cuya capacidad delictiva en ocasiones es mayor a la de

un adulto, sin embargo, por ser menores, pueden ser entregados nuevamente a su padres debido a que se les considera inmaduros y por tanto carecen de capacidad para entender sus actos, aunque esto no necesariamente es así, pero es muy probable que se pueda presentar esta hipótesis como aspecto negativo del tipo en estudio, debido a que los menores no cometen delitos sino infracciones, conforme a nuestra legislación, y por ello en la actualidad existen muchos menores que son utilizados por adultos para delinquir, por lo que el menor no sería sancionado como un adulto, o bien puede decirse que es inimputable y por ello no es sancionado de ninguna forma.

3.4.- CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE MENORES

Los delitos en razón del resultado, pueden ser formales o materiales. En el caso del delito de tráfico de menores estamos ante un delito de naturaleza material, pues se produce siempre una alteración en el mundo fáctico; en función al número de sujetos que la descripción típica requiere para que se integren su elementos completamente, es plurisubjetiva, ya que se requiere de dos sujetos cuando menos, para la existencia del mismo, pues por un lado se requiere de una persona que traslade a un menor o que lo venda y trate de recibir el beneficio económico por la entrega o el traslado, y por otro lado se requiere de otro sujeto que de el beneficio económico a cambio de recibir al menor, de tal suerte que es plurisubjetivo, ya que se requiere a diferencia de otros delitos, que participen más de un sujeto para su comisión, pero puede darse y es mas común que se realice con más número de sujetos, por ello se clasifica dentro de los delitos plurisubjetivos.

CAPITULO IV

LA PROBLEMÁTICA Y POSIBLES SOLUCIONES DEL TRÁFICO DE MENORES

4.1 PROBLEMÁTICA Y POSIBLES SOLUCIONES

Es bien sabido que aun en las sociedades donde las personas tienen bienestar y un alto desarrollo social, se generan actos delictivos que el estado debe perseguir sancionar y especialmente prevenir.

En la actualidad existen diversas circunstancias internacionales sociales, que propician la violencia y la delincuencia, así como la irrupción de fenómenos inéditos para delinquir con profundas repercusiones en los esfuerzos globales de desarrollo de las naciones y en la estabilidad de las mismas para prevenir la comisión de delitos, todos estos problemas y circunstancias, son los que hacen ver la complejidad de los retos que nuestro país debe encarar para prevenir el delito en general y dar seguridad a nuestros ciudadanos, el tráfico de menores es un problema que la delincuencia organizada se ha encargado de incrementar día con día, y por ello se ha vuelto un delito cada vez mas común, no solo en nuestro país sino en todo el mundo, uno de los mayores problemas como se señala en el Programa de Prevención del Delito de 1997, es el siguiente; "es posible afirmar que hasta la fecha se ha privilegiado el combate a los delitos consumados mas que a la prevención de los mismos, por lo que es necesario intensificar campañas orientadas a la construcción de una autentica cultura preventiva, cuyos propósitos no sean exclusivamente de corto plazo y que a la vez se conciba de manera integral y comprenda el concurso armónico de gobierno y sociedad."⁸³, situación con la cual nosotros estamos de acuerdo, ya que como se ha dicho en capítulos anteriores, nuestro país en general en cualquier delito, se preocupa mas por los delitos consumados que por la prevención de los mismos. este es un problema.

⁸³ Sistema Nacional de Seguridad Pública Programa de Prevención del Delito 1997, impreso en Talleres Gráficos de México, México 1997. Pág. 7

quizás el mayor de todos, ya que si bien es cierto que se debe atender de manera rápida a los delitos que se están cometiendo o se han cometido, también lo es que antes de eso es más importante el tratar de disminuir la comisión de los mismos, a través de campañas que concienticen a los ciudadanos de participar en la prevención del delito, esas campañas deben ser lideradas por nuestro Gobierno, a través de los medios electrónicos y publicitarios, como la televisión y los medios periodísticos en general, en los cuales se fomente la participación de los ciudadanos, mediante la enseñanza de cómo puede prevenirse la comisión del delito, un ejemplo de ello es la actual campaña publicitaria del Gobierno Federal y de la Ciudad de México para combatir la corrupción, que existe en nuestro país incentivando a los ciudadanos a no contribuir con el problema y a denunciar a las autoridades corruptas.

En nuestro país en el caso del delito de tráfico de menores, no se ha llevado de manera efectiva una campaña de prevención de este delito, y se presenta el problema en dos partes del Estado, en la Sociedad y en el Gobierno, en este último, se presenta de manera más irresponsable, pues en ocasiones hemos escuchado de que en Chiapas por ejemplo: se da la prostitución de menores que son de distintas nacionalidades, como son Guatemala, Belice, Colombia, Venezuela, Cubanas etc., menores que en muchos de los casos no se encuentran dentro del país de manera regular, sino que han llegado porque las personas que las prostituyen las han introducido de manera ilegal a través del tráfico de menores, y a pesar de que el problema es evidente para las autoridades de ese Estado, como se ha visto en diversos reportajes presentados en televisión, estas no han hecho mucho por acabar con el problema, y en algunos casos se ha visto como reciben dinero por permitirles seguir funcionando a estos lugares, de tal suerte que el delito de tráfico de menores se ha vuelto un delito común en nuestras fronteras, por medio de los llamados coyotes, que son las personas que se encargan de introducir al país de manera ilegal a los menores, pasándolos por las distintas fronteras, de igual manera este problema se presenta para sacar a los menores de nuestro país, los cuales han sido sustraídos

o secuestrados. En el caso del Gobierno, este debería establecer mayor vigilancia en las aduanas, aeropuertos, puertos marítimos y fronteras, no solo para buscar droga, o terroristas, sino también para ver que la gente que ingresa al país y salga del mismo, efectivamente tenga sus papeles en regla, pues en muchos casos no se le toma la importancia que esto tiene por nuestras autoridades encargadas de ello, siendo que son un factor importante para evitar y atacar de una mejor manera a la delincuencia organizada, que es la que generalmente comete este delito, y de manera aislada algunos padres o mayores de edad irresponsables, sin embargo no solo con esto se evitaría que el tráfico de menores fuera un delito cada vez mas común, sino se evitarían muchos delitos que diariamente se cometen en nuestras aduanas y fronteras, este quizás sería un aspecto importante para prevenir la comisión de este delito, pues con estas medidas la delincuencia organizada tendría mas problemas para cometerlos, otra medida importante es que en los casos en los que los menores no tengan padres y sean adoptados no solo mediante la adopción internacional sino también por la adopción nacional, se estableciera un órgano encargado de vigilar adecuadamente, como esta siendo tratado el menor y si se le esta brindando la atención necesaria, pues es sabido que una vez adoptados, en la mayoría de los casos no se realiza un seguimiento, sino que se abandona al menor a su propia suerte, existen en la actualidad órganos de vigilancia, pero no se realiza de manera efectiva sus funciones, por ello en muchos de los casos los menores son explotados impunemente o se venden para trasladarlos a un tercer Estado dentro del país o fuera de nuestro territorio.

En la sociedad se presenta de manera irresponsable, pero es mas frecuente que se origine por medio de la comisión de algún otro delito, como lo es la sustracción, retención o secuestro de los menores, ya que los casos de irresponsabilidad de los mayores que tienen a su cargo a un menor, generalmente son victimas y son casos que de manera mas aislada se presentan, pues normalmente estos siempre están al pendiente del menor, y por ello es mas frecuente que sean victimas de los delincuentes que cometen el delito en estudio,

por ello la población también como parte del Estado, desempeña un papel muy importante, para la prevención de este delito, es importante que todos los individuos se establezcan mecanismos para su propia protección y también se organicen a fin de obtener su salvaguarda, ya que el Estado no ha hecho su tarea de brindarle seguridad en este sentido de manera adecuada y eficiente, de ahí que sea necesario que las personas en se organicen y tengan mas cuidado con los menores, mediante el establecimiento de medidas que protejan al menor, como podrían ser que en los lugares donde entren menores estos siempre deban de estar acompañados por un adulto, pues en muchos casos los menores van solos a distintos lugares sin la supervisión de un adulto, y por ello el menor queda desprotegido ante cualquier acto criminoso, por lo cual también se debería obligar a los padres a estar mas pendiente de los menores por eso se deben realizar campañas publicitarias, que concienticen a los padres a tener mayor cuidado, sobre todo en las fechas tan violentas que estamos viviendo, de tal suerte que también la sociedad juega un rol importante, para prevenir este problema.

La problemática actual en el tema en estudio es mas complicada de lo que parece, ya que a pesar de que conforme a las Convenciones Internacionales, que aquí hemos estudiado, y que obligan a los estados y a la sociedad a velar por los intereses de los menores, mediante el establecimiento de mecanismos, campañas y leyes, que tiendan a lograr ese objetivo, no se ha llevado a cabo ni por el Estado ni por la Sociedad, por ello es tan importante que nuestros legisladores se consienten no solo por prevenir el delito en estudio sino también en proteger a los menores, y crear leyes que obliguen a la sociedad a protegerlos, existen leyes que señalan la obligación de nuestras instituciones para prevenir los delitos, pero sin embargo son letra muerta al no efectuar las campañas y llevar a cabo la creación de los mecanismos tendientes a lograr este objetivo, como lo es el caso del artículo 10 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General De Justicia Del Distrito Federal, O artículo 43 del Reglamento de La Ley Orgánica De La Procuraduría General De La República, que establece en ambos casos que estas tendrán como atribución para la prevención de los delitos, el fomentar la

cultura ciudadana preventiva, crear mecanismos para ello, celebrar convenios de colaboración, brindar información ciudadana sobre la prevención, promover la participación de la ciudadanía en materia de prevención, de las cuales solamente se realiza de manera efectiva la celebración de convenios de colaboración dejando de lado todas las demás tareas, por no darles la difusión que merecen.

Hemos señalado anteriormente varios de los múltiples problemas que existen en la prevención de los delitos, cultura que hasta la fecha no tenemos, y que apenas algunas autoridades han tratado de fomentar, pero única y exclusivamente para algunos delitos, de ahí que sea importante señalar que en nuestro país y en muchas partes del mundo se ha desatendido este problema, de tal suerte que es necesario que por lo menos en el nuestro se lleve a cabo una campaña de difusión social para atender esta problemática de tal suerte que se fomente la participación social para prevenir los delitos que se cometan en perjuicio de los menores, no solo el tráfico de menores sino cualquier otro que les afecte, sobre todo en la actualidad las campañas ya se pueden realizar a través de los medios electrónicos de tal suerte que se pueda dar una campaña masiva que realmente ayude a concienciar a la sociedad de participar, y proteger a los menores de nuestro país, mediante las denuncias de todo maltrato al menor, y de cualquier menor al que se vea solo o abandonado, para ello existe el Internet, actualmente, así como la televisión, la radio o los periódicos y revistas, sin embargo esta participación debe fomentarse y emprenderse por el estado y después por la sociedad que nos conforma.

Otra solución como ya se señaló es implementar mayores y mejores sistemas de control de nuestras fronteras aeropuertos y puertos nacionales, ya que en nuestro país es evidente que el único control que realmente se ejerce es en la frontera norteamericana, tal es así que muchos mueren tratando de pasar de nuestro país al vecino del norte, situación que se encuentra debidamente documentada en investigaciones televisivas y medios periodísticos, hemos visto que en la frontera del sur, se puede pasar inclusive en bote sin ningún problema, debido a que el río que separa a nuestro país del país del sur es poco profundo y

poco caudaloso, por ello es necesario implementar mayor control con mas gente que se encargue de vigilar nuestras fronteras aeropuertos y puertos nacionales, y al mismo tiempo revisar en todos los casos por nuestro personal y funcionarios, la documentación referente a los menores, y verificar en ellos que dicha documentación sea fidedigna, quizás implementando un programa de registro nacional de datos acerca de las personas, su nacimiento, padres y algunos otros datos básicos de los menores, a efecto de corroborar que los mismos efectivamente entran y salen del país de manera legal, por lo que quizás se requiera implementar este sistema por lo menos a nivel federal, como en el caso del registro nacional de vehículos robados, el cual ha probado ser bastante eficiente, sin embargo esto no es así, solamente se revisan ciertas personas escogidas al azar o en muchos casos nuestras propias autoridades se encuentran involucradas, lo que se podría evitar mediante la rotación de los funcionarios en un cierto periodo o lapso de tiempo, así pues quizás el problema que hoy en día es muy grande llegue a disminuir lo ideal pensamos es que se lograra erradicar sin embargo esto es posible que sea una utopía frente a l ingenio delictivo.

4.2 PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA MALA REDACCIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE MENORES

La problemática principal que nosotros creemos que se presenta por la redacción del delito de tráfico de menores tanto del fuero común como del fuero federal, es que en ambas redacciones se concentran diversas hipótesis, de la ejecución del delito de tráfico de menores, ya sea que se cometa por medio de intermediario, que se cometa por un ascendente, que se cometa con consentimiento de quien ejerce la patria potestad o quien tenga la custodia del menor, que se cometa sin consentimiento de quienes ejercen la patria potestad o quien tenga la custodia del menor, y así mismo de manera errónea en esta redacción también se concentra a nuestro parecer la sustracción de un menor, al señalar en el artículo 169 del código penal del distrito federal en su párrafo tercero, "... Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo primero, las penas se aumentaran en un

tanto mas de la prevista en aquel.".... pues para efectuar la conducta necesariamente se tendría que sustraer al menor y al incluirse esta hipótesis como agravante impide la sanción del tipo contemplado como sustracción del menor contemplada en el artículo 171 párrafo segundo del mismo ordenamiento y que a la letra dispone lo siguiente:

Artículo 171.- al que sin tener la relación familiar o tutela con un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, se le impondrá prisión de uno a cinco años y de cien a quinientos días multa.

A quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior los sustraiga de su custodia legítima o su guarda se le impondrán de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa.

De ahí que consideremos que sea necesario que se reformen los artículos en estudio 169 y 366 ter del Código Penal para el Distrito Federal y el Código Penal Federal respectivamente, de tal suerte que se omita este párrafo señalado, que se encuentra ya contemplado en el artículo 171 del ordenamiento citado del fuero común, y no así a nivel federal pues este tipo no está contemplado en aquel, y tampoco representa una agravante de la pena, por lo que se tendría a nivel federal, que contemplar por un lado el tipo genérico y por otro la sustracción, ya sea como agravante, o en su defecto como un tipo penal autónomo y específico, a efecto de no dejar impune la sustracción del menor y de que se sancione debidamente la conducta delictiva.

Por ello consideramos que el tipo penal en estudio, que se encuentra contemplado y redactado en los ordenamientos legales penales del fuero común y del fuero federal, a efecto de evitar la dificultad que el Ministerio Público puede llagar a tener, en la integración del tipo, acreditar los elementos del cuerpo del delito, es necesario desaparecer las diversas hipótesis que este contempla y de manera adecuada dar una descripción típica genérica que abarque cualquier conducta que se realice con la finalidad de vender a un menor a otra persona, a efecto de no dejar

conductas impunes, y en su defecto de facilitar la integración del tipo de manera mas eficaz y adecuada, pues se requerirían de menos elementos para sus integración que los actuales tipos penales, ya que para nosotros la redacción actual que guardan son una limitante para la integración del tipo penal, pues el Ministerio Público tendría que andar buscando en cual de todas las hipótesis del tipo se ubica una determinada conducta, luego desarrollar todas las diligencias básicas necesarias para integrar los elementos del cuerpo del delito, y el juez a su vez tendría que analizar de igual manera si efectivamente la hipótesis es la correcta, y en caso de no ser así, hacer una reclasificación, un ejemplo de ello podría ser el siguiente; una madre de un menor se lo vende a un tercero y este tercero a su vez lo vende a otra persona fuera del territorio nacional, la cual entrega el dinero a cambio del menor, la madre comete el delito de tráfico de menores a nivel local, pero el tercero comete el delito de tráfico de menores a nivel federal por sacarlo del país, existen dos hipótesis aquí una que quien ejerce la patria potestad venda al menor o lo entregue a cambio de un beneficio económico, y otra hipótesis se da en el tercero que es a quien entregue a un menor a un tercero con el consentimiento de quien ejerce la patria potestad, a cambio de un beneficio económico fuera de territorio nacional, de tal suerte que el Ministerio Público tendrá que realizar diversas diligencias, y tendrá que acreditar cada hipótesis por separado, de tal suerte que si solamente existiera una sola hipótesis genérica se evitaría que el ministerio público integrara diversas y múltiples hipótesis en una sola conducta, y por el otro que el juez aplicara de una mejor manera la ley, pues en otros casos se puede dar que no haya consentimiento de los padres y entonces se presente la sustracción del menor, por lo que también se sancionarían dos delitos y no solo uno, con una agravante, sino dos delitos diversos que permitan sancionar debidamente la conducta desplegada por el activo, sin duda alguna esta reforma facilitaría el trabajo de un agente investigador como los es el Ministerio Público y una mejor aplicación de la norma al momento de imponer una sanción por parte de los jueces, que en la actualidad no pueden sancionar la sustracción a pesar de ser un tipo independiente debido a que cuando se realiza el tráfico de menores, sin su consentimiento de los padres para vender al menor, esta se da como agravante y no como delito autónomo excluyendo a la sustracción y

limitando al juez al momento de sancionar la conducta delictiva, por lo que la mala redacción de los tipos en estudio, tiene muchas limitantes y problemas para ser integrada y sancionada, pues requiere de elementos subjetivos como la ilicitud de la conducta, a nivel federal, siendo que el solo hecho de desplegar la conducta de vender a un menor ya es ilícita por sí misma, y también requiere de elementos objetivos como las distintas calidades del sujeto activo, de tal suerte que se deberían reformar ambos tipos como antes hemos señalado, para dar una mejor aplicación de la ley, mas grave es en el caso del fuero federal que no contempla a la sustracción ni siquiera como agravante, por lo que en este supuesto se aplicara un concurso real de delitos, por un lado la sustracción del fuero común y por otro el tráfico de menores a nivel federal cuando así sea, inclusive nos parece que el Código Penal Federal, ya contempla una privación de libertad que puede ser aplicable, como una mejor definición del tráfico de menores solamente que a nivel federal, en el artículo que a continuación se cita:

Artículo 366.- al que prive de la libertad a otro se le aplicara:

Fracción III.- Se aplicara de veinticinco a cincuenta años de prisión y de cuatro mil a ocho mil días multa, cuando la privación de libertad se efectúe con el fin de trasladar a un menor de dieciséis años fuera de territorio nacional, con el propósito de obtener un lucro indebido por la venta o la entrega del menor.

Teniendo como elemento subjetivo solamente el propósito de obtener un lucro indebido, el cual sería difícil de acreditar, sin embargo consideramos que de manera errónea se considera una privación siendo que si se trata de lograr obtener un lucro indebido, por la venta o entrega del menor, ya es tráfico de menores y no una privación simplemente, o bien puede ser tomada para un concurso de delitos.

Sin embargo a efecto de que se no haya dudas sobre si debe ser sustracción, tráfico o privación de la libertad el delito de tráfico de menores,

nosotros consideramos que la redacción del delito de tráfico de menores más adecuada sería la siguiente:

“Al que a cambio de un beneficio económico entregue a un tercero a un menor se le impondrá de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días multa la misma sanción se aplicara a quienes intervengan en su realización siempre y cuando no se encuentre justificado el actuar del sujeto por una norma permisiva en virtud de un empleo cargo o comisión.”

Haciendo a un lado los elementos subjetivos del delito que no son sino obstáculos para su integración, ya que de no consumarse la conducta por faltar alguno de los elementos de todas formas se estaría ante la tentativa del delito, lo cual sin duda alguna haría que se sancionara de todas formas la conducta del agente, ahora bien para dar una adecuada sanción a la tentativa es necesario dar también una sanción alta, a efecto de que la conducta sea sancionada como se merece, pues si bien es cierto que es muy grave el privar de la vida a una persona es también igual de grave el quitarle un hijo a alguien o el aprovecharse de seres tan indefensos como los menores, o el vender a un menor a sabiendas de que puede ser explotado o utilizado para fines ilícitos, como la experimentación, la prostitución, la pornografía, o la muerte de los mismos para el tráfico de órganos entre otros, por lo que su sanción debe ser igual de grave que para un homicidio.

4.3 PROBLEMÁTICA SOCIAL INTERNACIONAL

Es indudable que existe una gran problemática internacional, en cuanto a este delito, tal es así, que se celebró la CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE TRÁFICO DE MENORES, en la ciudad de México en el año de 1994, inclusive en esta misma se establece de manera clara, que concientes los estados participantes y miembros de la OEA (Organización De Los Estados Americanos), de que el tráfico de menores constituye una preocupación universal, y teniendo en

cuenta la declaración de los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, y reafirmando la importancia de la cooperación internacional para lograr una eficaz protección del interés superior del menor, pues es indudable que el hampa funciona en este delito a nivel internacional, para fines bondadosos en algunos casos y en otros para fines ilícitos, citare en cuanto a este tema a el Lic. José Carlos Rojano Esquivel, el cual en una ponencia presentada ante el seminario de la Academia De Derecho Internacional Privado En Puebla, el día 29 de septiembre de 1994, y cuya ponencia fue publicada en la revista crónica 4 de octubre diciembre de 1994, editada por la Comisión De Derechos Humanos Del Estado de Querétaro, señalo lo siguiente "Es de reconocer que esta cuestión, tiene una difícil captación en cuanto a estadísticas, por los factores en que se encierra, además de las actitudes cerradas de organismos gubernamentales y hasta de organizaciones internacionales, que si bien no niegan la presencia de este fenómeno, lo tratan de minimizar, y en muchas ocasiones, se ha subrayado la existencia de toda una industria y organización mafiosa que hace operar el mercado negro de niños, en buena parte de la comunidad internacional.

Los fines que podemos señalar como causa final del tráfico de menores, son:

- a) incorporación familiar
- b) explotación sexual;
- c) actividades en torno a la pornografía infantil;
- d) explotación laboral;
- e) trasplantes de órganos;
- f) incorporación a algunos grupos armados;
- g) utilización en el narcotráfico y contrabando.⁸⁴

⁸⁴ Rojano Esquivel, José Carlos. El Tráfico De Menores en el Derecho Continental Americano a la luz de los Derechos Humanos y Del Derecho Internacional Privado, Revista Crónica 4, Editado por la Comisión De Derechos Humanos del Estado de Querétaro, Octubre-Diciembre 1994, México-Querétaro 1994. Pág. 120.

De lo anterior se desprende claramente que existen fines ilícitos, para lo cual se trafica con menores, y que en algunos casos son fines nobles, como lo es la incorporación familiar, pero también es cierto que en muchos de esos casos, los fines son completamente lascivos, y lesionan la integridad física y psíquica de los menores, es evidente que en el mundo fáctico internacional el tráfico de menores se da de manera oculta, o bien evidente, pero con el apoyo de las autoridades, existen diversas maneras como lo refiere el Lic. José Carlos Rojano Esquivel, y mecanismos para efectuar el tráfico de menores, en muchos casos se emplea el proporcionar informes falsos a una institución registral del estado civil, para la obtención de un acta de nacimiento, o mediante la presentación de documentación apócrifa, así mismo en muchos casos existen personal de las instituciones gubernamentales que están involucradas y relacionadas también, con las bandas o miembros de estos grupos delincuenciales, y que les proporcionan a los mismos certificaciones o documentos de reconocimiento o de adopción de algún menor, por los casos de complicidad, que se dan en las distintas instituciones gubernamentales tanto nacionales como extranjeras, es bien sabido que existen

El Lic. José Alberto López Rivera en su libro en CD Rom, Los Lineamientos Del Derecho Internacional Privado Y La Adopción En El Ámbito Internacional, señala claramente en el punto dos del disco uno, en su pagina cuatro y cinco; " Es indudable que en ocasión de estas adopciones se observan numerosos casos de adopciones ilícitas, llevadas adelante con violación de los derechos de los niños, traducidas en un condenable tráfico y venta de niños, situación que preocupa a los Gobiernos y a las organizaciones internacionales. " La preocupación es común en Europa y América, habiéndose instrumentado en ambas regiones nuevas soluciones para hacer frente a esta patología, como veremos más adelante."⁸⁵

⁸⁵ López Rivera, José Alberto. Ob. cit Pág. 4.

Así mismo se nos hizo importante destacar lo que señala el mismo autor en su página 11 y 12 del mismo CD Rom y que es lo siguiente: **Trafico de Niño. 1. Previo.** La venta y el tráfico de niños afecta de modo particular a numerosos países de América Latina y el Caribe, apareciendo como una nueva forma de violencia sobre la niñez. La Convención sobre los Derechos del Niño asigna especial atención a este problema, comprometiéndolo a los países a la adopción de "medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma (artículo 35).

El tráfico de niños aparece asociado en la actualidad a diversas situaciones violatorias de los derechos del niño como la explotación del trabajo infantil, explotación sexual de niños, pornografía infantil, adopción con propósitos comerciales, entre otras. Estos fenómenos no se agotan sólo en los límites de nuestros países, extendiendo sus efectos más allá de las fronteras nacionales. Al respecto se ha señalado la ausencia de un instrumento internacional que cubra específicamente el tráfico y venta de niños.

El Sistema Interamericano no ha sido ajeno a esta preocupación, habiendo dado un primer paso importante con la firma de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores que mencionamos anteriormente. En ocasión de la firma de esta Convención se aprobó una recomendación sobre "Sanción de personas que sirven como intermediarios o promotores del tráfico internacional de menores".

Sensible a este tema, la Asamblea General de la OEA durante su 19º período de sesiones realizado en 1989 convocó la CIDIP V, incluyendo en su agenda la consideración prioritaria del tema de "aspectos civiles del tráfico de menores". Más tarde por decisión del Consejo Permanente de la OEA se incluyó también los aspectos penales de dicho tráfico. La C.I.D.I.P. V tuvo lugar en México

en marzo de 1994, oportunidad en la cual se firmó una Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.⁸⁶

Es evidente que en nuestro país mucho se ha hablado de el maltrato y violencia del que pueden ser objeto los menores, mucho se ha estudiado también este tema, sin embargo poco se ha hecho para prevenirlo, así pues encontramos diversos estudios que nos hablan de la violencia y maltrato del menor, como en la revista "Inocenti Digest" en la cual en su artículo de violencia intra familiar hacia los niños, se señala claramente lo siguiente: " ...el secuestro o traslado ilícito de niños por parte de sus propios padres o de cualquier otro adulto. Sin el consentimiento por parte del niño, es también una forma de violencia en los últimos años se ha hecho bastante visible y, dado el desarrollo que han alcanzado los medios de comunicación en la actualidad, se ha extendido mas aun. En los EE.UU., se realizaron estudios de incidencia sobre el numero de niños secuestrados en 1988, en ellos se encontraron 345,000 casos de secuestro familiar y entre 3200 y 4600 de secuestros por personas ajenas a la familia..."⁸⁷.

Así también encontramos otros documentos que han estudiado la violencia a los menores en nuestro país, como el Boletín Medico Del Hospital Infantil De México, en el cual también se aborda este tema, desde un punto de vista medico y se señala que "...El maltrato a los niños es un problema de salud Pública en el mundo..."³⁶, de ahí que estamos seguros que debido a la evidente violación y maltrato a los menores se han tomado medidas de tratamiento, para reparar el problema mas no para prevenirlo siendo esto lo mas importante.

⁸⁶ Ibid. Pág. 11.

⁸⁷ Niños y Violencia. Art. Violencia Intrafamiliar Hacia Los Niños, Edit. Innocenti Digest, impreso en Arti Grafiche Ticci Siena Italia, septiembre de 1997, edición en español abril 1999, Pág. 8.

De lo anterior se aprecia claramente que el tráfico de menores es un problema que día con día a ido evolucionando, y la delincuencia organizada cada vez mas perfecciona sus métodos de operación, a nivel internacional, de lo que es evidente que este problema no solo es un problema interno y nacional sino también mundial y que es importante atacar, mediante la colaboración de todos y cada uno de los países, sobre todo en virtud de que los afectados a nuestro parecer, son niños fundamentalmente, es incuestionable que la perversidad de los delincuentes para traficar con menores a efecto de sustraer sus órganos del cuerpo, para matarlos y que sirvan de medio para transportar drogas o enervantes, para explotarlos sexualmente y en el mejor de los casos para adherirlos a una familia de manera ilegal, entre otros, debe ser atacado y prevenido a través de distintos mecanismos de operación y cooperación internacional, pues es un problema que se presenta cada vez de manera mas común en las poblaciones de los Estados, quisimos hablar en este capítulo de ejemplos que se presentan internacionalmente del tráfico de menores, principalmente para concientisarnos de que es un problema universal, y que debe ser atacado por las distintas autoridades de todos los países, y sobre todo es importante destacar que este problema de índole y magnitud internacional, debe ser atacado en nuestro caso y en nuestro país de manera eficiente, legislando adecuadamente sobre este problema, sancionándolo de manera mas rígida, y sobre todo debe ser prevenido, es claro que en lugar de pensar como sancionarlo, debemos pensar como prevenirlo, pues esto es lo mas importante, evitar que se presente con mas frecuencia cada vez en nuestro país, por lo que en nuestro siguiente punto trataremos esta situación, como pensamos nosotros que se puede prevenir este delito.

4.4 PREVENCIÓN Y PARTICIPACIÓN SOCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE MENORES

Como sabemos no es materia de nuestro tema la prevención del delito sin embargo hemos querido abordarlo de manera muy genérica y no particularizada por no ser la materia base de nuestro estudio, y resulta evidente que no basta con implementar un tipo penal, o con una descripción típica mas adecuada de un delito para evitarlo, pues esto se da solamente para aplicarlo, por lo que pensamos que es necesario primero tratar de evitarlo y después sancionarlo debidamente a quien no respete la norma prohibitiva para atacar de raíz este problema, por ello aquí lo trataremos de una manera muy general y no especifica por ser un tema demasiado extenso y polémico, y para cuyo estudio se tendría que hacer otra tesis.

Es evidente que en cualquier país en lugar de preocuparse por sancionar delitos consumados se debe de preocupar por evitar y prevenir la comisión de los delitos, así encontramos como muchos que es necesario en todo el mundo que se establezcan diferentes mecanismos mas efectivos de colaboración entre las instituciones gubernamentales que se dedican a la procuración y administración de justicia, dentro de las cuales encontramos también a las dedicadas a la investigación y persecución de los delitos, las cuales deberían también trabajar de hecho, y no de derecho, en la prevención de los delitos, es decir que se vea reflejado en la realidad ese trabajo para prevenir, y no solamente quede en letra muerta en nuestras leyes y reglamentos de nuestros organismos gubernamentales encargados de la procuración y administración de justicia de nuestro país, en diferentes escenarios se ha tratado de crear una verdadera política criminal, y cultura de la prevención del delito, sin embargo esto no ha sido posible así pues nos encontramos como se nos dice por parte de Carlos Tiffer, en la revista serie documentos de trabajo, de la UNICEF (Fondo De Las Naciones Unidas Para La Infancia), que "...La finalidad de la política criminal es la prevención del delito y sus efectos, la política criminal debe ocuparse de la remodelación de las normas

jurídico-penales y de la adecuada organización y perfeccionamiento del dispositivo estatal de persecución penal y ejecución de la pena...⁸⁸, situación con la cual estamos de acuerdo, y al leer esto nos damos cuenta que no solo implica la implementación de normas sino también la búsqueda por el perfeccionamiento de los mecanismos de el estado, para prevenir y sancionar a los delitos, lo que implica entonces un intenso trabajo por parte del estado y sus habitantes, encaminado a la prevención del delito y como consecuencia extrema y castigo a quien no respete la norma prohibitiva, en ultima instancia la sanción penal, lo cual requiere de participación no solo del gobierno sino también de la sociedad en conjunto, mediante la implementación de valores en la familia célula de la sociedad en general, y donde se adquieren los principios básicos de lo bueno y lo malo para nosotros y para nuestro país, de esto se desprende que para prevenir se requiere necesariamente de la participación social de manera conjunta con el gobierno, de otra manera seguiríamos en el mismo camino de buscar como sancionar en lugar de cómo prevenir y seguiremos teniendo el mismo problema de siempre mas delitos y mas víctimas.

En el Distrito Federal se implemento "El Plan De Acciones De Seguridad, Procuración De Justicia Y Gobierno 2004-2006", el cual fue publicado en la gaceta oficial del Gobierno Del Distrito Federal, el 23 de febrero del año dos mil cuatro, y entro en vigor la misma fecha de su publicación, a través de este el Gobierno Del Distrito Federal pretende reforzar las políticas que permitan la reducción del índice delictivo de impacto social y permita afirmar la percepción ciudadana de que se esta actuando contra el crimen, El Gobierno Del Distrito Federal trata de lograr como objetivos específicos el Fortalecer la coordinación de las dependencias integrantes del Gabinete de Gobierno y Seguridad Pública, Unificar acciones en una estrategia general contra el crimen, Fortalecer las bases de coordinación entre la Secretaría de Gobierno, Secretaría de Seguridad Pública, la Procuraduría General de Justicia, la Consejería Jurídica y de Servicios Legales, las

⁸⁸ Tiffer Sotomayor, Carlos. Justicia Juvenil, serie Documentos De Trabajo, numero 2, editado por Fondo de las Naciones Unidas Para La Infancia, UNICEF. México, Enero del 2001 Pág. 24.

Delegaciones Políticas y las 70 Coordinaciones Territoriales de Seguridad Pública y Procuración de Justicia Promover bases de coordinación con los Gobiernos Delegacionales y las Coordinaciones Territoriales en las labores de prevención del delito y procuración de justicia definir la medición del índice delictivo con un solo criterio entre procuración de justicia, seguridad pública y gobierno establecer un sistema de enlaces informáticos entre las áreas responsables juzgados cívicos, ministerios públicos, policía preventiva, judicial y reclusorios, que articule las redes disponibles y construya una bodega digital de datos definir criterios conceptuales y comunicación informática entre las dependencias establecer la estructura del programa, el nivel de participación y desagregación, emitir los lineamientos de evaluación, seguimiento e indicadores de desempeño para ministerios públicos, comandantes de la policía judicial, agentes de sector y juzgados cívicos para el buen resultado del programa será necesaria una evaluación semanal de los resultados de todas las áreas participantes las Coordinaciones Territoriales deberán seguir siendo eje de las acciones de seguridad pública y procuración de justicia y participar en la evaluación del programa fortalecer las acciones de coordinación institucional con el Gobierno Federal, del Estado de México y los organismos internacionales de prevención y combate a la delincuencia⁸⁹, de lo anterior se desprende nuevamente que se preocupan mas por combatir el delito que por prevenirlo, lo cual es necesario, pero es mejor el preocuparse por prevenirlo en lugar de sancionarlo, es evidente después de estudiarlo este plan nos dimos cuenta que este trata de lograr que haya mas denuncias de los delitos, que los policías pongan a disposición a los delincuentes en la mayor proporción posible, y que realicen mayores remisiones, a los Jueces Cívicos Y Ministerio Públicos, con la finalidad de prevenir el delito, sin embargo consideramos que esto no lo evita sino que solamente lo ataca de manera mas intensa, pero no lo previene de ninguna manera por lo que equivocadamente se piensa que atacando el delito se previene, no siendo así pues el delito se sigue cometiendo de manera reiterada, y así no se puede impedir pues se desbarata una banda y los que

⁸⁹ Plan De Acciones De Seguridad, Procuración De Justicia Y Gobierno 2004-2006, Gaceta Oficial Del Gobierno Del Distrito Federal, 23 de febrero del 2004 México Distrito Federal Pág. 2

quedan libres siguen funcionando, se dividen y tratan de conseguir mas gente, lo que nosotros consideramos que se requiere una campaña de valores nacionales, y de participación ciudadana, para prevenir el delito, por ello este plan de seguridad pública no es sino un plan para atacar a este, no para prevenirlo.

A nivel Federal también el Gobierno de la República ha implementado varias acciones en conjunto con el Ejército y la Policía Federal Preventiva para atacar la comisión de delitos y ha realizado mayores acciones con otros gobiernos para atacar delitos como el tráfico de indocumentados, el narcotráfico, el contrabando y el lavado de dinero que afecta a varios estados, pero también a implementado un programa de prevención del delito que desde el año de 1997 sigue vigente, a través de la secretaria de seguridad pública, el cual hemos de decir es letra muerta en muchos puntos, citándolo textualmente diremos que estamos de acuerdo en "... La Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, define a la seguridad pública como una función a cargo del estado que tiene como finalidad salvaguardar la integridad y los derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos. Así mismo, establece que las autoridades competentes alcanzaran los fines de la seguridad pública mediante la prevención, persecución y sanción de las infracciones y delitos, así como con la reinserción social del delincuente y del menor infractor, también dispone las bases de la política nacional en materia de prevención, al señalar que el estado "combatirá las causas que generan la comisión de delitos y conductas antisociales y desarrollara programas y acciones para fomentar en la sociedad valores culturales y cívicos, que induzcan al respeto de la legalidad"⁹⁰. Ese se elaboro para fortalecer el Programa Nacional De Seguridad Pública 1995-2000, el cual fue aprobado por el ejecutivo federal y publicado en el diario oficial de la federación el 18 de julio de 1996, y que tenia por objeto el involucrar tanto al gobierno federal como a los gobiernos estatales y municipales, para lograr la seguridad de las personas, pero con este programa de prevención que hemos señalado se trata de ir mas haya y

⁹⁰ Sistema Nacional de Seguridad Pública. Programa de Prevención del Delito 1997, Ob. cit. Pag. 5

lograr prevenir el delito, así pues es necesario señalar que se trata de lograr que a través de la colaboración entre estado, federación y municipios se pueda lograra una cultura de prevención del delito, lo cual desde nuestro punto de vista es lo mas adecuado, sin embargo no se han llevado a cabo los esfuerzos necesarios para ello no obstante de que es sumamente importante para lograr ese objetivo, pues existen ciertos aspectos políticos y sociales entre los gobiernos, que no les permite ponerse de acuerdo para buscar este objetivo, y se olvidan de el beneficio social por el beneficio particular publicitario y político, en nuestro país, mas que por el beneficio de nuestro país y sobre todo de los menores que son el futuro de México, que es un México donde la violencia ha ido aumentando y los delitos también, sobre todo los delitos en contra de los menores, por ello es importante que ante la situación que se presenta en nuestro país se realicen todos los esfuerzos necesarios para lograr que se reduzcan los delitos y en el caso que nos ocupa el tráfico de menores que es mas constante, en nuestro país día con día, y no solo en nuestro país sino en el mundo entero, tal y como las propias Naciones Unidas lo manifestaron en su Informe Sobre El Desarrollo Humano de 1994, así estamos de acuerdo con lo señalado en el programa de prevención del delito en que, "de modo simultaneo, circunstancias especificas de índole interno identificadas con deficiencias en los procesos de planeación y articulación de la política de seguridad pública, han contribuido a la agudización de dicha problemática. El escaso énfasis en la prevención del delito, la ausencia de mecanismos eficientes de coordinación gubernamental y la presencia de actos de corrupción, han sido fenómenos que limitan las estrategias nacionales de seguridad pública. Desde esta perspectiva, es posible afirmar que hasta la fecha se ha privilegiado el combate a los delitos consumados mas que a la prevención de los mismos"⁹¹, lo que hace evidente que debemos construir una autentica cultura preventiva, cuyos propósitos no sean exclusivamente de coto plazo sino que sean a largo plazo y que ayude a fomentar el trabajo armónico del gobierno con la sociedad, para lograr el proteger a futuro y a tratar de proteger en el

⁹¹ Ibid. Pág. 7

presente a los menores, de todo tipo de maltrato y abuso, logrando así que las víctimas menores sean cada vez menos, por lo menos en nuestro país.

Como sabemos no es materia de nuestro tema la prevención del delito sin embargo hemos querido abordarlo de manera muy genérica y no particularizada por no ser la materia base de nuestro estudio, y resulta evidente que no basta con implementar un tipo penal, o con una descripción típica mas adecuada de un delito para evitarlo, pues esto se da solamente para aplicarlo, por lo que pensamos que es necesario primero tratar de evitarlo y después sancionarlo debidamente a quien no respete la norma prohibitiva para atacar de raíz este problema.

Es importante destacar que la prevención depende necesariamente de la participación social, por ello citamos a Jesús Martínez Garnelo, el cual señala "son dos las medias importantes que en tratándose de consejos estatales y nacionales deben buscarse: por un lado la prevención y por otro lado la readaptación."⁹² Situación que en materia de prevención y seguridad es fundamental para atacar al delito, debidamente esto por virtud de que si realmente se trata de readaptar a quien delinque puede o no ser que suceda pero en muchos casos considero que la gente se readaptaría y se evitaría que los delincuentes continuaran delinquiendo después de cumplir su condena, por ello como dice Jesús Martínez Garnelo "la participación ciudadana debe ser constante, evolutiva y evaluativa para alcanzar de esa forma una nueva cultura de corresponsabilidad en este tópico entre lo que es la autoridad y la ciudadanía y que su participación activa, sistemática y continúa se oriente a manejar y proponer estrategias y acciones claras y definidas que contribuyan a la seguridad particularmente a los comités de consulta a los cuales se les encomendará la tarea de promover la prevención del delito"⁹³. situación que es necesaria y por demás evidente para lograr la protección de los menores sobre todo, pues estos se encuentran vulnerables y pueden ser sujetos de cualquier ataque, así todo tipo

⁹² Martínez Garnelo, Jesús. Seguridad Pública Nacional, Un Sistema Alternativo De Política Criminológica En México. Editorial Porrúa, México 1999. Pág. 191.

⁹³ Ibid.. Pág. 192

de acciones relacionadas con la prevención de los delitos son medias alternativas en beneficio de la sociedad y de los menores, Marco Antonio Díaz De León, en su libro nuevo código penal para el distrito federal .con comentarios nos dice que el artículo 169, marca diversas conductas y que entre ellas "establece una situación parecida a una "venta" que hace normalmente la madre a un tercero cediéndole a su menor hijo por una cierta cantidad de dinero existiendo casi siempre un trasfondo de imposibilidad económica de parte de ésta para sostener al hijo"⁹⁴, situación que también refiere en su libro del Código Penal Federal Con Comentarios, al señalar "Aunque también esto se presenta en donde por especiales cuestiones personales llegan a motivar a la madre a estos extremos, como ocurre en aquellos casos donde es abandonada por el amasio y padre del hijo"⁹⁵, maneja dos hipótesis que son comunes en nuestra sociedad y que nos permite corroborar los problemas que ya hemos señalado y que por lo mismo ya se comienzan a constituir en hechos notorios que deben ser abatidos con mejores programas de previsión criminal, es decir que ataquen las nuevas formas de realización de ilícitos por parte de los delincuentes.

Así pues considero que para lograr la prevención del delito de tráfico de menores es importante desde nuestro punto de vista los siguiente, que entre vecinos se ayuden en las colonias donde se encuentran y traten de detectar a personas extrañas o sospechosas y estar en contacto con sus otros vecinos, que se conozcan, ser solidarios entre si, prestarse ayuda mutua y si pueden ayudar a una victima de un delito hacerlo, es necesario también que la sociedad éste conciente de que a los adultos les corresponde hacerse responsables de los menores que estén a su cargo y proteger a los menores que se encuentren solos o tengan conocimiento de que son objeto de múltiples maltratos o explotaciones, es necesario para proteger a los menores en el hogar, instalando puertas de acceso metálicas en los hogares, evitar el uso de teléfono a extraños, instalar cerraduras que ofrezcan mayor seguridad en el hogar, no abrir a desconocidos y

⁹⁴ Díaz De León Marco Antonio, Nuevo Código Penal Para El Distrito Federal Con Comentarios, Edit. Porrúa, México 2004. Pag. 52c.

⁹⁵ Díaz De León Marco Antonio, Código Penal Federal Con Comentarios, Edit. Porrúa, México 2004. Pag. 695

permitirles el acceso, ser discreto de los planes de salida, si sale de noche tratar de hacerlo en grupo, si se traen niños tratar de que alguien los acompañe, tratar de circular por calles con gente y no solitarias, circular en dirección contraria a los coches para poder ver a los mismos y evitar una sorpresa por atrás, no hacer caso a personas de noche que no sean conocidas y le llamen por su nombre, cuando traigan niños, la sociedad en general debe estar conciente de tratar de tomar la mayores medidas para proteger a los menores, en el transporte público necesitan estar concientes de evitar quedarse dormido cuando se traigan niños, bajarse en calles inseguras, evitar mandar a los niños solos cuando estos aun son muy pequeños, en la escuela si salen de tarde los menores tratar de ir por ellos, conocer a los niños con los que se juntan, no pedir aventón con niños, ni aceptar un aventón, se deben vigilar siempre a los niños pues son curiosos por naturaleza, vigilarlos cuando se alejen y estar al pendiente de donde se encuentran, tratar de estar cerca de ellos, en áreas abiertas como parques u otros lugares similares, procurar que estos no habrán la puerta, recomendarles que no den información de su casa o familia, que no acepten invitaciones de nadie, el gobierno debe tratar de difundir campañas que fomenten la participación social y una cultura de valores cívicos y de legalidad, a través de los medios como la radio televisión, prensa, mantas cines, trípticos, y fomentar la cultura la educación, y el deporte, en la sociedad, organizar a la sociedad, para que esta misma se ayude y se proteja, y después pida auxilio a las autoridades correspondientes, debe implementar mejores mecanismos de registro de personas, a través de una base de datos que se tenga en los principales lugares donde las personas utilicen transporte para viajar, como líneas aéreas, de autobuses, ferrocarril, o carreteras, sobre todo un mecanismo de identificación de menores, aunque entre ellos aquellos no prohibidos por las convenciones internacionales, como el tener un registro de sus padres y sus nombres capturado en computadores a través de una base de datos, que tiendan a lograr la protección de los menores y el tráfico de menores en nuestro país, pues en muchos casos los niños son sacados del país o trasladados de un estado a otro de manera legal, por la falta de estos mecanismos de control, de ahí que se concluya que se debe prevenir los delitos

mas que atacar al delito mismo ya que este se ha consumado, y para ello se requiere que el gobierno concintiese a su sociedad al respecto y esta a su vez participe conjuntamente tratando de evitar los riesgos posibles, que perjudiquen a los menores y se pueda seguir delinquiendo mediante el tráfico de menores, y ya por ultimo en caso de no ser suficiente, a quien realice una conducta prohibida por la norma penal sancionarlo, debidamente no solo por el tráfico de menores sino en muchos casos quizás la mayoría también por sustracción de menores y privación ilegal de la libertad, por lo que resulta necesario la reforma planteada a efecto de que no se dejen conductas impunes, por existir un tipo penal que requiere de tantos elementos para su integración, que dificultan el trabajo de los Ministerios Públicos y Jueces, que por defectos del tipo en estudio se les dificulta el lograr reprimir de manera fácil adecuada y sencilla estas conductas delictivas, por ello cito a cesar augusto Osorio y nieto en su libro la averiguación previa que de manera precisa refiere "Debe el Ministerio Público iniciar su función investigadora partiendo de hechos que razonablemente puede presumirse delictivo, pues de no ser así, sustentaría la averiguación previa en una base endeble, frágil, que podría tener graves consecuencias en el ámbito de las garantías individuales jurídicamente tuteladas."⁹⁶, nosotros agregaríamos que no solo se debe fundar en hechos delictivos sino también en tipos penales bien descritos en la ley, pues esto haría que la averiguación del Ministerio Público sea debidamente sustentable ante un Juez y se lograría el objeto del derecho penal que es reprimir a aquellos que de manera directa atenten contra la sociedad, y con ello se apoyaría a la prevención del delito sirviendo como ejemplo un buen castigo a los delincuentes, y aplicando los programas adecuados, en este orden de ideas Juan Velásquez señala "Constitucionalmente hablando se exige que el Procurador General de la República goce de buena reputación y que la Procuraduría sea una institución de buena fe: que a el y a sus agente de Ministerio Público competan la investigación de los delitos y la persecución de los delincuente, que para ello busquen y presenten las pruebas de la responsabilidad y que hagan que la administración de

⁹⁶ Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa, Edit. Porrúa, México 1998. pag. 3

justicia sea pronta y expedita.⁹⁷ Sin embargo para ello se requiere no solo del mandato y Constitucional sino también de leyes bien redactadas y establecidas, que en algunos casos como en el nuestro no se dan por lo que esta situación debe ser analizada debidamente, ya que no solo al ministerio público le corresponde el perseguir a los delincuentes sino también a los jueces les corresponde el sancionar y vigilar la ejecución de las penas, así Guillermo Colín Sánchez, dice "el Juez es por lo tanto, Subórgano jurisdiccional, la persona investida legalmente para que a nombre del estado declare el derecho en cada caso;"⁹⁸, de tal suerte que al Juez también le toca una gran responsabilidad pero si no tiene los elementos que le allegue el ministerio público necesarios no podrá aplicar debidamente la ley y por lo tanto estará impedido legalmente para sancionar a los delincuentes, los maestros Acosta Romero y Eduardo López Betancourt, dicen "El esquema normativo señala que cuando a una determinada conducta, le es imputada una consecuencia, el antecedente es una conducta sancionada por el ordenamiento jurídico como ilícita y la consecuencia será siempre una sanción."⁹⁹ de ahí que consideremos nosotros mas importante la prevención a efecto de evitar la consecuencia que estos autores señalan, y así tomamos dos ideas del autor Rodríguez Manzanera que señala "El camino para la solución del problema de la criminalidad no puede ser el represivo ; la tendencia criminologica general tiene que ser la prevención, por ello es tan importante el encontrar buenos sistemas de evaluación de resultados."¹⁰⁰, por ello esperamos que este trabajo sirva de análisis y reflexión en cuanto a la elaboración adecuada de las leyes y sobre todo como medio para considerar que realmente es necesarios el facilitar la investigación, persecución y sanción delictiva, tanto a Ministerios Públicos como Jueces respectivamente, y que la sociedad debe participar con el estado para prevenir y luchar contra la delincuencia, mediante la implementación de algunos mecanismos como los que anteriormente hemos señalado.

⁹⁷ INACIPE, Cartas a un Joven Agente del Ministerio Público, Edit. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2003. pag 361

⁹⁸ Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano De Procedimientos Penales, Edit. Porrúa, México 1998. pag. 180

⁹⁹ Acosta Romero, Miguel. Coautor López Betancourt, Eduardo. Delitos Especiales, Edit. Porrúa 1998. pag 16

¹⁰⁰ Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología, Edit. Porrúa. México 1997. pag. 515

CONCLUSIONES

PRIMERA. El trafico de menores es un problema que afecta no solo a nuestro país sino también a otros países a nivel internacional, que debido a los métodos cada vez mas evolucionados que utiliza la delincuencia, se ven afectados por las constantes burlas de sus mecanismos de control interno, pues en este tipo de problema no solo participan delincuentes sino que también en muchos casos participan autoridades de los mismos Estados, en la actualidad los menores son objeto de la prostitución infantil, la pornografía infantil, el abuso de los menores, el secuestro, y el traslado ilegal de los mismos de un país a otro con diversos fines ilícitos, siendo el trafico de menores en muchos de los casos, el medio que sirve para cumplir con ellos de ahí que sea bueno que los países, plasmen en sus distintas legislaciones tipos penales que sancionen estas conductas, y sobre todo normas que tiendan a proteger a los niños y menores de todo tipo de abusos o atentados contra sus derechos y dignidad humana, por ser estos los entes razonables mas vulnerables de nuestra sociedad.

SEGUNDA. Consideramos que diversos países entre ellos el nuestro, han tratado de efectuar la adopción de medidas que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma pero sin embargo no se ha logrado abatir el problema, y desgraciadamente se han creado tipos penales como los plasmados en nuestros Códigos Penales Del Distrito Federal y Federal, en sus artículos 169 y 366 ter respectivamente, que lejos de abatir y sancionar debidamente el trafico de menores, impide por sus elementos que lo integran, la aplicación de una sanción mas severa, aplicando la pena correspondiente al tipo de la sustracción del menor, que casi en la mayoría de los casos se presenta, y consecuentemente se sanciona solamente con la aplicación de una pena cuando lo que debería realmente acontecer es que se aplicaran dos sanciones, por

un lado la del tipo penal de sustracción y por el otro el tráfico de menores, lográndose así un mejor castigo al delincuente.

TERCERA. Consideramos que el delito en estudio contemplado en el artículo 169 del Nuevo Código Penal Del Distrito Federal, y el artículo 366 ter del Código Penal Federal, es un tipo penal que tiene muchas deficiencias, y obstáculos en cuanto a su integración, y resulta criticable que contemple diversas formas de comisión del delito en estudio, y diversas calidades en el sujeto activo del delito, inclusive resulta mas criticable que en el artículo 366 ter del Código Penal Federal, no se protegieran a los menores que tuvieran diecisiete años de edad, y solamente se protegiera a los que tuvieran dieciséis años o menos, pues los primeros no dejan de ser menores, afortunadamente muchos Estados de nuestro país si contemplan esta figura en sus códigos penales.

CUARTA. Por ello consideramos que debe de modificarse y reformarse el texto del tipo penal comprendido en el artículo 169 del Nuevo Código Penal Del Distrito Federal, y el artículo 366 ter del Código Penal Federal, por ser demasiadas las hipótesis que en el se comprenden en cuanto a su comisión y que lejos de facilitar el trabajo en su integración al Ministerio Público, se la dificulta, pues este tendrá que encontrar cual es la hipótesis exactamente aplicable a la conducta desplegada por el sujeto activo del delito, y cual es la calidad con la que éste actúa, pues es mas complicado ver si el sujeto activo actúa como ascendiente, intermediario, padre, etcétera, pues resulta complicada su redacción, y por tanto insuficiente y menor su sanción penal. por las razones antes señaladas.

QUINTA. De ahí que consideramos que es necesario en nuestro país, que se eliminen las distintas calidades del sujeto activo del delito, que permitan sancionar de una manera mas eficaz y rígida el delito materia de este trabajo de investigación, mediante la redacción de un tipo penal genérico que no requiera de calidades en el sujeto activo del delito,

para logra una mejor y mas fácil integración del delito por parte del Ministerio Público, y dar un castigo mas eficaz a aquellas personas que participen en su realización.

SEXTA. También pensamos que es necesario eliminar los elementos subjetivos del injusto penal de trafico de menores, pues actualmente éste pide que se acredite en ciertas hipótesis el elemento subjetivo consistente en que "la conducta se realice con el propósito de obtener un beneficio económico", y basta que el delincuente diga que no pretendía un beneficio económico para que se le otorgue el beneficio de una menor sanción, siendo que en la mayoría de los casos este el fin que se persigue, por lo que no es posible que el injusto pida requiera de elementos subjetivos, pues en este caso como ya se dijo también se impide su adecuada sanción.

SEPTIMA. Así pues nosotros consideramos que en lugar de la redacción que actualmente guarda el delito de trafico de menores y que se encuentra contemplado en el artículo 169 del Nuevo Código Penal Del Distrito Federal, deberían quedar de la siguiente manera:

Artículo 169 .- ***Al que a cambio de un beneficio económico entregue a un tercero a un menor se le impondrá de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días multa la misma sanción se aplicara a quienes intervengan en su realización siempre y cuando no se encuentre justificado el actuar del sujeto por una norma permisiva en virtud de un empleo cargo o comisión.***

OCTAVA. Por lo que hace la redacción que actualmente guarda en nuestros códigos penales el delito de trafico de menores y que se encuentra contemplado en el artículo 366 ter del Código Penal Federal, deberían quedar de la siguiente manera:

Artículo 366.- ***Al que a cambio de un beneficio económico entregue a un tercero a un menor se le impondrá de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días multa; la misma sanción se aplicara a quienes intervengan en su realización siempre y cuando no se encuentre justificado el actuar del sujeto por una norma permisiva en virtud de un empleo cargo o comisión.***

NOVENA. Con las redacciones anteriores se eliminan elementos subjetivos y calidades en el sujeto activo, facilitándose su integración a la autoridad competente y logrando con ello, por un lado que se castigue debidamente esta conducta y al delincuente, por otro lado que en su caso se pueda aplicar no solo la penalidad del tráfico de menores sino la sustracción también, permitiendo una sanción mas adecuada.

DECIMA. Así mismo consideramos que es necesario que en nuestro país se realicen mayores esfuerzos por realizar mas programas de prevención del delito en los que se busque la participación de la sociedad y se implementen mejores mecanismos de prevención y control para evitar la comisión del delito de trafico de menores, mediante la implementación de programas de identificación, de registro nacional de menores y personas, a efecto de que se pueda evitar la consumación del delito de trafico de menores, ya que es evidente que no basta que se tenga un tipo penal que sancione la conducta para evitar su comisión sino que también es importante la prevención del mismo.

DECIMA PRIMERA.- Considero que la integración de una Averiguación Previa no solo se debe fundar en hechos delictivos, sino también en tipos penales bien descritos en la ley, pues esto haría que la averiguación del Ministerio Público sea debidamente sustentable ante un Juez y se lograría el objeto del derecho penal que es reprimir a aquellos que de manera directa atentan contra la sociedad.

DECIMA SEGUNDA.- Es importante elaborar leyes bien descritas que sirvan para facilitar la investigación, persecución y sanción delictiva, tanto a Ministerios Públicos como Jueces respectivamente.

DECIMA TERCERA.- Es evidente que el escaso énfasis en la prevención del delito, la ausencia de mecanismos eficientes de coordinación gubernamental y la presencia de actos de corrupción, han sido fenómenos que limitan las estrategias nacionales de seguridad pública, Desde esta perspectiva, es posible afirmar que hasta la fecha se ha privilegiado el combate a los delitos consumados mas que a la prevención de los mismos y por ello es necesario que todos participemos para tratar de evitarlo.

PROPUESTA

Nosotros consideramos que los artículos 169 del Código Penal del Distrito Federal, y el 366 ter del Código Penal Federal, son demasiado complejos, ya que de manera inadecuada y con una deficiente técnica jurídica fueron plasmados en nuestros Códigos Penales señalados, en virtud de que en ellos se contemplan diversas hipótesis de la forma de realización del delito de tráfico de menores, y consecuentemente por ello se plasmaron diversos requisitos para su integración que desde nuestro punto de vista resultan innecesarios y hacen mas complicado y difícil para nuestras autoridades su aplicación y desde luego su tipicidad, para poder sancionar debidamente a los delincuentes, de tal suerte que es evidente y criticable que dentro de los artículos referidos, se incluyan tantas hipótesis que para ser integradas hacen necesario que se requiera en algunos casos calidad específica en los sujetos activos del delito, la comprobación de elementos subjetivos, tales como el determinar la intención final de las personas que intervienen en su comisión y realización al requerir en algunos casos que el delincuente tenga "la finalidad de obtener un beneficio económico", y en otros "de incorporar al menor a un núcleo familiar", así también en algunos casos pide otros requisitos como calidad específica en el sujeto pasivo respecto del agente, estos aspectos nos parecen solo obstáculos para la autoridad en cuanto a la integración del cuerpo del delito y para una correcta forma de sancionar debidamente a los delincuentes, por ello nosotros proponemos que se de una reforma a los artículos de referencia, y se realice una mejor redacción de los mismos, buscando se facilite el trabajo de las autoridades y se de un castigo de manera mas severa y adecuada a los delincuentes, mediante la simplificación, eliminando las múltiples hipótesis y dando una sola que sea mas genérica, logrando que cualquier conducta o forma de realización del tráfico de menores se adecue exactamente al delito descrito por la norma, así mismo se propone que se eliminen las calidades específicas que en algunos casos actualmente requiere el tipo en estudio para que no se de ninguna salida a los delincuentes para evadir su aplicación o atenuar su pena, esto en virtud de que existe contenida la regla general de lo que es la autoría y

participación en nuestros códigos penales, y por ultimo que se eliminen los elementos subjetivos que actualmente se contienen en los artículos referidos en su descripción típica, quedando solamente elementos objetivos que son mas fáciles de integrar pues finalmente los elementos subjetivos habrán de ser analizados por el juzgador al momento de emitir su sentencia correspondiente, estos tres aspectos que consideramos deben ser modificados por nuestros legisladores, facilitarían que el ministerio público y nuestras autoridades judiciales pudiesen sancionar y castigar de mejor manera a los delincuentes, por otro lado, consideramos que se debe dejar abierta la puerta para poder sancionar también a la sustracción de los menores que casi siempre se produce cuando se realiza la conducta del delito en estudio, pues actualmente la misma descripción del tipo de tráfico de menores, evita su aplicación, y castigo al señalarse en los dos artículos referidos, que "cuando no se tenga el consentimiento de la persona que tenga su guarda y custodia y se entregue a un menor con el propósito de obtener un beneficio económico", de tal suerte que si se eliminan las hipótesis y se da la siguiente descripción del delito en estudio, **"Al que a cambio de un beneficio económico entregue a un tercero a un menor se le impondrá de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días multa la misma sanción se aplicara a quienes intervengan en su realización siempre y cuando no se encuentre justificado el actuar del sujeto por una norma permisiva en virtud de un empleo cargo o comisión,"** se podría aplicar la sanción del delito de tráfico de menores y la sanción por lo que hace a la sustracción, castigándose de mejor manera a los delincuentes, pues de manera incorrecta se contemplo en el delito en estudio ambas figuras sin tomar en consideración esta circunstancia, con ello pensamos que se aplicaría de manera mas eficaz y sería mas fácil la integración del delito materia de este trabajo.

BIBLIOGRAFIA

1. Alvarez Velez. Maria Isabel. La Protección De Los Derechos Del Niño En El Marco De Las Naciones Unidas Y En El Derecho Constitucional Español, Editorial publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas Madrid, impreso en Madrid en 1994.
2. Amuchatequi Requena. Irma Griselda. Derecho Penal. Editorial Arla, México, 1998.
3. Acosta Romero. Miquel. Coautor López Betancourt . Eduardo. Delitos Especiales, Edit. Porrúa 1998.
4. Carrara Francesco. Programa de Derecho Criminal Parte General, Volumen I, Editorial Temis, Bogota Colombia 1988.
5. Carrancá y Trujillo. Raúl. Carrancá y Rivas Raúl. Derecho Penal Mexicano Parte General, Porrúa, México, 1999.
6. Castellanos Tena. Fernando. Lineamientos Elementales De Derecho Penal, Editorial Porrúa, trigésima séptima edición 1997.
7. Colín Sánchez. Guillermo. Derecho Mexicano De Procedimientos Penales. Edit. Porrúa, México 1998.
8. Díaz De León Marco Antonio. Nuevo Código Penal Para El Distrito Federal Con Comentarios, Edit. Porrúa, México 2004.
9. Díaz De León Marco Antonio. Código Penal Federal Con Comentarios. Edit. Porrúa, México 2004.
10. Heinz Zipf. Reinhart Maurach. Derecho Penal. parte general. editorial Astrea, septima edición alemana, 1994.
11. INACIPE. Cartas a un Joven Agente Del Ministerio Público. Edit. Instituto Nacional de Ciencias Penales, .México 2003.
12. Jiménez de Asua. Luis. Tratado De Derecho Penal. tomo III. segunda edición, editorial lozada s.a. buenos aires, 1958.
13. Lopez Betancourt. Eduardo. Teoría Del Delito. Editorial porrúa. cuarta edición, México 1997.
14. López Rivera. José Alberto. libro en CD Rom. Los Lineamientos Del Derecho Internacional Privado y La Adopción En El Ambito Internacional, punto 2 del disco uno, México 26 de octubre 2000.

15. Martínez Gamelo, Jesús. Seguridad Pública Nacional, Un Sistema Alternativo De Política Criminológica En México. Editorial Porrúa, México 1999.
16. Niños y Violencia. Art. Violencia Intrafamiliar Hacia Los Niños. Edit. Innocenti Disgest, impreso en Arti Grafiche Ticci Siena Italia, septiembre de 1997, edición en español abril 1999.
17. Ortiz Ahlf, Loreta. Derechos de la Niñez, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, serie G. Estudios Doctrinales número 126, México 1990, pag.
18. Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. Edit. Porrúa, México 1998.
19. Osorio Y Nieto, Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal parte general. editorial Trillas, Mexico, 2002.
20. Rojano Esquivel, José Carlos. El Tráfico De Menores en el Derecho Continental Americano a la luz de los Derechos Humanos y Del Derecho Internacional Privado, Revista Crónica 4, Editado por la Comisión De Derechos Humanos del Estado de Querétaro, Octubre-Diciembre 1994, México-Querétaro 1994.
21. Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología, Edit. Porrúa, México 1997.
22. Sistema Nacional de Seguridad Pública. Programa de Prevención del Delito 1997, impreso en Talleres Gráficos de México, México 1997.
23. Rodríguez y Rodríguez, Jesús (compilador). Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA, editado por la Comisión Nacional De Derechos Humanos, México diciembre de 1994.
24. Tiffer Sotomayor, Carlos. Justicia Juvenil, Serie Documentos De Trabajo, numero 2, editado por Fondo de las Naciones Unidas Para La Infancia, UNICEF. México, Enero del 200,
25. Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano Parte General. editorial porrúa, tercera edición, México. 1975.

OTRAS FUENTES

1. Palomar de Miguel, Juan. Diccionario Para Juristas., Editorial Porrúa, tomo II, primera Edición en Editorial Porrúa 2000.

2. Diccionario de la lengua Española Real Academia Española. vigésima segunda edición, Editorial Espasa Calpe S.A., editado e impreso en la ciudad de España, en octubre del 2001.
3. El Pequeño Larousse Ilustrado 1997, Diccionario Enciclopédico, Ediciones Larousse S.A.de C.V. México 1997, pag. 990.
4. Olimpia Andrés. Actual Cabino Ramos. Diccionario Manual Seco Del Español Olimpia Andrés, volumen II, segunda reimpresión, Editorial Aguilar lexicografía,1999 .
5. Palomar De Miguel, Juan. Diccionario Para Juristas. Editorial Porrúa, Tomo II, primera edición en Editorial Porrúa 2000.
6. Díaz De León. Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, Cuarta Edición 2000.
7. Esquirche. Joaquin. El Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Don Joaquin Esquirche Magistrado honorario de la audiencia de Madrid, editorial bajacaliforniana, nueva edición segunda reimpresión. pag 1230
7. Portal de internet:
http://www.iin.oea.org/convención_interamericana_sobre_tráfico.pdf 14 de febrero 2003..
8. Plan De Acciones De Seguridad, Procuración De Justicia Y Gobierno 2004-2006, Gaceta Oficial Del Gobierno Del Distrito Federal, 23 de febrero del 2004 México Distrito Federal.

LEGISLACIÓN

1. Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Sista México 2005.
2. Agenda Penal. Código Penal Federal., Editorial Ediciones Fiscales ISEF. México, 2005.
3. Agenda penal. Nuevo Código Penal del Distrito Federal. Editorial ISEF. México, 2005.